

# IUS ECCLESIAE

RIVISTA INTERNAZIONALE DI DIRITTO CANONICO

Vol. VII - Num. 2 - Luglio-Dicembre 1995



PONTIFICIO ATENEO DELLA SANTA CROCE  
GIUFFRÈ EDITORE

THE BIBLE

BY THE REV. J. H. W.



## SOMMARIO

### DOTTRINA

#### I. STUDI SULLE RADICI CANONICHE DEGLI ORDINAMENTI STATALI

- E. CAPARROS, *Les racines institutionnelles des droits occidentaux dans le droit ecclésiastique* ..... 425
- A. PADOA-SCHIOPPA, *Note sul ruolo del diritto canonico e sulla storiografia giuridica* ..... 455
- G. GARCÍA CANTERO, *Dos ejemplos de influencia eclesiástica en el Derecho español* ..... 469
- A.A. MORIN, *Des origines de la fiducie, un exemple concret des racines institutionnelles des droits occidentaux dans le droit canonique* ..... 481
- D.J. GUTH, *Centrality of Debt in Western Medieval Sacred and Secular Legal Systems* ..... 495
- P.M. SMITH, *The Present Authority of the Ancient Roman Canon Law within the Church of England* ..... 511

#### II. STUDI SUL DIRITTO CANONICO DI FAMIGLIA

- P.J. VILADRICH, *La famiglia « sovrana »* ..... 539
- J.I. ARRIETA, *La posizione giuridica della famiglia nell'ordinamento canonico* ... 551
- C.J. ERRÁZURIZ M., *La rilevanza canonica della sacramentalità del matrimonio e della sua dimensione familiare* ..... 561
- S. GHERRO, *Sulla sacramentalità del matrimonio (in fieri e in facto)* ..... 573

#### III. STUDI DI DIRITTO MATRIMONIALE

- P. GEFAELL, *Il matrimonio condizionato durante la codificazione Pio-Benedettina. Fonte del c. 826 CCEO* ..... 581
- O.H. OKEKE, *Christian Celebration of Marriage in Africa Revisited* ..... 627

## GIURISPRUDENZA

- TRIBUNALE APOSTOLICO DELLA ROTA ROMANA. *Reg. Aprutini seu Teramen. Hartien.*. Questione pregiudiziale *de sententiarum conformitate*. Decreto. 22 marzo 1994. Stankiewicz, Ponente (con *nota* di L. Del Giudice, *Novità nella giurisprudenza rotale di rito in tema di conformità « equivalente » delle sentenze*) ..... 645
- TRIBUNALE APOSTOLICO DELLA ROTA ROMANA. *Posnaniense*. Dimissione dallo stato clericale. Questione pregiudiziale: nuova proposizione della causa. Decreto. 11 novembre 1993. Stankiewicz, Ponente (con *nota* di H. Franceschi F., *L'impugnazione del giudicato nel processo penale: « restitutio in integrum » o « nova causae propositio »*) ..... 663

## NOTE E COMMENTI

- V. DE PAOLIS, *La proibizione del commercio ai religiosi* ..... 693
- P. DE POOTER-L. WAELKENS, *Le ius remonstrandi. Droit fondamental ou mauvaise herbe dans le doctrine canoniste?* ..... 713
- L. NAVARRO, *La Santa Sede e la libertà religiosa. Interventi presso la Commissione dei diritti dell'uomo dell'ONU (1983-1993)* ..... 721
- T.J. SCORZA, *The Church and the Explosion of Clerical Sexual Abuse Litigation in America* ..... 741

## RASSEGNA DI BIBLIOGRAFIA

## Recensioni.

- AA.VV., *Codex iuris canonici de 1983: 10 anos de aplicação na Igreja e em Portugal. II Jornadas de Direito Canónico. 7-10 de Março de 1994 - Fátima* (A. S. Sánchez-Gil) ..... 753
- AA.VV., *Código de Cánones de las Iglesias Orientales. Edición bilingüe comentada por los profesores de Derecho Canónico de la Universidad Pontificia de Salamanca* (P. Gefaell) ..... 755
- AA.VV., *Error determinans voluntatem (can. 1099)* (H. Franceschi) ..... 757
- AA.VV., *Il processo matrimoniale canonico (Nuova edizione aggiornata e ampliata)* (M.A. Ortiz) ..... 762
- AA.VV., *Vitam impendere magisterio. Profilo intellettuale e scritti in onore dei professori Reginaldo Pizzorni, O. P., e Giuseppe Di Mattia, O. F. M. Conv.*, (D. Cito) ..... 765

M.E. CASELLATI ALBERTI, <i>L'educazione dei figli nell'ordinamento canonico</i> (G. Eisenring) .....	767
D. COMPOSTA, <i>Filosofia del diritto II. I fondamenti ontologici del diritto</i> (J.-P. Schouppe) .....	770
F. D'OSTILIO, <i>Il Diritto amministrativo della Chiesa</i> (J. Canosa) .....	773
A. DRIGANI, <i>L'insegnamento della Religione cattolica</i> (D. Cito) .....	774
J. GARCÍA MARTÍN, <i>Le norme generali del Codex Iuris Canonici</i> (J. Miñambres) .....	775
GRUPPO ITALIANO DOCENTI DI DIRITTO CANONICO, (a cura di) <i>La funzione di insegnare della Chiesa</i> (A. Filipazzi) .....	776
F. MARCHI, <i>I tempi di Oropa e il suo futuro</i> (X. Brossa) .....	778
LL. MARTÍNEZ SISTACH, <i>Las asociaciones de fieles. 3ª ed. revisada y actualizada</i> (L. Navarro) .....	779
P. MONETA, <i>La giustizia nella Chiesa</i> (J. Llobell) .....	781
NATIONAL CONFERENCE OF CATHOLIC BISHOPS (U.S.A.), <i>Le manuel de l'évêque: les droits et les responsabilités de l'évêque diocésain selon le « Code de droit canonique »</i> (J. Miñambres) .....	789
R. PALOMINO, <i>Las objeciones de conciencia. Conflictos entre conciencia y ley en el derecho norteamericano</i> (I. Durany) .....	791
F. PÉREZ-MADRID, <i>Derecho administrativo sancionador en el ordenamiento canónico. Una propuesta para su construcción</i> (D. Cito) .....	792
PONTIFICIUM CONSILIUM DE LEGUM TEXTIBUS INTERPRETANDIS, <i>Ius in vita et missione Ecclesiae. Acta Symposii internationalis iuris canonici occurrente X anniversario promulgationis Codicis iuris canonici, diebus 19-24 aprilis 1993, in Civitate Vaticana celebrati</i> (L. Navarro) .....	794

## DOCUMENTI

*Atti di Giovanni Paolo II.*

Bolla pontificia di elevazione alla dignità dell'Episcopato del Prelato dell'Opus Dei, 21 novembre 1994 (con <i>nota</i> di V. Gómez-Iglesias C., <i>Circa l'elevazione all'Episcopato del secondo Prelato dell'Opus Dei</i> ) .....	799
Allocuzione alla Rota Romana, 10 febbraio 1995 .....	810

*Atti della Santa Sede.*

SEGRETERIA DI STATO, Statuto del Fondo di Assistenza Sanitaria della Sede Apostolica, 7 novembre 1994 (con <i>nota</i> di J. Canosa) .....	817
TRIBUNALE DELLA ROTA ROMANA, Indirizzo di omaggio rivolto al Santo Padre dal Decano, 10 febbraio 1995 .....	829

*Legislazione particolare.*

SPAGNA, Decreto generale della Conferenza episcopale per l'applicazione della cost. ap. <i>Ex Corde Ecclesiae</i> sulle università cattoliche, 11 febbraio 1995 (con <i>nota</i> di C.J. Errázuriz M.) . . . . .	833
--	-----

## COLLABORATORI DI QUESTO FASCICOLO

JUAN IGNACIO ARRIETA, Ordinario di organizzazione ecclesiastica - Pontificio Ateneo della Santa Croce.

ERNEST CAPARROS, Professore della Facoltà di Giurisprudenza - Università di Ottawa.

VELASIO DE PAOLIS, Ordinario di diritto canonico - Università Gregoriana - Roma.

PATRICK DE POOTER, Docente di diritto romano - Facultés Universitaires Saint-Ignace, Anvers (Belgio).

CARLOS J. ERRÁZURIZ M., Ordinario di diritto canonico - Pontificio Ateneo della Santa Croce.

GABRIEL GARCÍA CANTERO, Ordinario di diritto civile - Università di Saragozza.

PABLO GEFAELL, Docente di diritto canonico orientale - Pontificio Ateneo della Santa Croce.

SANDRO GHERRO, Ordinario di diritto canonico - Università di Padova.

DELLOYD J. GUTH, Professore della Facoltà di Giurisprudenza - Università di Manitoba (Canada).

ANDRE ALBERT MORIN, Avvocato del ministero federale della Giustizia, Incaricato alla Facoltà di Giurisprudenza - Università di Ottawa.

LUIS NAVARRO, Straordinario di diritto della persona - Pontificio Ateneo della Santa Croce.

ODILI H. OKEKE, Docente di diritto canonico - Catholic Institute of West Africa (Nigeria).

ANTONIO PADOA-SCHIOPPA, Preside della Facoltà di Giurisprudenza - Università di Milano.

THOMAS J. SCORZA, Lecturer in Law - University of Chicago Law School.

PETER M. SMITH, Preside della Facoltà di Giurisprudenza - Università di Exeter (Inghilterra).

PEDRO JUAN VILADRICH, Direttore dell'Istituto di Scienze per la Famiglia - Università di Navarra.

LAURENT WAELKENS, Professore di diritto romano - Facultés Universitaire Saint-Ignace, Anvers (Belgio).

Hanno collaborato anche: E. BAURA, X. BROSSA, J. CANOSA, D. CITO, L. DEL GIUDICE, I. DURANY, G. EISENRING, A. FILIPAZZI, H. FRANCESCHI F., V. GÓMEZ-IGLESIAS C., J. LLOBELL, J. MIÑAMBRES, M.A. ORTIZ, A. S. SAÑCHEZ-GIL, J.-P. SCHOUPPE.

**Pagina bianca**

## *Dottrina*

### *I. Studi sulle radici canoniche degli ordinamenti statali (\*)*

---

(\*) L'*Academie Internationale de Droit Comparé* ha celebrato il suo XIV Congresso internazionale di diritto comparato ad Atene dal 31 luglio al 6 agosto 1994. Una delle 34 sessioni a tema del Congresso versò su *Les racines institutionnelles des droits occidentaux dans le droit ecclésiastique*. Pubblichiamo di seguito la relazione generale sull'argomento, seguita dalle cinque relazioni nazionali.

**Pagina bianca**



ERNEST CAPARROS

## LES RACINES INSTITUTIONNELLES DES DROITS OCCIDENTAUX DANS LE DROIT ECCLÉSIASTIQUE

*Introduction.* — 1. La genèse du thème. — 2. La compréhension du thème. — 3. Plan. — I. *Les paramètres de l'enracinement.* — A. Les influences de la vie chrétienne sur le droit: *a)* une influence fondamentale; *b)* une influence réelle; *c)* une influence discrète. — B. L'élaboration du *Ius commune*. — C. Les voies de l'intégration du message chrétien dans le droit: *a)* la législation romaine chrétienne; *b)* la christianisation du droit romain; *c)* la consolidation du droit canonique. — II. *DES EXEMPLES D'ENRACINEMENT.* — A. Des exemples manifestés par la bibliographie. — B. Des exemples d'enracinement d'institutions: *a)* le mariage; *b)* les legs en faveur de son âme et la fiducie; *c)* la dette. — C. Un exemple d'enracinement systémique: le droit de l'Église d'Angleterre: *a)* le droit canonique en vigueur avant la Réforme; *b)* la survivance du droit canonique après la Réforme; *c)* the Canons of 1603. — Conclusion.

Le droit canonique constitue sans doute, autant et plus même que le droit romain, la plus gigantesque tentative d'unification du droit qui ait jamais été tentée, dans les domaines les plus divers. L'étude de cette expérience [...] n'a jamais été faite, semble-t-il, que d'une façon très fragmentaire et insuffisante.

Un champ considérable d'étude est ouvert ici aux comparatistes.

René DAVID, 1947 <sup>(1)</sup>

### INTRODUCTION.

#### 1. *La genèse du thème.*

En réponse à une amicale requête du président de l'Académie, mon ancien maître, maintenant mon collègue et ami, le professeur

<sup>(1)</sup> R. DAVID, « La place du droit canonique dans les études du droit comparé », article commémoratif du cinquantenaire de la Faculté de droit canonique de

Paul-André Crépeau, j'avais alors suggéré quelques thèmes pour ce congrès. J'étais loin de m'imaginer que l'Académie m'offrirait d'assurer la fonction de rapporteur général pour l'un d'eux. J'ai été grandement honoré par une telle offre et, plein de reconnaissance, j'ai succombé à la tentation et accepté de relever le défi.

Je comprends que c'est la première fois que l'on se penche si ouvertement dans un congrès sur des questions concernant l'enracinement du droit occidental dans le droit canonique. Il s'agissait donc de sortir des sentiers battus tant dans la perspective, que dans la méthodologie. Le secrétariat de l'Académie m'avait communiqué en février 1993 une première liste comportant les noms de sept rapporteurs représentant six pays, et plus tard une autre liste plus complète. Je transmettais aux rapporteurs mes pistes de recherche en juin 1993.

Par la suite, les noms de rapporteurs nationaux ont connu plusieurs fluctuations; la liste, à son sommet, est arrivée jusqu'à un maximum possible de seize rapporteurs représentant quatorze pays. À la fin, seuls les cinq rapporteurs mentionnés au début, originaires de quatre pays, ont produit leur rapport en quatre langues. Rassurons-nous. La perspective dans laquelle nous nous placions aurait sans doute bénéficié d'une participation plus diversifiée; cela ne change pas, toutefois, la qualité des textes reçus qui apportent des exemples fort enrichissants.

Il nous semble bien que la question de l'enracinement du droit occidental dans le droit canonique mériterait une place permanente dans nos discussions lors des prochains congrès. Ici nous ne pourrions qu'offrir un avant-goût de la richesse recelée par ces questions, dont un aperçu se trouve dans les indications transmises aux rapporteurs nationaux.

## 2. *La compréhension du thème.*

Il me semble que la meilleure façon de nous placer tous au même diapason est d'insérer ici les notes que j'avais envoyées aux rap-

---

Paris, 22-26 avril 1947, reproduit dans *Le Droit comparé. Droits d'hier, Droits de demain*, Paris, Economica, 1982, pp. 174-182, à la p. 175. Presque cinquante ans plus tard, les considérations du professeur David ont pris plus de force, notamment à cause des nouvelles codifications du droit canonique latin en 1983 (cf. U. DE NAVARRE/U. SAINT-PAUL, *Code de droit canonique*, Éd. bilingue et annotée, sous la dir. de E. CAPARROS, M. THÉRIAULT et J. THORN, Montréal, Wilson & Lafleur, 1990) et des canons des Églises orientales en 1990 (cf. *Code of Canons of the Eastern Churches*, Latin-English Edition, Washington, C.L.S.A., 1992).

porteurs en juin 1993. Il ne s'agit pas d'un questionnaire puisque ce qui me paraissait important était la multiplication des exemples d'enracinement explicite ou implicite afin de pouvoir élaborer une sorte de mosaïque illustrant le thème. Comme ces instructions avaient été transmises dans les deux langues officielles de l'Académie, elles sont reproduites aussi dans les deux langues.

I. NOTE SUR LE SENS GÉNÉRAL DE LA QUESTION.

Dans un contexte de regroupement et de rapprochement des États, notamment en Europe, mais aussi à un moindre degré sur le continent américain, se pose la question de l'harmonisation des droits nationaux; on peut aussi s'interroger sur l'utilité de l'unification de certaines branches ou secteurs du droit.

La recherche de solutions aux défis de l'harmonisation, et peut-être de l'unification, pourrait se trouver dans un approfondissement des racines des institutions du droit occidental dans le droit canonique. En effet, les racines communes ont pu aboutir à des solutions juridiques techniquement différentes. La redécouverte de ces racines pourrait permettre l'établissement de nouveaux ponts favorisant l'harmonisation.

L'objet de notre étude n'est pas, en principe, l'évolution du droit canonique dans le concert des ordonnancements juridiques occidentaux, mais plutôt de chercher les institutions du droit occidental qui prennent racine dans le droit canonique, ou si l'on préfère, dans le droit romano-canonique autrement connu aussi comme *Ius commune*.

Lorsqu'on parle des racines institutionnelles dans le droit canonique, il ne s'agit pas seulement de chercher des emprunts directs au droit canonique comme c'est le cas, par exemple, dans la réglementation concernant le mariage, mais de découvrir aussi les racines canoniques du consensualisme, de la bonne foi tant dans le domaine des contrats

I. NOTE ON THE GENERAL MEANING OF THE QUESTION.

In a context of grouping of countries, especially in Europe, as well as, in a smaller scale, in the Americas, the question of harmonisation of National Laws can be raised. It is also possible to wonder whether the uniformisation of some branches or sectors of the Law could be useful.

It is possible that answers to the challenge of harmonisation, and eventually to the one of uniformisation, could be found by discovering the roots of West European legal institutions in Canon Law. Common roots may have led to different legal solutions, and the rediscovering of common roots could lead to the establishment of new bridges favoring harmonisation.

The object of our study is not the evolution of Canon Law as such in its relationships with other juridical systems, but rather looking for institutions of West European Law rooted in Canon Law or in Roman-Canonical Law, also called *Ius commune*.

Institutional roots in Canon Law go beyond the direct transfer of Canon Law into West European Law, as for instance in the laws concerning marriage; they relate also to the canonical roots of contracts by consent, of the good faith (*bona fide*) in Contractual Law as well as in Possessory Actions, of Wills, of Moral

que de la possession, des dispositions testamentaires, des personnes morales, etc. On peut également chercher l'influence des principes chrétiens, sous-jacents dans le droit pénal canonique, dans le droit pénal d'occident et même tenter de découvrir si le droit des réfugiés emprunte des notions au droit d'asile dans les églises et institutions religieuses et si les exemptions d'extraterritorialité touchant les diplomates peuvent être rapprochées du *privilegium fori* que l'Église réclamait pour ses clercs.

## II. NOTE SUR LE SENS DE L'EXPRESSION « DROIT ECCLÉSIASTIQUE ».

Il me semble que dans le contexte précis des « Droits occidentaux », on doit comprendre normalement l'Occident chrétien et alors le *droit ecclésiastique* veut dire le *droit canonique*, véhiculant aussi un droit romain « christianisé ».

Certes, dans les pays de common law, dont les Églises s'étaient séparées de Rome, on a pu rejeter, lors de cette séparation, le droit canonique *stricto sensu* de ce moment. Ce rejet n'écarte pas nécessairement les résultats d'un processus historique qui, tout en étant enraciné dans le droit canonique, avaient donné lieu à des institutions juridiques proprement nationales et parfois hybrides comme par exemple la liberté de tester, l'exécuteur testamentaire ou les « trusts ».

## III. NOTE SUR LA MÉTHODOLOGIE.

Dans cette perspective, il est très difficile, pour ne pas dire impossible, d'établir un questionnaire qui donnerait lieu à des réponses « nationales », puisque les principes chrétiens que l'on retrouve à la base du droit canonique ont guidé l'évolution de sociétés dans lesquelles le droit occidental a pris forme bien avant l'établissement des nations.

Persons, etc. One could even find the influence of Christian principles surfacing in Canonical Penal Law into Western Criminal Law. More so, it is possible to try to discover to what extent the present Refugee Law has some connexions with the Right of Sanctuary in churches and religious institutions or that Diplomatic extraterritoriality has something to do with the *privilegium fori* that the Church was demanding for her clergy.

## II. NOTE ON THE MEANING OF ECCLESIASTICAL LAW.

In the context of West European Law we are normally referring to the christianized Western countries. Hence *Ecclesiastical Law* means *Canon Law* carrying with it the « christianized » Roman Law.

In the Common Law countries, where the churches separated from Rome, *Canon Law, stricto sensu*, could have been excluded at the time of the Reformation. Nevertheless, this exclusion cannot put aside the outcome of the historical process, rooted in Canon Law, bringing about national juridical institutions, sometimes hybrid ones, like the freedom of transferring one's property by will or the Testamentary Executors or the creation of the Trust.

## III. NOTE ON METHODOLOGY.

This outlook makes it almost impossible to generate a questionnaire to obtain « national » answers in the context of christian principles of Canon Law that exist long before such « nations » existed.

Nous pourrions nous donner comme paramètres historiques la période du XII<sup>e</sup> au XVI<sup>e</sup> siècles, tout en se sentant libre, au besoin, d'aller chercher des enracinements plus anciens ou de prolongements plus récents.

Chaque rapporteur national, à l'intérieur de cette perspective générale et de ces paramètres historiques, pourrait choisir un thème à développer et m'en informer. Je pourrai alors faire la coordination et communiquer les sujets aux rapporteurs; de cette façon les rapporteurs nationaux qui travaillent dans des thèmes connexes pourraient échanger entre eux.

L'idéal serait que nous puissions développer des exemples dans les différents secteurs du droit de façon à viser à l'établissement d'une sorte de mosaïque illustrant notre thème général.

We might take our historical framework as the 12<sup>th</sup> to the 16<sup>th</sup> centuries, feeling free to go beyond one or the other in the search for roots or for more recent applications.

With this general perspective and historical framework in mind each National Reporter could choose a theme to study and let me know. I will then be coordinating the themes and informing each one, so that National Reporters working on related themes can exchange among themselves.

The ideal target might be to present examples in the different fields of law so that the end product could look like a mosaic illustrating the general theme.

### 3. *Plan.*

Voilà le programme, trop ambitieux sans doute, dont nous avons rêvé. Il n'est pas très éloigné de celui que René David dessinait aux comparatistes qui voudraient tirer profit du droit canonique:

Il leur faut étudier l'oeuvre d'unification du droit qui a été tentée par les législateurs de l'Église et les canonistes; il leur faut préciser les domaines dans lesquels cette oeuvre a été entreprise, et les succès qu'elle a obtenus. Il leur faut aussi et surtout, peut-être, établir les limites qui se sont imposées, connaître les réserves qu'a de tout temps comportées et que comporte de nos jours cette oeuvre d'unification, fixer les raisons des échecs qui ont été subis et des reculs que l'on a dû enregistrer (2).

Nous avons à l'esprit l'harmonisation, plutôt que l'unification (3), du droit par une recherche des racines, allant ainsi à l'essen-

(2) R. DAVID, *loc. cit.*, note 1, p. 175.

(3) Cf. Dans un cadre plus général R. SACCO, « La circulation des modèles juridiques », *ACADÉMIE INTERNATIONALE DE DROIT COMPARÉ, Rapports généraux, XIII<sup>e</sup> Congrès international, Montréal, 1990*, Y. Blais, 1992, pp. 1-19 et ses réf. Voir aus-

tiel, plutôt qu'à l'agencement des techniques (4). Il nous semble qu'un certain nombre de problèmes qui nous accablent viennent de l'éloignement des racines, de l'éloignement de l'essentiel, de l'éloignement de l'être. Ces racines, cet essentiel, cet être ne doivent pas nous conduire à refaire le passé, mais à bâtir un avenir qui définisse les personnes et les institutions par ce qu'elles sont et non pas par ce qu'elles font. C'est-à-dire une transformation comme celle qui s'était produite pendant le premier millénaire de christianisation.

C'est dans cette forge que le droit occidental a pris ses formes les plus marquantes dont quelques-unes subsistent avec force, comme le principe d'égalité, alors que d'autres comme l'institution du mariage ou le consensualisme subissent des attaques qui réduisent leur portée socio-juridique.

Nous tâcherons d'accomplir notre programme en deux temps: d'abord nous tenterons de décéler les paramètres de l'enracinement du droit occidental dans le droit canonique (I); ensuite nous illustrerons cet enracinement avec des exemples tirés des rapports nationaux reçus (II).

## I. LES PARAMÈTRES DE L'ENRACINEMENT.

L'établissement de la bibliographie touchant les questions de l'enracinement du droit occidental dans le droit canonique pourrait faire l'objet d'un thème spécifique ou du moins d'une recherche documentaire multinationale, tellement elle est abondante. Il ne sied pas de s'attarder dans ce cadre à la bibliographie, bien que nous offrirons des références pertinentes sans rechercher pour autant l'exhaustivité.

Tenant compte du fait que la vie précède toujours le droit, il convient d'esquisser, en premier lieu, les influences de la vie chrétienne sur le droit (A); cela nous permettra de rappeler quelques notions concernant l'élaboration du *Ius commune* (B) et d'illustrer, enfin, les voies de l'intégration du message chrétien dans le droit (C).

### A. *Les influences de la vie chrétienne sur le droit.*

La découverte récente du texte de René David, cité en exergue, nous a profondément réjoui. Il semble évident que l'impact du christianisme sur les peuples qui accueillèrent le message évangélique se tradui-

si, INSTITUT UNIVERSITAIRE EUROPÉEN, *Nouvelles perspectives d'un droit commun de l'Europe*, sous la dir. de M. CAPPELLETTI, Firenze, Le Mounier, 1978.

(4) Cf. Ch. DONAHUE, jr., « *Ius Commune, Canon Law, and Common Law in England* », (1992) 66 *Tul. Law Rev.* 1745-1780, à la p. 1746 et *passim*.



sait par des changements fondamentaux dans leur mode de vie <sup>(5)</sup>. Ces changements n'étaient pas seulement fondamentaux, ils étaient aussi réels, même si, dans la plupart des cas, il s'agissait de modifications qui, introduites naturellement dans la vie, pouvaient se faire avec discrétion ou même rester inaperçues dans le droit. Attardons-nous brièvement à chacun de ces aspects.

a) *Une influence fondamentale.*

Le doyen Le Bras, dans ses efforts multiples de présentation du Droit canonique, a « toujours adopté une trilogie: organisation interne de l'Église, exigences sociales, relations avec l'au-delà » <sup>(6)</sup>. Et c'est précisément ce but supranaturel du droit canon, cette recherche du *salus animarum suprema lex* <sup>(7)</sup>, qui lui donne son originalité et qui manifeste la profonde transformation que le christianisme apporte. Car, en fait, c'est le christianisme qui, tant bien que mal, change les coeurs et humanise les peuples. Après ces transformations fondamentales, les normes canoniques apportent le cadre juridique requis à la vie en société et à l'humanisation du droit <sup>(8)</sup>.

b) *Une influence réelle.*

Toutefois, il ne s'agit pas de changements imposés. L'Église n'a, au départ, aucune autorité dans la société civile et la notion de liberté mise en avant par le message évangélique ne peut pas aboutir à la contrainte, lorsque le message est bien compris. C'est dans cette perspective que l'influence du christianisme doit être réelle, concrète

<sup>(5)</sup> Un exemple de « révolution domestique » est mis en lumière par R. PERNOUD, *La femme au temps des cathédrales*, Paris, Stock, 1980, p. 24, soulignant le comportement des jeunes femmes romaines, qui ayant eu la vie sauve en vue d'un mariage, une fois chrétiennes, annonçaient à leur père qu'elles optaient pour la virginité; voir l'ensemble des développements sur la libération de la femme aux pp. 19-31.

<sup>(6)</sup> G. LE BRAS, « L'originalité du droit canon », dans *Études juridiques offertes à L. Julliot de la Morandière*, Paris, Dalloz, 1964, pp. 265-275, à la note 3, p. 266 et *passim*. Voir aussi, parmi beaucoup d'autres textes du même auteur: « Naissance et croissance du droit privé de l'Église », dans *Études d'histoire de droit privé offertes à Pierre Petot*, Paris, L.G.D.J. et al., 1959, pp. 329-345.

<sup>(7)</sup> Voir aujourd'hui can. 1752, c.i.c. 1983 et voir E. AGOSTINI, *Droit comparé*, Paris, PUF, 1988, n° 37, p. 76; P. FEDELE, « Nihil aliud est aequitas quam Deus », dans *Études d'histoire du droit canonique dédiées à Gabriel Le Bras*, Paris, Sirey, 1965, pp. 73-87, aux pp. 82-83.

<sup>(8)</sup> Voir E. AGOSTINI, *op. cit.*, note 7, n° 36, pp. 75-76; voir aussi J. GAUDEMET, *La formation du droit séculier et du droit de l'Église aux IV<sup>e</sup> et V<sup>e</sup> siècles*, Paris, Sirey, 1957, nos 109-110, pp. 160-162, nos 120-131, pp. 187-189.

te, dans les faits. Les gens doivent accepter les changements profonds que le message apporte; c'est le tissu social qui change<sup>(9)</sup>.

Les vertus que le christianisme encourage à vivre apportent dans certains cas une véritable révolution<sup>(10)</sup>. Le respect pour la personne, puisque par le baptême tous deviennent fils de Dieu, aboutit à la reconnaissance chez tous les fidèles d'une égalité radicale<sup>(11)</sup>, bien avant la modernité, même si la mise en pratique a pu être laborieuse<sup>(12)</sup>. La sincérité évangélique se déverse dans les relations contractuelles et conduit, par exemple, au consensualisme<sup>(13)</sup>. Le mariage, dans la perspective chrétienne, reconnaît l'égalité entre l'homme et la femme<sup>(14)</sup> et exige chez les époux des vertus, dont la fidélité,

(9) Cf. A. ESMEIN, *Histoire du droit français*, Paris, Sirey, 1912, pp. 162-164, 173; G. LEPOINTE, *Histoire des institutions et des faits sociaux*, Paris, Montchrestien, 1963, pp. 156, 217, 218.

(10) Voir, pour un aspect, H.J. BERMAN, *Law and Revolution*, Harvard University Press, 1983, pp. 51, 62-66, bien que notre notion de « révolution » diffère de la sienne. Pour une critique de certaines de ses « perceptions » théologiques, voir J.L. SORIA, « Religion, History and the Growth of Law: An appraisal of H.J. Berman's *Law and Revolution* », *Studia Canonica* 28 (1994) 487-519.

(11) Cf. Gal 3, 26-29; Act 10, 34-35; J. BRISSAUD, *Cours d'Histoire générale du droit français*, T. I, Paris, A. Fontemoing, 1904, n° 20, p. 148; B. BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, T. II, Milano, Giuffrè, 1952, nos 283-288, pp. 328-341.

(12) Voir concernant l'esclavage les exhortations répétées, principalement dans les épîtres (Eph 6, 5-9; Col 3, 22-4, 1; Tit 2, 9-10; 1 P 2, 18-19), tant aux esclaves qu'aux maîtres et voir plus spécifiquement Phil, lettre dans laquelle Saint Paul touche à la question de l'esclavage dans une perspective de chrétienté primitive; pour l'esclavage en droit romain voir A. WATSON, *The Law of Persons in the Later Roman Republic*, Oxford, Clarendon Press, 1967, pp. 159-200; pour l'influence du christianisme, voir B. Biondi, *op. cit.*, note 11, nos 300-318, pp. 373-444; ID., T. III, Milano, Giuffrè, 1954, n° 351 pp. 88-90; P. ALLARD, V° « Slavery », dans *The Catholic Encyclopedia*, vol. XIV, New York, Appleton Co., 1912, pp. 36-39; S. ALVAREZ, V° « Esclavitud III », dans *Gran Enciclopedia Rialp*, T. VIII, Madrid, Rialp, 1993, p. 782-784. Pour des ressurgissements ultérieurs voir B.J. NICHOLSON, « Legal Borrowing and the Origins of Slave Law in the British Colonies », (1994) 38 *American Journal of Legal History* 38-54.

(13) Voir P. OURLIAC, « La *convenientia* », dans *Études d'histoire de droit privé offerts à Pierre Petot*, Paris, L.G.D.J. et al., 1959, pp. 413-422; G. SAUTEL et M. BOULET-SAUTEL, « Verba ligant homines, taurorum cornua funes », dans *id.*, pp. 507-517; E. CAPARROS, « Le consentement est-il considéré comme un mineur? Quelques réflexions sur les origines de la cause dans les obligations », (1965) VI *C. de D.* 38-60.

(14) Cf. G. LE BRAS, « La doctrine du mariage chez les théologiens et les canonistes depuis l'an mille », dans *Dictionnaire de théologie catholique*, vol. 9, Paris, 1926, V° *Mariage*, col. 2123-2317; A. ESMEIN, *Le mariage en droit canonique*, T. I, 2°



qui le rend indissoluble<sup>(15)</sup>; cette indissolubilité surprend et va même jusqu'à choquer chez certains peuples. La bonne foi<sup>(16)</sup> transforme la possession<sup>(17)</sup>, les dernières volontés, notamment pour des causes pieuses<sup>(18)</sup>, bouleversent la réglementation des testaments<sup>(19)</sup>. L'énumération pourrait certes se poursuivre<sup>(20)</sup>. « Les causes de ce développement du droit "privé" de l'Église sont religieuses, sans doute, mais l'occasion en fut la transformation de la société »<sup>(21)</sup>.

c) *Une influence discrète.*

Dans les premiers siècles, il est « plus exact de parler d'influence du christianisme que d'influence du droit canonique »<sup>(22)</sup>. Entendons-nous, l'influence du christianisme se fait ouvertement et les

---

éd. par R. GÉNESTAL, Paris, Sirey, 1929, pp. 67-83, 97-98; F. SALEINO, *La definizione del matrimonio canonico nella dottrina giuridica teologica dei secoli XII-XIII*, Milano, Giuffrè, 1965.

<sup>(15)</sup> Cf. Mt 19, 3-12; Mc 10, 2-12; A. D'ORS, *Derecho privado romano*, 2<sup>e</sup> éd., Pamplona, EUNSA, 1973, pp. 251-251; A. ESMEIN, *op. cit.*, note 14, pp. 67-77; B. BIONDI, *op. cit.*, note 11, T. III, Milano, Giuffrè, 1954, n<sup>os</sup> 384-396, pp. 151-187.

<sup>(16)</sup> Cf. L. SCAVO LOMBARDO, *Il concetto di buona fede nel diritto canonico (contributo storico dogmatico)*, Libreria de l'Università di Roma, 1944; P. FEDELE, *loc. cit.*, note 4.

<sup>(17)</sup> Cf. CH. DONAHUE, jr., *loc. cit.*, note 4, pp. 1758-1760; A. ESMEIN, *op. cit.*, note 9, pp. 721-723.

<sup>(18)</sup> Cf. A. ESMEIN, *op. cit.*, note 9, pp. 267-268; B. BIONDI, *op. cit.*, note 11, n<sup>os</sup> 224-226, pp. 204-207.

<sup>(19)</sup> Cf. A. ESMEIN, *op. cit.*, note 9, 328-329; pour la common law voir R.H. HELMHOLZ, *Roman Canon Law in Reformation England*, Cambridge University Press, 1990, pp. 79-82; ID, « Continental Law and Common Law: Historical Strangers & Companions », [1990] *Duke Law Journal* 1207-1228, aux pp. 1210-1211; ID, « The Origin of Holographic Wills in English Law », (1994) 15 *Journal of Legal History* 97-108; J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *Derecho Anglo-americano y Derecho Canónico, Las raíces canónicas de la « common law »*, Madrid, Civitas, 1991, pp. 123-130; D.J. SEIPP, « The Reception of Canon Law and Civil Law in the Common Law Courts before 1600 », (1993) 13 *Oxford Journal of Legal Studies* 388-420, aux pp. 401-402.

<sup>(20)</sup> Cf. R. DAVID, *loc. cit.*, note 1; G. LE BRAS, « Originalité... », *supra*, note 6; J. BRISSAUD, *op. cit.*, note 9, n<sup>os</sup> 18-23, pp. 147-149; R.H. HELMHOLZ, *op. cit.*, note 19; ID, *Canon Law and the Law of England*, London, The Hambeldon Press, 1987.

<sup>(21)</sup> G. LE BRAS, « Naissance... », *supra*, note 6, p. 334.

<sup>(22)</sup> J. GAUDEMET, *op. cit.*, note 5, n<sup>o</sup> 131, p. 188; voir aussi A. ESMEIN, *op. cit.*, note 9, pp. 162-164.

transformations sociales sont aussi notoires. Ce qui peut être moins évident, est la racine chrétienne ou canonique de certaines transformations sociales et du droit qui a servi de cadre à ces modifications.

Cette idée serait peut être mieux comprise en empruntant les mots du professeur Watson:

Canon law was responsible for many very satisfactory innovations, but it was not authoritatively contained in a unitary, systematic, and comprehensive work. To find what the accepted canon law rule was was itself very difficult in many instances. To determine the impact of canon law as part of the *ius commune* was even more perplexing <sup>(23)</sup>.

On peut se demander si cette influence discrète n'est pas la cause de certains *silences sur le droit canonique*. Il est, en effet, quelque peu surprenant de constater dans des ouvrages de droit romain, d'histoire du droit et même de droit comparé <sup>(24)</sup> des références fort succinctes, quand ce n'est pas un grand silence, sur le droit canonique et sur l'influence qu'il a joué dans la formation du droit occidental. Ce droit occidental semble devoir comprendre aussi les pays chrétiens de l'Europe du Centre et de l'Est <sup>(25)</sup>.

<sup>(23)</sup> A. WATSON, *Sources of Law, Legal Change, and Ambiguity*, University of Philadelphia Press, 1984, p. 66. Voir aussi P. VINOGRADOFF, *Roman Law in Medieval Europe*, 3<sup>d</sup> Ed. (reprint de 1929), Oxford University Press, 1961, pp. 116-117; R.H. HELMHOLZ, *op. cit.*, note 19, pp. 8-11; CH. DONAHUE, jr., *loc. cit.*, note 4; P. LEGENDRE, « Le droit romain, modèle et langage », dans *Études d'histoire du droit canonique dédiées à Gabriel Le Bras*, T. II, Paris, Sirey, 1965, pp. 913-930. On a aussi mis en évidence l'influence discrète de la Bible en droit anglais, voir D.S. DAVIES, *The Bible in English Law*, London, Jewish Historical Society, 1954.

<sup>(24)</sup> Cf. *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. II, *The Legal Systems of the World their Comparaison and Unification*, R. DAVID chief editor, chap. 1: *The Different Conceptions of Law* et chap. 2: *Structure and the Division of the Law*. Il est vraiment étonnant que le Droit canonique ne mérite que des brèves mentions en passant (chap. I: R. DAVID, « Introduction », n° 10, p. I-9; G. SAWER, « The Western Conception of Law », n° 43, p. I-43); voir aussi A. WATSON, *Legal Transplants*, Edinburg, Scottish Academic Press, 1974, pp. 21-30; *Nouvelles perspectives*, *cit.*, note 3, qui mentionne en passant le droit romano-canonique aux pp. 33 et 197.

<sup>(25)</sup> Cf. A. VETULANI, « Stephanus Polonus, un canoniste polonais du XIII<sup>e</sup> siècle », dans *Études historiques à la mémoire de Noël Didier*, Paris, Montchrestien, 1960, pp. 341-350; Id, « L'enseignement universitaire du droit à Cracovie d'après les desseins de Casimir le Grand », dans *Études d'histoire du droit canonique dédiées à Gabriel Le Bras*, T. I, Paris, Sirey, 1965, pp. 373-383.

Il est, en revanche, souvent question du Droit romain et pour cause. On ne distingue pas toujours, cependant, le contenant romain de son contenu canonique. Il sied donc de rappeler quelques notions concernant l'élaboration du *Ius commune*.

#### B. *L'élaboration du Ius commune.*

Broadly, the *ius commune* is anything that has to do with university teaching of law, be it roman law or canon law, be it public or private law, be it in the Middle Ages or in the early modern period, be it in England or on the Continent.

Ch. DONAHUE, JR. 1992 (26)

Il s'agit donc de ce droit dit « savant », enseigné dans les universités, que les bacheliers, licenciés et docteurs répandent par la suite avec leur travail de juristes à travers l'Europe chrétienne. Ce droit tenait à la doctrine juridique plutôt qu'au droit positif. L'implantation de ce *Ius commune* dans l'occident chrétien tire donc sa force de l'« auctoritas », dans son sens classique, plutôt que de la « potestas ». Nous sommes en effet, en présence d'un *savoir socialement reconnu (auctoritas)* et non point d'un *pouvoir socialement reconnu (potestas)* (27). Il n'est pas oiseux de souligner cette réalité: c'est le savoir, l'intelligence, la raison pratique qui servent de véhicule à ce droit commun. N'oublions pas non plus que la *potestas* n'était alors exercée par aucune juridiction pan-européenne et qu'on ne possédait point des moyens de coordonner la mise en place de ce droit, hormis toutefois une certaine « auctoritas Principis » (28) que les canonistes tâchaient de transférer au Pape de certains textes du droit romain.

L'élaboration du *Ius commune* est un sujet fort bien connu (29). Il convient cependant de rappeler quelques notions.

(26) Ch. DONAHUE, jr., *loc. cit.*, note 4, p. 1746.

(27) Cf. A. D'ORS, *op. cit.*, note 15, p. 13.

(28) Cf. ID, p. 14.

(29) Cf. par exemple, H. COING, « European common law: historical foundations », dans *Nouvelles perspectives*, *cit.*, note 3, pp. 32-34; Fr. CALASSO, *Medio Evo del Diritto*, Milano, Giuffrè, 1954, pp. 215 et ss., 391 et ss.; Ch. DONAHUE, jr., *loc. cit.*, note 4; P. LEGENDRE, *loc. cit.*, note 23; P. OURLIAC, « Les sources du droit canonique au xv<sup>e</sup> siècle: le solstice de 1440 », dans *Études d'histoire du droit canonique*

C'est Bologne <sup>(30)</sup> d'abord qui devient le creuset de la rencontre du *Corpus iuris civilis* avec les éléments en formation du *Corpus iuris canonici*, le premier possédant une nette supériorité technique, le second, se trouvant encore dans la phase de l'encadrement juridique du message chrétien. Les éventuelles faiblesses techniques du droit canonique sont néanmoins compensées par la nette supériorité des principes qui se dégagent du message évangélique et qui aboutiront à des notions juridiques dont le contenu sera finalement plus riche que celles du droit romain.

Il y a donc une concurrence entre le droit romain et le droit canonique <sup>(31)</sup>, car les universités offrent un terrain propice permettant l'osmose ou la symbiose entre les deux ordonnancements juridiques. L'un le droit romain en voie de compléter sa christianisation <sup>(32)</sup>, l'autre le droit canonique en voie de façonner les normes juridiques les plus adéquates aux principes du message évangélique <sup>(33)</sup>. De cette lutte, de ces rivalités, de ces emprunts, de ces transformations naît finalement ce qu'on a appelé le *Ius commune*. Mais on doit aussi souligner que ces luttes, ces rivalités, ces emprunts ne se font pas dans la plupart des cas entre deux camps ennemis, mais jaillissent plutôt de la réflexion des mêmes maîtres qui enseignent à la fois le Droit romain et le Droit canonique. « A la fin du XIII<sup>e</sup> siècle et surtout au XIV<sup>e</sup> siècle, [...] la distance entre ces deux droits se réduit et les plans se rapprochent » <sup>(34)</sup>; il devient par ailleurs de plus en plus difficile de distinguer entre romanistes et canonistes <sup>(35)</sup>.

Reprenons, pour conclure cette esquisse, une description classique, même si elle limite ce *Ius commune* au Continent:

---

que dédiées à Gabriel Le Bras, T. 1, Paris, Sirey, 1965, pp. 293-305; G. LE BRAS, « Naissance... », *cit.*, note 6, Ed. MEYNIAL, « Roman Law », dans *The Legacy of the Middle Ages*, C.G. CRUMP et E.F. JACOB (éd.), Oxford, at the Clarendon Press, 1929, 363-399, aux pp. 366-372; 386-388; H.J. BERMAN, *op. cit.*, note 10, pp. 149-151; 204-205; 288-292 et *passim*; R.H. HELMHOLZ, *op. cit.*, note 19, pp. 144-154.

<sup>(30)</sup> Pour une étude de l'établissement et du fonctionnement des universités voir H.J. BERMAN, *op. cit.*, note 10, pp. 121-164.

<sup>(31)</sup> Cf. P. LEGENDRE, *loc. cit.*, note 23, pp. 913-915.

<sup>(32)</sup> Cf. B. BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, T. I, Milano, Giuffrè, 1952; T. II, *id.*, 1952; T. III, *id.*, 1954.

<sup>(33)</sup> Cf. P. LEGENDRE, *loc. cit.*, note 23, pp. 916-920.

<sup>(34)</sup> *Id.*, p. 918.

<sup>(35)</sup> *Id.*, pp. 918-919.

At the end of this evolution Roman-Canon Law had become the *Ius Commune* of the Continent. Differing from the English Common Law <sup>(36)</sup>, this continental *Ius Commune* never superseded the local and national customs and statutes. Its authority was only subsidiary. Its rules were followed only where no local or national rules existed. Still, these different local and national rules were interpreted in the light of the rules of Roman-Canon Law. [...]. The *Ius Commune* [...] was a living tradition and whole new provinces of law were incorporated to it. [...]. The *Ius Commune* gave to the continental countries a common stock of legal institutions, rules and concepts. It also gave them a kind of *lingua franca* in the field of law <sup>(37)</sup>.

Il serait fort probablement utile de redécouvrir les forces et les faiblesses de ce processus d'élaboration du *Ius Commune* afin de pouvoir s'en inspirer dans l'élaboration de programmes d'enseignement visant l'harmonisation du droit européen. Il est possible que les échanges d'étudiants favorisés par certains programmes actuels, permettent une meilleure compréhension de l'ordonnancement juridique du pays où l'étudiant est en visite, mais on est loin, très loin, de cet enseignement commencé à Bologne et qui s'est par la suite étendu aux autres universités qui se constituaient alors. L'enseignement des deux *Corpus iuris* offrait un cadre de référence, une formation juridique approfondie, une intelligence du système, mais non le droit « national » d'un lieu. « Prior to the rise of the nation state, [...] the entire civilized world was governed by one legal system: the Roman-Canonic *jus commune*. Lawyers throughout the civilized world attended the same universities, studied the same books in the same language (Latin), and taught in the same way, using the same authorities, to their own students. There was a common law of Europe, a

<sup>(36)</sup> Pour un point de vue différent voir Ch. DONAHUE, jr., *loc. cit.*, note 4.

<sup>(37)</sup> H. COING, *loc. cit.*, note 29, pp. 33-34. Il s'agit de ce que Donahue considère une définition étroite du *Ius commune*, limité seulement au Continent. Avec Donahue, nous préférons la notion plus large que nous citons en exergue (note 26); on peut trouver des exemples et des illustrations de la présence du droit romano-canonique dans la common law dans des recherches récentes (voir R.H. HELMHOLZ, *op. cit.*, notes 19 et 20; J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *op. cit.*, note 19; D.J. SEIPP, *loc. cit.*, note 19) et dans d'autres classiques (voir P. VINOGRADOFF, *op. cit.*, note 23, pp. 117-118; F.W. MAITLAND, *Roman Canon Law in the Church of England*, London, Methuen & Co, 1898, pp. V, 1-12, 50, 51-60 et *passim*).

common literature and a language of the law, and an international community of lawyers »<sup>(38)</sup>. Peut être devrait-on tenter une telle expérience<sup>(39)</sup>, si nous cherchons à établir un nouveau *Ius commune*<sup>(40)</sup>.

Il ne faut pas oublier que c'est la vie chrétienne qui avait été le moteur des changements sociaux, il convient donc de se pencher brièvement aussi sur les voies de l'intégration du message chrétien dans le droit.

### C. *Les voies de l'intégration du message chrétien dans le droit.*

Le Droit romain qu'on enseigne dans les écoles et duquel on se sert dans le barreau est ou canonique ou civil.

PRALARD, XVII<sup>e</sup> siècle<sup>(41)</sup>

Voilà une affirmation, reflétant la perception du Droit romain au XVII<sup>e</sup> siècle, qui peut sans doute surprendre. Elle semble toutefois mettre en évidence le résultat des influences réciproques entre le message chrétien et le Droit romain, ainsi que l'utilisation du droit par l'Église. Les voies de la christianisation du droit et de la formulation juridique du message chrétien sont multiples. La législation romaine chrétienne constitue un premier pallier; la christianisation du Droit romain, un deuxième, la consolidation du Droit canonique, un troisième.

#### a) *La législation romaine chrétienne.*

On peut mentionner, dans un premier temps, les multiples interventions législatives des autorités romaines provoquées par la christianisation de la société, dont une étude fort approfondie a été

<sup>(38)</sup> J.H. MERRYMAN, « On the Convergence (and Divergence) of the Civil Law and the Common Law », dans *Nouvelles perspectives, cit.*, note 3, p. 197.

<sup>(39)</sup> The Faculty of Law of the University of the West Indies, située à la Barbade, semble avoir développé un programme de ce type. Il serait basé sur les notions fondamentales de la common law, sans toucher, dans les cours généraux et obligatoires, les spécificités des droits nationaux des différents pays des Antilles desservis par l'Université.

<sup>(40)</sup> Cf. R.H. HELMHOLZ, *loc. cit.*, note 19, pp. 1226-1228.

<sup>(41)</sup> Extrait dans le Ms Sainte Geneviève 3091, p. 79, cité par P. LEGENDRE, *loc. cit.*, note 23, p. 915, note 6.



publiées en trois volumes sous le titre *Il diritto romano cristiano* (42). Un bon nombre de ces interventions législatives serait de nos jours regroupées, dans plusieurs pays, sous l'appellation de Droit civil ecclésiastique ou Droit ecclésiastique de l'État (*Diritto ecclesiastico dello Stato*, *Derecho eclesiástico del Estado*, *Staatskirchenrecht*, etc.) ou autres semblables (43). Ces lois touchaient une grande diversité de sujets religieux ou rattachés à la religion. Il y avait des lois aussi bien pour protéger la foi chrétienne (44) que pour établir la discipline interne de l'Église (45). On peut aussi déceler l'influence du message chrétien dans la législation familiale et sociale, notamment en matière de mariage (46), de condamnation de la prostitution (47), d'interdiction des jeux des gladiateurs (48) et d'adoucissement des normes concernant l'esclavage (49).

Dans le sens contraire, il serait aussi possible de faire état des nombreux emprunts que l'Église fait au droit romain que ce soit au niveau de la terminologie, des techniques juridiques et même des institutions (50). Mais dans ce domaine on est déjà à la charnière de la christianisation du droit romain.

#### b) *La christianisation du droit romain.*

Il est évident qu'avec cette expression, nous tâchons de traduire une réalité différente de celle de la législation romaine chrétienne. Certes, cette législation entraîne une modification explicite du droit romain provoquée par le message chrétien, et ce par l'introduction

(42) Cf. B. BIONDI, *op. cit.*, note 32 et voir T. I, n<sup>os</sup> 35-51, pp. 115-167; J. GAUDEMET, *op. cit.*, note 8, n<sup>o</sup> 132, pp. 189-192.

(43) Cf. E. CAPARROS, « Le droit canonique devant les tribunaux canadiens », dans *Unico Ecclesia servicio* (sous la dir. de M. THÉRIAULT et J. THORN), Ottawa, Université Saint-Paul, 1991, 307-342, aux pp. 312-314 et les références.

(44) Cf. B. BIONDI, *op. cit.*, note 32, T. I, n<sup>os</sup> 81-107, pp. 253-357; J. GAUDEMET, *op. cit.*, note 8, n<sup>o</sup> 135, pp. 194-195.

(45) Cf. B. BIONDI, *op. cit.*, note 32, T. I, n<sup>os</sup> 122-134, pp. 395-434; J. GAUDEMET, *op. cit.*, note 8, n<sup>o</sup> 135, pp. 195-196.

(46) Cf. B. BIONDI, *op. cit.*, note 32, T. III, n<sup>os</sup> 345-364, pp. 69-101, n<sup>os</sup> 384-396, pp. 151-187; J. GAUDEMET, *op. cit.*, note 8, n<sup>o</sup> 136, pp. 197-198.

(47) Cf. B. BIONDI, *op. cit.*, note 32, T. II, n<sup>os</sup> 252-258, pp. 263-279; J. GAUDEMET, *op. cit.*, note 8, n<sup>o</sup> 136, p. 197.

(48) Cf. B. BIONDI, *op. cit.*, note 32, T. II, n<sup>os</sup> 259-263, pp. 279-284; J. GAUDEMET, *op. cit.*, note 8, n<sup>o</sup> 136, p. 197.

(49) Cf. B. BIONDI, *op. cit.*, note 32, T. II, n<sup>os</sup> 300-319, pp. 373-447 et voir *supra* note 12.

(50) J. GAUDEMET, *op. cit.*, note 8, n<sup>o</sup> 138-143, pp. 201-212.

d'institutions nouvelles ou par l'interdiction ou la transformation explicite d'institutions anciennes.

Sous l'expression « christianisation du droit romain », nous avons plutôt à l'esprit les emprunts de concepts ou d'institutions au droit romain qui reçoivent un souffle nouveau sous l'inspiration du message chrétien. Ce souffle nouveau se fait grâce aux efforts intellectuels des canonistes, qui, au besoin, adaptent les notions théologiques au droit.

Dans ce contexte, la transformation par exemple de l'*aequitas* <sup>(51)</sup> mérite une mention toute spéciale. En effet, elle apparaît comme l'un des prototypes de cette christianisation; il ne s'agit point d'une invention du législateur chrétien ni à proprement parler d'une nouvelle notion, mais d'une transformation de grande envergure, car une énorme différence existe entre l'*aequitas* romaine et la canonique. Bien que la première, déjà avec les interventions de Constantin, ait commencé à être d'application générale <sup>(52)</sup>, elle reste éloignée de l'*aequitas* comme justice chrétienne, « l'*aequitas* cristiana è intessuta di quella carità, che costituisce il *praeceptum maius* della predicatione de Gesù » <sup>(53)</sup>. À partir d'une telle conceptualisation l'on parvient en droit canonique à une tendance générale vers la modération, la *benignitas*, la *humanitas*, la miséricorde et le pardon qui donnent forme et contenu aux lois chrétiennes <sup>(54)</sup>. Encore plus, cet *elementum correctivum iuris* doit être considéré comme formant le principe même qui est à la base de l'ordonnancement canonique <sup>(55)</sup>. Il s'agit tellement d'une conceptualisation fondamentale que Fedele rattache à cette théorie canonique de l'*aequitas* un nombre considérable de développements postérieurs, dus principalement aux canonistes et aux tribunaux ecclésiastiques, allant du principe *ex nudo pacto actio oritur*, passant par les multiples applications de la *bona fides* et arrivant jusqu'au *nullum crimen sine praevia lege poenali* <sup>(56)</sup>.

Il ne sied pas de tirer ici les nombreuses conséquences qui découlent de ces affirmations dont quelques-unes seront illustrées plus

<sup>(51)</sup> Cf. B. BIONDI, *op. cit.*, note 32, T. II, n<sup>os</sup> 155-160, pp. 28-43 et T. III, n<sup>o</sup> 406, pp. 210-211; P. FEDELE, *loc. cit.*, note 7; H.J. BERMAN, *op. cit.*, note 10, pp. 518-519.

<sup>(52)</sup> Cf. B. BIONDI, *op. cit.*, note 32, T. II, n<sup>os</sup> 157-158, pp. 31-38.

<sup>(53)</sup> *Id.*, n<sup>o</sup> 159, p. 39.

<sup>(54)</sup> Cf. *Ibidem*.

<sup>(55)</sup> Cf. P. FEDELE, *loc. cit.*, note 7, p. 76.

<sup>(56)</sup> Cf. *Id.*, pp. 80-86.



loin à l'aide des rapports nationaux, mais on ne peut pas passer sous silence la féconde influence de l'*aequitas canonica* dans les Îles britanniques, et par la suite, au rythme du flux et reflux de l'Empire britannique, dans les pays dits de common law. Il s'agit, d'ailleurs, d'une des voies les plus importantes de la pénétration et l'implantation du droit canonique en Angleterre<sup>(57)</sup>. La *Court of Chancery* a effectivement développé, « for the love of God and in way of Charity », un nombre considérable d'avenues juridiques d'évidente utilité<sup>(58)</sup>. Les doctrines ainsi mises en avant par l'*equity* pourraient, dans plus d'un cas, être rapprochées des doctrines élaborées par des canonistes. Cet *aequitas canonica*, qu'on pourrait considérer par analogie comme un catalyseur de nombreuses transformations juridiques, reste toujours bien établie dans les codes de droit canonique<sup>(59)</sup>, fruit d'une décantation multiséculaire<sup>(60)</sup>.

La vie nouvelle que le message chrétien a insufflée à l'*aequitas*, et les enrichissements nombreux que cela a provoqués, sont à certains égards comparables aux transformations subies par les notions d'*universitas*, *collegium*, *societas*, *corpus*, ... lorsqu'au XIII<sup>e</sup> siècle Sinibaldo de Fieschi (avant de devenir Innocent IV) proposa la fameuse explication: « Collegium in causa universitatis *fiſgantur una persona* »<sup>(61)</sup>. Une telle fiction, fondée quand même dans la réalité, apporte en germe les notions de personnalité juridique, de personne morale, de corporation multiple. À la rigueur, lorsqu'il s'agit d'une

(57) Cf. J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *op. cit.*, note 19, pp. 55-103; Id, « Comments on the Influence of Canon Law on the Common Law Legal Tradition », (1989) 20 R.G.D. 5-30.

(58) Cf. H.J. BERMAN, *Faith and Order*, Atlanta, Scholar Press, 1993, pp. 55-82.

(59) Cf. can. 19, 122, 221, 702, 1733 et 1752 CIC.; 24, 929, 998, 1400 et 1501 CCEO.

(60) Cf. SAINT THOMAS D'AQUIN, *S. Th.*, I, q. 21, a.3, ad 3; I-II, q. 21, a.1, ad 2; q. 95, a.2, ad 2; q. 97, a.4, ad 1; et pour des commentaires dans le contexte contemporain, JEAN-PAUL II, *Discours à la Rote Romaine*, 18 janvier 1990, dans *L'Osservatore Romano* (éd. hebdomadaire en langue française) 13 fév. 1990, p. 14; Id, *Discours à la Rote Romaine*, 29 janv. 1993, dans *L'Osservatore Romano* (Weekly Edition in English) 3 fév. 1993; aussi dans J. THORN, *Le pape s'adresse à la Rote [:] 1939-1994*, Faculté de droit canonique, Université Saint-Paul, Ottawa, 1994, pp. 218-222 et 233-237; E. CAPARROS, « Réflexions sur la charité pastorale et le droit canonique », dans *Ius in Vita et in Missione Ecclesiae*, Libreria Editrice Vaticana, 1994, 157-174.

(61) Cf. S. PANIZO, *Persona jurídica y ficción [:] Estudio de la obra de Sinibaldo Fieschi (Inocencio IV)*, Pamplona, EUNSA, 1975; H.J. BERMAN, *op. cit.*, note 10, pp. 215-221; J. FERRER dans INSTITUTO MARTÍN DE AZPILCUETA, *Manual de Derecho canónico*, Pamplona, EUNSA, 1988, pp. 168-169.

*universitas rerum* on pourrait trouver, dans la fiction mise en avant par le canoniste Fieschi, l'origine des fiducies et des fondations, et tout spécialement de cette fiducie du nouveau *Code civil du Québec* <sup>(62)</sup>.

Nous sommes ainsi en présence d'un autre exemple de ces racines canoniques du droit occidental, qui sous différents cieux ont produit des arbres divers aux multiples fruits; c'est-à-dire, des réalités juridiques répondant aux besoins des ordonnancements occidentaux.

Les exemples d'institutions romaines christianisées par la voie d'une transformation profonde ne manquent pas <sup>(63)</sup>, mais puisque notre but était simplement d'illustrer ces faits, il ne convient pas d'aller au delà de cette esquisse. Tournons brièvement notre attention vers la consolidation du droit canonique.

c) *La consolidation du droit canonique.*

La vie précède toujours le droit, entend-on souvent dans la bouche des sages, et c'est par la vie, par son impact, que nous avons commencé cette esquisse. La condolidation du droit propre de l'Église, le droit canonique, met en évidence une maturation institutionnelle et intellectuelle à la fois.

Le message chrétien commence à se manifester juridiquement dans la législation des empereurs chrétiens, comme cela a été signalé plus haut, atteignant des niveaux assez importants aussi bien à cause de la richesse du contenu chrétien de la législation, que de ses qualités juridiques <sup>(64)</sup>.

Il est, par ailleurs, fort malaisé de compartimenter le flux de la réalité historique, mais il est quand même possible d'envisager comme deuxième étape du parcours vers le droit canonique cette phase, que nous venons d'esquisser, pendant laquelle des institutions du droit romain sont transformées par les principes ou l'agir chrétien. « Pour son usage, l'Église a démantelé, faussé ou idéalisé le droit romain selon les cas » <sup>(65)</sup>. S'élabore ainsi une doctrine canonique qui

<sup>(62)</sup> Cf. art. 1260-1273 C.c.Q.

<sup>(63)</sup> Plusieurs exemples ont déjà été mentionnés, voir les références aux notes 13-20; voir aussi A. BETTETINI, *La restitutio in integrum processuale nel Diritto canonico*, Milan, CEDAM, 1994 qui contient une très riche étude historique aux pp. 35-170.

<sup>(64)</sup> Cf. B. BIONDI, *op. cit.*, note 32, T. I, n<sup>os</sup> 38-54, pp. 123-167.

<sup>(65)</sup> P. LEGENDRE, *loc. cit.*, note 23, p. 921.

prend ses distances du droit romain, tout en conservant souvent la terminologie de ce droit.

La découverte d'une copie du *Corpus iuris civilis*, compilé par des juristes de Justinien au VI<sup>e</sup> siècle, et le début de son enseignement à Bologne par Irnerius se situent chronologiquement vers la fin du XI<sup>e</sup> siècle (on avance généralement la date de 1080 pour la découverte et 1087 pour le début de l'enseignement d'Irnerius) <sup>(66)</sup>. Environ un demi-siècle plus tard (on retient généralement la date de 1140) <sup>(67)</sup> on retrouve dans la même université le moine Gratien enseignant le droit canonique en se servant de « son propre manuel », pour employer l'expression avant la lettre, la *Concordantia discordantium Canonum*, plus connu sous le nom du *Décret* de Gratien. Selon une conclusion généralisée, il s'agit probablement du premier ouvrage systématique rédigé en droit <sup>(68)</sup>. À ce Décret, oeuvre doctrinale et scientifique, contrairement à la compilation de Justinien, s'ajouteront entre 1234 et 1503 des Décrétales des papes, en plusieurs livres, pour constituer le *Corpus iuris canonici* <sup>(69)</sup>.

C'est à Bologne, comme nous l'avons déjà signalé, que se situe le point de départ de l'enseignement *des deux droits* et de l'élaboration des traditions juridiques d'Occident.

Mais on ne peut pas oublier que ces *deux droits* ont subi des influences réciproques et qu'en particulier le *Corpus* de Justinien recueille bon nombre des lois impériales chrétiennes. Il est impossible de passer sous silence que la supériorité technique du droit romain, et malgré le demi-siècle d'avance de l'effort intellectuel de ses maîtres de Bologne, n'atteint pas néanmoins à la qualité de la systématisation juridique du Décret de Gratien.

L'influence réciproque, l'inter-fécondation pourrait-on dire, s'est prolongée pendant deux siècles, pour arriver à la consolidation et même à la suprématie du droit canonique au XIII<sup>e</sup> siècle. « L'Église du XIII<sup>e</sup> siècle ne vit plus sous les lois romaines: elle a vigoureusement exploité la loi romaine pour construire son droit privé » <sup>(70)</sup>. Plus que cela, « [i]n the thirteenth century the canons provided all the elements of a perfect system of organization for the Church » <sup>(71)</sup>. Le droit canonique aban-

<sup>(66)</sup> Cf. H.J. BERMAN, *op. cit.*, note 10, p. 123.

<sup>(67)</sup> Cf. ID, p. 143; D. LE TOURNEAU, *Le droit canonique*, Que sais-je?, n° 779, Paris, PUF, 1988, p. 25.

<sup>(68)</sup> Cf. H.J. BERMAN, *op. cit.*, note 10, p. 143.

<sup>(69)</sup> Cf. D. LE TOURNEAU, *op. cit.*, note 67, p. 26.

<sup>(70)</sup> G. LE BRAS, *loc. cit.*, note 6, p. 337.

<sup>(71)</sup> ID, « Canon Law » dans *The Legacy ...*, *cit.*, note 29, 321-361, à la p. 329.

donne sa « dépendance » technique du droit romain pour devenir autonome, mais l'évolution ira plus loin puisque « l'autonomie du droit canonique devient suprématie » (72). Il ne s'agit pas seulement d'une suprématie au niveau de la raison, soit scientifique et intellectuelle, mais aussi dans la vie en société, dans la solution des conflits. En effet, la hiérarchie et les tribunaux ecclésiastiques ont réussi à obtenir juridiction dans un bon nombre de domaines juridiques grâce aux élaborations doctrinales des théologiens et canonistes. Le droit canonique, dont l'*aequitas* contient toujours les éléments nécessaires aux adaptations requises, laisse ainsi sa marque dans les droits occidentaux, qui se trouvent alors en phase d'élaboration.

Il nous reste donc, à présenter à l'aide des rapports nationaux reçus, des exemples précis d'enracinement d'institutions juridiques dans le droit canonique.

## II. DES EXEMPLES D'ENRACINEMENT.

Les rapports reçus nous permettent de présenter ces exemples sous trois chefs: Des exemples manifestés par la bibliographie (A), des exemples d'enracinement d'institutions (B) et, enfin, un exemple d'enracinement systémique (C).

### A. Des exemples manifestés par la bibliographie.

Le rapport du professeur Antonio Padoa-Schioppa (73) constitue à la fois un tableau général et une bonne synthèse, doublée d'une abondante bibliographie.

Il signale, sans s'y attarder, l'osmose qui s'est produite entre le droit romain et le droit canonique (74), pour signaler par la suite l'influence du droit canonique sur le droit séculier dans plusieurs grands secteurs, en apportant toujours une riche bibliographie.

C'est ainsi qu'il met en évidence le rôle joué par le droit canonique dans le domaine judiciaire par l'institution de l'appel, de la procédure d'enquête, des normes concernant la preuve et de l'*actio spolii* (75).

(72) P. LEGENDRE, *loc. cit.*, note 23, p. 923.

(73) *Note sul ruolo del Diritto canonico e sulla storiografia giuridica*, Milan, dactylographié, 1994, 16 pp. cf. *infra* pp. 455-468.

(74) *Id.*, n° 2, pp. 456-458.

(75) *Id.*, n° 3, pp. 458-460.

La notion d'office développée en droit canonique, conduit à distinguer la personne de la fonction qu'elle occupe; par ailleurs, dans le cadre de l'organisation et du fonctionnement des organismes collégiaux, il signale l'importance de la règle de la majorité dans les élections et de celle de l'unanimité pour prendre certaines décisions. D'une façon plus générale, le rapport souligne le rôle important du serment <sup>(76)</sup>.

En droit privé, le professeur Padoa-Schioppa met en évidence l'origine canonique de la notion moderne de personnalité juridique, ainsi que des théories de la bonne foi et de celle de la représentation, sans négliger le rôle du droit canon dans la doctrine sur le mariage et la transformation des *nuda pacta* <sup>(77)</sup>:

Il réserve pour la fin deux aspects d'une grande importance pour la formation du droit moderne, où le droit canonique a joué un grand rôle: la différence entre les autorités civiles et religieuses, conduisant à l'élaboration des notions de base de la théorie de la séparation de l'Église et de l'État <sup>(78)</sup>, et la notion de personne qui mène à l'établissement d'une égale dignité entre toutes les personnes et qu'on peut considérer comme la racine des chartes des droits modernes <sup>(79)</sup>.

Le rapport conclut avec de riches considérations sur la contribution du droit canonique à la formation d'une science du droit. Cette science serait basée, d'un côté sur l'établissement par les canonistes médiévaux, notamment Ives de Chartres et, plus tard, Gratien, d'un ensemble de principes permettant les qualifications des normes; et de l'autre, des techniques d'analyse juridique, peut-être marquées par les méthodes de l'exégèse biblique, développées par l'école de Bologne.

Nous serions donc aussi, scientifiquement, tributaires de cet apport de Bologne.

## B. *Des exemples d'enracinement d'institutions.*

Trois autres rapports nous permettront d'apporter ici des illustrations: pour le mariage, celui du professeur Gabriel García Cantero <sup>(80)</sup>; pour les legs en faveur de son âme et la fiducie, une autre partie de celui

<sup>(76)</sup> *Id.*, n° 4, pp. 460-462.

<sup>(77)</sup> *Id.*, n° 5, pp. 462-463.

<sup>(78)</sup> *Id.*, n° 6, pp. 463-465.

<sup>(79)</sup> *Id.*, n° 7, pp. 465-466.

<sup>(80)</sup> *Dos ejemplos de influencia eclesiástica en el Derecho español (Matrimonio religioso y herencia en favor de su alma)*, Zaragoza, dactylographié, 1994, 8 pp. cf. *infra* pp. 469-480.



du professeur García Cantero et le rapport de M<sup>e</sup> André A. Morin <sup>(81)</sup>; pour la dette, le rapport du professeur DeLloyd J. Guth <sup>(82)</sup>.

a) *Le mariage.*

Conscient du fait que l'institution matrimoniale est l'exemple le plus visible et persistant de l'influence religieuse dans des droits séculiers <sup>(83)</sup>, le professeur García Cantero illustre cette influence en se servant du droit espagnol. En effet, il s'agit de l'un des ordonnancements étatiques dans lesquels le modèle canonique conserve, encore de nos jours, une très forte présence <sup>(84)</sup>. Il s'attarde donc à mettre en relief les effets civils du mariage canonique et des autres mariages religieux.

Pour le mariage canonique, le législateur espagnol Philippe II introduit par *Real Cédula* de 1564 le Décret du Concile de Trente sur la réforme du mariage. L'Espagne ne connaîtra ainsi qu'un seul mariage canonique et obligatoire régi par le droit canonique «civilisé» et sur lequel les tribunaux ecclésiastiques auront juridiction presque complète <sup>(85)</sup>.

Mais en 1870 une Loi sur le mariage civil obligatoire tâche de procéder à la sécularisation du mariage tout en conservant, pour l'essentiel, l'inspiration canonique. La loi fut rejetée par la population et donna même lieu à des mouvements de désobéissance civile <sup>(86)</sup>. Cinq ans plus tard, le législateur cette fois par Décret rétablit la législation canonique comme forme générale de célébration, tout en maintenant le mariage civil pour les non catholiques <sup>(87)</sup>.

C'est ce régime qui se retrouve dans le Code civil espagnol de 1889 et qui, sous réserve de la parenthèse de la Deuxième République (1932-1939) qui revient au mariage civil obligatoire <sup>(88)</sup>, a été en vigueur jusqu'à récemment.

<sup>(81)</sup> *Des origines de la fiducie, un exemple concret des racines institutionnelles des droits occidentaux dans le droit ecclésiastique*, Ottawa, dactylographié, 1994, 20 pp. cf. *infra*, pp. 481-493.

<sup>(82)</sup> *Centrality of Debt in Western Medieval Sacred and Secular Legal Systems*, Winnipeg, dactylographié, 1994, 20 pp. cf. *infra*, pp. 495-502.

<sup>(83)</sup> *Op. cit.*, note 80, p. 469.

<sup>(84)</sup> *Ibidem.*

<sup>(85)</sup> *Id.*, p. 471.

<sup>(86)</sup> *Ibidem.*

<sup>(87)</sup> *Id.*, p. 472.

<sup>(88)</sup> *Ibidem.*

En effet, la nouvelle Constitution de 1978, ainsi que les Accords de 1979 entre le Saint-Siège et l'Espagne, en remplacement du Concordat de 1953, maintiennent fondamentalement les effets civils du mariage canonique et ouvrent la porte à d'autres mariages civils et religieux<sup>(89)</sup>. Ainsi les modifications au Code civil introduites en 1981 cherchent à l'adapter à ces Accords. Elles règlent les effets civils du mariage canonique, bien que l'introduction du divorce et la modification de la juridiction reconnue par l'État aux tribunaux ecclésiastiques aient diminué notablement ces effets<sup>(90)</sup>.

Par ailleurs, ce n'est qu'en 1992 que le droit espagnol reconnaît le mariage religieux des non catholiques, hormis les anciens cas des autochtones des Amériques et des colonies africaines. L'abandon de la confessionnalité de l'État et l'impact des enseignements du Concile Vatican II ont été déterminants pour la reconnaissance de ces mariages. Il s'agit fondamentalement d'un seul mariage civil, mais célébré aussi selon des formes religieuses<sup>(91)</sup>.

Le professeur García Cantero peut conclure à la fin de cette étude que le modèle matrimonial adopté par le législateur espagnol en 1981 demeure le modèle canonique, malgré son éloignement par rapport à certaines propriétés de l'institution du mariage canonique<sup>(92)</sup>.

b) *Les legs en faveur de son âme et la fiducie.*

Les legs en faveur de son âme ont joué un rôle fort important dans le développement du droit successoral médiéval. Le rapport signale comment ces legs n'ont pas toujours été acceptés dans les codes civils modernes<sup>(93)</sup>. Toutefois, le droit espagnol avait toujours accueilli sans hésitation les dispositions *mortis causa* en faveur de son âme, même lorsque l'âme était nommée seule héritière. Les difficultés pratiques d'application d'une telle clause sont évidentes<sup>(94)</sup>. Ainsi déjà le projet de Code civil de 1851 cherchait une solution en présumant que le testateur avait alors disposé en faveur des pauvres. Le Code promulgué en 1889, vise à respecter davantage la volonté du testateur et dispose à son article 747, toujours en vigueur, que la dis-

(89) *Id.*, pp. 473-474.

(90) *Id.*, pp. 474-475.

(91) *Id.*, pp. 476-477.

(92) *Id.*, p. 477.

(93) *Id.*, pp. 477-478.

(94) *Ibidem.*

position des biens faite afin d'offrir des suffrages et d'accomplir des bonnes oeuvres en faveur de son âme, sans autre spécification, doit conduire les liquidateurs à vendre les biens et à distribuer également le produit de la vente entre l'évêque du lieu et le gouverneur civil. Bien sûr, cette disposition ne s'applique point aux legs particuliers en faveur d'oeuvres spécifiques. Par ailleurs, la division à la Salomon entre l'Église catholique et l'État devrait s'appliquer, dans une société pluraliste, à l'autorité religieuse compétente, soit celle de la confession religieuse du *de cuius* <sup>(95)</sup>.

La fiducie du droit québécois, bien que sa portée soit plus large, peut se rapprocher de ces legs en faveur de son âme.

M<sup>e</sup> André A. Morin s'applique à nous montrer les différences entre les concepts de fiducie et de fidéicommiss du droit romain et la fiducie du *Code civil du Québec* <sup>(96)</sup>. Il rappelle, par la suite, l'essor du droit canonique au coeur du Moyen Âge et la façon dont les fondations de messe, les fondations pieuses, prennent forme juridiquement <sup>(97)</sup>. L'étude des origines du *use* et des *trust* entre les mains du *Lord Chancellor*, dans la *Chancery Court*, lui permet d'établir un rapprochement logique entre la doctrine élaborée par le Chancelier et celle des fondations pieuses du droit canonique médiéval. En effet, le Chancelier, confronté avec le besoin de trouver une réponse au *use* que les communautés religieuses exerçaient pour contourner les limitations imposées aux gens de main-morte, enrichit son système juridique en s'inspirant des concepts juridiques des fondations pieuses. Apparaît ainsi le concept de *trust* et toute la doctrine juridique qui l'accompagne <sup>(98)</sup>.

Acceptant l'opinion du professeur Brierley selon laquelle la fiducie du droit québécois tire ses origines de la common law <sup>(99)</sup>, M<sup>e</sup> Morin, fort de ses développements sur les origines du *trust* en droit anglais, peut conclure à l'enracinement de la fiducie du *Code civil du Québec* de 1994 dans le droit canonique. Il fait, en effet une intéressante comparaison entre les dispositions du Code québécois et les canons du Code de droit canonique latin de 1983 <sup>(100)</sup>.

<sup>(95)</sup> *Id.*, p. 479.

<sup>(96)</sup> *Cf. op. cit.*, note 81, pp. 481-483.

<sup>(97)</sup> *Id.*, pp. 483-487.

<sup>(98)</sup> *Id.*, pp. 487-490.

<sup>(99)</sup> *Id.*, pp. 491-492.

<sup>(100)</sup> *Id.*, pp. 492-493.



c) *La dette.*

De la main de Marco Polo, le professeur DeLloyd J. Guth, nous fait faire un voyage diversifié autour de la notion de la centralité de la dette dans les droits séculiers et sacrés. Le « cercle autour du débiteur » que Marco Polo avait découvert à Ceylan et qui empêchait le débiteur de sortir vivant de ce cercle sans payer sa dette, lui permet d'illustrer comment tant le droit séculier que le sacré (pour conserver sa terminologie) visent à cerner le débiteur soit par l'emprisonnement ou la mise hors la loi; cela en droit canon médiéval aboutit à l'excommunication, avec toute sa valeur médicinale <sup>(101)</sup>.

En Angleterre, au XIII<sup>e</sup> siècle coexistent les deux perspectives de la dette: « [t]he secular emphasised a right, the sacred a duty » <sup>(102)</sup>. Le professeur Guth met en évidence l'absence de complémentarité, et même la concurrence, entre la perspective factuelle des juridictions séculières et celle de la *fidei laesio* du droit canonique <sup>(103)</sup>. Les deux systèmes se déroulaient en parallèle. « People sued and were sued routinely for debt in sacred and secular courts, sometimes simultaneously in both for what amounted to a double jeopardy » <sup>(104)</sup>.

Le rapport signale que la notion de dette, comme telle, est une notion juridique tellement centrale, tellement fondamentale, qu'elle existe au delà de la technique juridique et des recours possibles pour obtenir le paiement. À cet égard, la notion de dette ne s'enracine ni dans un droit ecclésiastique, ni même séculier <sup>(105)</sup>.

Afin de prouver cette « centralité » de la dette « central to the rule of law » <sup>(106)</sup>, le rapport présente des normes règlementant le paiement des dettes et les sanctions possibles prévues dans les très anciens droits qui nous sont parvenus (Égypte, Babylone, Chine, Grèce, Inde). À ces textes juridiques, on ajoute des textes à portée philosophique (Confucius, Boudha) et religieuse (l'Ancien Testament) dans lesquels on ajoute une obligation morale de payer la dette <sup>(107)</sup>.

<sup>(101)</sup> DELLOYD J. GUTH, *op. cit.*, note 82, pp. 495-498.

<sup>(102)</sup> *Id.*, p. 498.

<sup>(103)</sup> *Id.*, pp. 498.

<sup>(104)</sup> *Id.*, pp. 499-500.

<sup>(105)</sup> *Ibidem.*

<sup>(106)</sup> *Id.*, p. 500.

<sup>(107)</sup> *Id.*, pp. 500-502.

L'universalité, géographique et culturelle, de la notion de dette permet aussi de souligner que la notion générale de dette « illustrates this intersecting in law of fact and faith, of property and morality »<sup>(108)</sup>.

C'est le christianisme qui ajoute l'élément foi, précisément la bonne foi, au formalisme du Droit romain<sup>(109)</sup>. Mais le christianisme place aussi la dette au cœur même de son message spirituel déjà dans le Notre Père et d'une façon fondamentale dans la Rédemption, comme les abondants textes du Nouveau Testament cités par le rapporteur le mettent en relief<sup>(110)</sup>.

« The clash between Roman formalism and Christian moralism[...] would force debt and sin to grow closer, symbolically and symbiotically »<sup>(111)</sup>. Le rapport signale l'impact du christianisme dans les lois romaines, à un point tel qu'à l'époque de Justinien la moralité chrétienne l'avait emporté sur le formalisme romain<sup>(112)</sup>.

En revanche, les six siècles des *leges barbarorum* brisent le centralisme législatif romain pour aboutir à une grande diversité de normes juridiques. En Angleterre, le professeur Guth prend l'exemple des lois de Aethelberth dans lesquelles l'on prévoyait le prix du rachat de chaque peine corporelle, ce qui pouvait ainsi transformer la peine en dette. Toutefois, en common law, l'origine de l'action pour dettes demeure toujours pratiquement inconnue<sup>(113)</sup>.

Cette perspective multiple conduit le professeur Guth à conclure que la notion de dette n'est pas enracinée dans le droit ecclésiastique, même si les critères moraux, apports de l'Église, favorisaient le paiement des dettes. Ayant constaté que le droit séculier a penché vers le formalisme contractuel et fait triompher le matériel sur le spirituel, le rapporteur se demande si notre monde contemporain ne pourrait pas se sortir du marasme des immenses dettes publiques et des faillites<sup>(114)</sup> « by re-learning why we ought to pay what we owe »<sup>(115)</sup>, comme le christianisme l'avait enseigné et les tribunaux ecclésiastiques avaient mis en pratique.

<sup>(108)</sup> Id, p. 502.

<sup>(109)</sup> Id, pp. 502-503.

<sup>(110)</sup> Id, pp. 503-504.

<sup>(111)</sup> Id, p. 506.

<sup>(112)</sup> Id, pp. 506-507.

<sup>(113)</sup> Id, pp. 508-509.

<sup>(114)</sup> Id, pp. 509-510.

<sup>(115)</sup> Id, p. 510.

C. *Un exemple d'enracinement systémique: le droit de l'Église d'Angleterre.*

Cet exemple nous est offert par le rapport du doyen Peter M. Smith <sup>(116)</sup> concernant la détermination du droit canonique jadis en vigueur en Angleterre et la façon dont ces normes se sont retrouvées et sont encore en vigueur dans l'Église d'Angleterre.

Le professeur Smith commence son rapport en soulignant la coupure que lors de la Réforme on tâche d'introduire entre l'Église d'Angleterre et Rome. Dans le droit, les lois promulguées par Henri VIII en 1534, affirmant que le pape n'avait jamais eu d'autorité en Angleterre, cherchent à présenter le droit canon comme un « droit coutumier » anglais, transformant ainsi le droit canon de Rome en un droit canon national <sup>(117)</sup>. Entre 1543 et 1571, on tâche toutefois de faire une compilation de ces « anciens canons » qui seraient encore en vigueur en Angleterre, sans succès. Les décès d'Henri VIII, d'Édouard VI et de Marie Tudor laissent en plan plusieurs commissions de travail. Même lorsque l'archevêque Parker rédige, finalement, en 1571 la *Reformatio Legum Ecclesiasticarum*, sous Elisabeth I, elle n'est jamais promulguée <sup>(118)</sup>.

La doctrine et même la jurisprudence retiennent l'opinion que « l'ancien droit canon » n'a jamais été en vigueur, comme tel, mais plutôt à titre d'une espèce de droit coutumier du pays et que, par conséquent, il s'agit vraiment de droit anglais <sup>(119)</sup>.

Dans le but de déterminer si des normes spécifiques de droit canon sont aujourd'hui en vigueur en Angleterre, le professeur Smith nous conduit sur trois pistes: déterminer le droit canonique en vigueur avant la Réforme; vérifier si ce droit avait été considéré comme droit coutumier après la Réforme et constater si ce droit coutumier est toujours en vigueur <sup>(120)</sup>.

a) *Le droit canonique en vigueur avant la Réforme.*

Dans le but de déterminer le droit canonique qui aurait été en vigueur lors de la Réforme, le rapport énumère des institutions du droit

<sup>(116)</sup> *A Study of the Extent to Which the Canon Law of the Roman Catholic Church was Received in England Before the Reformation and Continues to Have Authority in the Church of England Today*, Exeter, dactylographié, 27 pp. Maintenant: *The Present Authority of the Ancient Roman Canon Law within the Chorale of England*, *infra*, pp. 511-535.

<sup>(117)</sup> *Id.*, pp. 511-513.

<sup>(118)</sup> *Id.*, pp. 513-514.

<sup>(119)</sup> *Id.*, pp. 514-516.

<sup>(120)</sup> *Id.*, p. 516.

canon rejetées par les tribunaux anglais (le privilège du for, le droit de patronage, la légitimation par mariage subséquent), en partie sur la base des droits, de la dignité et des privilèges de la Couronne. À ces rejets d'institutions s'ajoutent les effets de l'utilisation devant les tribunaux ecclésiastiques anglais du Statut de *Praemunire*. Toutefois, le débat sur les normes de droit canon qui étaient alors en vigueur reste toujours vivace <sup>(121)</sup>.

Par ailleurs, le professeur Smith met en évidence les critères de classification, des textes législatifs et des coutumes, établis par les canonistes médiévaux <sup>(122)</sup> afin d'étudier l'impact de tels critères sur la formation de coutumes *contra legem*. Le critère de la rationalité de la coutume conduit le rapporteur à considérer le besoin de la réception de la loi par la communauté et l'influence de cette théorie sur la formation des coutumes locales *contra legem* <sup>(123)</sup>.

Néanmoins, signalant les difficultés d'application de la loi dans les sociétés médiévales, et encore davantage dans le cas des lois universelles, comme les Décrétales des papes, le rapporteur souligne le rôle important des Églises locales dans l'application du droit canon. Elles pouvaient, certes, ne pas promulguer une loi et à la rigueur ne pas interdire une coutume contraire, même si les évêques ne pouvaient pas légiférer à l'encontre de dispositions émanant du pape. Également, dans ces mêmes conciles et synodes nationaux ou locaux les textes du droit canon de Rome pouvaient être promulgués et distribués. La conclusion du professeur Smith à cet égard est qu'une référence expresse à une norme précise de l'« ancien droit canon » indique qu'elle aurait été en vigueur, mais que le silence de la législation locale n'indique pas le contraire.

Il demeure possible que, malgré ce silence, des dispositions du *Ius commune* se soient trouvés dans les dites « coutumes locales » <sup>(124)</sup>. Voilà la raison principale pour laquelle nous avons qualifié d'enracinement systémique cet exemple du Droit de l'Église d'Angleterre.

Mais le rapport signale une autre difficulté dans cette démarche de détermination du droit canonique en vigueur: notre manque de

---

<sup>(121)</sup> ID, pp. 516-518; voir aussi Ch. DONAHUE, jr., « Roman Canon Law in the Medieval English Church: Stubbs vs. Maitland Re-examined After 75 Years in the Light of Some Records from the Church Courts », (1974) 72 *Michigan Law Review* 647-716.

<sup>(122)</sup> *Op. cit.*, note 116, pp. 518-519.

<sup>(123)</sup> ID, pp. 529-520.

<sup>(124)</sup> ID, pp. 520-524.

compréhension encore davantage dans les pays de common law du rôle joué par les canonistes et la doctrine dans l'élaboration du droit <sup>(125)</sup>. Il n'y a pas de doute que le *Ius commune* a été appliqué en Angleterre, mais le problème reste entier lorsqu'on tâche d'identifier des aspects concrets, des normes précises, des institutions spécifiques. C'est à ce moment que la *Provinciale* compilée par Lyndwood en 1420 devient la source principale des anciens canons en vigueur en Angleterre <sup>(126)</sup>.

b) *La survivance du droit canonique après la Réforme.*

Ironie du sort, alors que la coutume *contra legem* était invoquée pour établir un droit national contraire aux lois de Rome, en Angleterre un tel procédé ne peut point être invoqué, après la Réforme, pour défendre une coutume ecclésiastique contre une loi du Parlement <sup>(127)</sup>.

Le législateur est ainsi intervenu dans certains cas pour donner plus de force aux anciennes normes du droit canon, qui perd ainsi son caractère canonique pour être transformé en droit « statutaire » <sup>(128)</sup> (pourrait-on l'appeler droit ecclésiastique de l'État?). Alors que, dans d'autres cas, le législateur intervient pour détruire les juridictions ecclésiastiques (privilèges de clergie, testaments, mariage, dîme) <sup>(129)</sup>.

Mais la coutume peut aussi venir en aide au maintien des anciens canons. Le rapport met en évidence le conflit qui peut exister entre la common law et le droit canonique en rapport avec le temps requis pour considérer une coutume comme étant établie et pour déterminer si elle peut être prescrite par le non-usage. Par ailleurs, si la coutume est toujours pratiquée, elle conserve encore toute sa force <sup>(130)</sup>.

c) *The Canons of 1603.*

La troisième étape, dans la démarche du professeur Smith, consiste à constater si le droit coutumier canonique est encore en vigueur. Les efforts de produire une compilation après la Réforme,

<sup>(125)</sup> Id, pp. 524-525.

<sup>(126)</sup> Id, pp. 525-526.

<sup>(127)</sup> Id, pp. 527-528.

<sup>(128)</sup> Id, p. 528.

<sup>(129)</sup> Id, pp. 528-529.

<sup>(130)</sup> Id, pp. 529-532.

dont les tentatives antérieures avaient failli, se sont enfin concrétisés en 1603. Ces *Canons* contenaient du droit nouveau pour l'administration et le gouvernement de l'Église d'Angleterre; ils reprenaient aussi des normes de l'ancien droit canon d'avant la Réforme. L'applicabilité de ces *Canons* (comme d'ailleurs des *Canons of the Church of England* de 1969) aux laïcs est discuté. Il est intéressant de souligner qu'ils leur sont applicables lorsqu'ils reproduisent les anciens canons <sup>(131)</sup>.

Dans sa conclusion, le professeur Smith nous signale que malgré les nombreuses transformations subies par l'ancien droit canonique et bien qu'il puisse être maintenu en vigueur par la législation ou les canons de l'Église, on retrouve encore un fond important du droit canonique d'avant la Réforme <sup>(132)</sup>.

#### CONCLUSION.

Il est évident qu'un rapport général comme celui-ci ne fait que mettre l'eau à la bouche. D'abord la richesse du sujet est telle, qu'en bout de ligne, on ne peut que regretter d'avoir lancé un filet si largement. Il est quand même enrichissant de constater que le message chrétien, à travers les nombreux dédales des transformations sociales et des formulations juridiques, se retrouve dans le droit occidental. C'est de ce fond chrétien en effet, que les racines du droit occidental tirent leur sève.

L'Europe médiévale du *Ius commune* vivait peut-être à certains égards une harmonie juridique acceptée, mais non imposée. L'Europe d'aujourd'hui, à l'égal des Amériques, face au troisième millénaire, cherche une harmonisation discutée, négociée, qu'on voudrait accepter, puisqu'on ne peut pas imposer.

Il est possible qu'on puisse tirer des leçons de l'expérience médiévale et que les harmonies médiévales puissent être vécues au rythme du progrès contemporain, tout en sachant éviter les reculs post-modernes qui portent atteinte à des principes fondamentaux.

<sup>(131)</sup> *Id.*, pp. 532-534.

<sup>(132)</sup> *Id.*, pp. 534-535. Bien qu'à un moindre degré, il est possible de trouver aussi des traces aux États-Unis, voir, L. BONFIELD, « Canon Law in Colonial America: Some Evidence of the Transmission of English Ecclesiastical Court Law and Practice to the American Colonies », dans R.H. HELMHOLZ (ed.) *Canon Law in Protestant Lands*, Berlin, Duncker & Humblot, 1992. (Je remercie le professeur John Witte, jr. pour la bibliographie et les renseignements qu'il m'a fournis concernant les États-Unis).



ANTONIO PADOA-SCHIOPPA

NOTE SUL RUOLO DEL DIRITTO CANONICO  
E SULLA STORIOGRAFIA GIURIDICA

1. Scopo delle brevi note che seguono è di richiamare l'attenzione su taluni profili della storiografia giuridica soprattutto italiana dedicata al diritto canonico e al diritto ecclesiastico <sup>(1)</sup>, nell'intento di mettere in luce alcuni aspetti del ruolo svolto dal diritto canonico nell'evoluzione dei diritti europei dal medioevo all'età moderna. È opportuno mettere in rilievo, in limine, come nella tradizione universitaria italiana le due discipline — il diritto canonico come diritto della Chiesa, il diritto ecclesiastico come diritto dello Stato concernente i rapporti con le chiese e diretto a delineare la disciplina statale del fenomeno religioso — siano state coltivate in parallelo, spesso (ma non sempre) dai medesimi studiosi. Il diritto ecclesiastico ha sviluppato, all'interno del diritto pubblico, proprie specifiche categorie concettuali e sistematiche. Entrambe le discipline sono state caratterizzate da una particolare attenzione rivolta ai profili storici per opera di molti tra i loro più qualificati cultori.

Tra i tanti scritti che sarebbero degni di menzione, ci si limiterà a considerarne in questa sede soltanto alcuni, di particolare rilievo: una scelta imposta tra l'altro dai limiti dello spazio e del tempo a di-

---

<sup>(1)</sup> Tra le rassegne critiche sulla dottrina ecclesiasticistica e canonistica italiana dell'ultimo secolo si vedano, in particolare: C. MAGNI, *Diritto canonico ed ecclesiastico*, in *Un secolo di progresso scientifico italiano, 1839-1939*, Milano-Roma 1939, pp. 357-385; ivi sono chiaramente descritti anche i principali filoni di ricerca storico-giuridica sul terreno ecclesiasticistico e canonistico sino alle soglie della seconda guerra mondiale; per l'età successiva, O. GIACCHI, *Diritto ecclesiastico e canonico*, in *Cinquanta anni di esperienza giuridica in Italia*, Milano 1983, pp. 381-403. Per la storia universitaria lombarda, L. MUSSELLI, *L'insegnamento del diritto ecclesiastico nell'Università di Pavia dall'Unità ai Patti Lateranensi (1861-1929)*, in « *Bollettino della Società pavese di storia patria* », 34 (1982), pp. 182-197. La monografia di S. FERRARI, *Ideologia e dogmatica nel diritto ecclesiastico italiano*, Milano 1979, ricostruisce i filoni culturali e ideologici della recente dottrina ecclesiasticistica italiana.

sposizione. Privileggeremo, con selezione necessariamente drastica ed anche inevitabilmente arbitraria, alcune figure di studiosi e alcune direzioni di indagine storico-giuridica: quelle figure e quelle indagini che meglio hanno contribuito, a nostro avviso, a ricostruire i profili del diritto della Chiesa più direttamente rilevanti per la storia dei diritti secolari. Lascieremo invece da parte gli studi di taglio strettamente storico, concernenti istituti e momenti della storia ecclesiastica non correlati in misura altrettanto cospicua con la formazione dei diritti europei; ed anche gli studi rivolti in modo esclusivo all'analisi e alla storia delle fonti, un filone di ricerche che pure è certamente fondamentale per intendere l'evoluzione e il significato delle istituzioni ecclesiastiche.

Che il diritto canonico abbia esercitato un ruolo di primo piano nella formazione dei sistemi giuridici del continente è del tutto pacifico. Se l'opera ben nota di Harold Berman giunge ad affermare che alla base dell'intera tradizione giuridica occidentale sta la riforma gregoriana del secolo XI — denominata dall'autore « *papal revolution* »<sup>(2)</sup> — anche gli storici meno orientati a riconoscere alla Chiesa un ruolo così determinante non possono negare l'influenza del diritto della Chiesa sui diritti secolari e sull'intera scienza del diritto europeo. Una tale influenza si è manifestata soprattutto in talune fasi storiche, seguendo canali e con esiti molto diversi nei diversi campi del diritto.

2. Un primo aspetto che va posto in rilievo consiste nell'osmosi verificatasi in varie fasi tra la tradizione giuridica romanistica e il diritto canonico. La storiografia ha messo bene in luce — basti fare rinvio agli scritti d'analisi e di sintesi di Jean Gaudemet<sup>(3)</sup> — quanto il diritto della Chiesa dei primi secoli abbia desunto dalle istituzioni e dalla disciplina giuridica romana; né forse avrebbe potuto essere diversamente, dal momento che fu nell'ambito dell'impero romano e del suo diritto che la Chiesa vide la luce. Non solo la termi-

(2) H.J. BERMAN, *Law and Revolution, the Formation of the Western Legal Tradition*, Cambridge (Mass.) and London 1983. Ritengo questa tesi eccessiva nella sua assolutezza, pur convenendo con l'autore sull'immensa importanza del modello canonico nella storia della tradizione giuridica occidentale.

(3) J. GAUDEMET, *L'Eglise dans l'Empire romain*, Paris 1958, 1979<sup>2</sup>; id., *Les sources du droit de l'Eglise en Occident du II<sup>e</sup> au VII<sup>e</sup> siècle*, Paris 1985. Si veda inoltre la raccolta di saggi di Y. CONGAR, *Droit ancien et structures ecclésiastiques*, London 1982.



nologia fu spesso desunta da quel modello ('diocesi', *iurisdictio*, *accusatio*, e così via), ma ne derivarono molte regole concernenti il processo, l'amministrazione dei beni, la capacità giuridica, la gerarchia delle autorità ecclesiastiche (4). In seguito, nell'alto medioevo, l'adagio « ecclesia vivit iure romano » indicò l'adozione della disciplina giuridica romanistica da parte della Chiesa d'occidente (5). Ed è noto come una precoce recezione di testi della compilazione giustiniana utilizzabili da parte della chiesa sia avvenuta nell'Italia settentrionale dei secoli IX e X, attraverso opere come gli *Excerpta bobiensia*, la *Lex romana canonice compta*, la *Collectio Anselmo dedicata* (6); ed anche in Francia nel secolo XI (7). Ancora più tardi, la costruzione di un diritto processuale canonico venne condotta mediante l'impiego sistematico dei testi del Corpus iuris civilis, e questo a partire dallo stesso Graziano (8).

È opportuno ricordare questi fatti, perché le strette correlazioni tra fonti romanistiche e diritto canonico (9) — l'identità di molti termini tecnici e di non poche categorie concettuali — spiegano in parte le ragioni della penetrazione del diritto canonico nei diritti secolari: dal momento che all'interno di tali diritti la medesima terminolo-

(4) Si vedano le considerazioni di P. LANDAU, *Kanonisches Recht und römische Form, Rechtsprinzipien im ältesten römischen Kirchenrecht*, in « Der Staat, Zeitschrift für Staatslehre », 32 (1993), pp. 553-568.

(5) Un esempio anomalo e interessante tratto dalla prassi giudiziaria è il processo edito in C. MANARES, *I placiti del Regnum Italiae*, Roma 1955-60, vol. II, n. 236, dell'anno 998: ivi il caso di un messo imperiale che voleva costringere il monastero di Farfa a rispondere in base al diritto romano, come era la regola nelle cause di chiese e monasteri, mentre l'abbazia di Farfa osservava per antico privilegio il diritto longobardo.

(6) Su ciò si rinvia alle sintesi tuttora insuperate di M. CONRAT (COHN), *Geschichte der Quellen und Literatur des römischen Rechts im frühen Mittelalter*, rist. Aalen 1963; e di P. FOURNIER e G. LE BRAS, *Histoire des Collections canoniques en Occident depuis les Fausses Décrétales jusqu'au Décret de Gratien*, 2 voll., Paris 1931.

(7) Si veda O. GUILLOT, *A propos d'une lettre de Fulbert de Chartres à Foulques Nerra, un cas de droit savant avant la lettre?*, in *Droits savants et pratiques françaises du pouvoir (XI<sup>e</sup>-XV<sup>e</sup> siècles)*, sous la direction de Jacques Krynen et Albert Rigaudière, Presses Universitaires de Bordeaux, 1992, pp. 15-38.

(8) A. VETULANI, *Sur Gratien et les Décrétales*, London 1990 (« Variorum Reprints », 308).

(9) G. LE BRAS, *Le droit romain au service de la domination pontificale*, in « Revue historique de droit français et étranger », 27 (1949), pp. 377-398; J. GAUDEMET, *L'apport du droit romain aux institutions ecclésiastiques (XI<sup>e</sup>-XIII<sup>e</sup> siècles)*, in *Chiesa, diritto e ordinamento* [1986], pp. 174-198.

gia romanistica e le medesime categorie concettuali avevano ottenuto nel tempo larghissimo corso, non fosse che per il tramite della formazione universitaria superiore, compiuta su quei testi e comune all'intera Europa continentale.

3. L'influenza del diritto canonico sui diritti secolari si esercitò per il tramite di diversi canali, in varie forme, in distinti settori dell'ordinamento giuridico. Ci limiteremo a prospettare, per semplici cenni, alcuni esempi di particolare rilievo.

La Chiesa poté fornire allo stato modelli di organizzazione del potere finalizzati al conseguimento del controllo sul territorio. Ciò avvenne in particolare con l'istituto dell'*appello*, che aveva consentito al papato (specie nei secoli XII e XIII) una centralizzazione rigorosa delle decisioni. Fu in effetti l'appello a determinare, tra la seconda metà del XII secolo e la prima metà del XIII, l'enorme afflusso di decisioni alla Curia romana del quale Bernardo di Chiaravalle ebbe occasione di esprimere un paterno rimprovero al suo allievo divenuto papa, Eugenio III<sup>(10)</sup>. Tra l'altro, l'appello canonico, a differenza dell'appello disciplinato dalle fonti romanistiche, poteva venire esperito anche avverso provvedimenti interlocutori, ed anche (spessissimo) « omisso medio », prima ancora che il vescovo o il giudice ordinario ecclesiastico avessero iniziato l'esame della causa<sup>(11)</sup>. Dell'appello romano-canonico Stati come la Francia dei secoli XIV e XV<sup>(12)</sup> — ma anche gli stati italiani del rinascimento, la Castiglia, i Paesi Bassi, la Germania dei principati territoriali e dell'impero, ed altri stati ancora<sup>(13)</sup> — imitarono molte regole di procedura, pur con numerose variazioni locali e temporali.

<sup>(10)</sup> BERNARDO DI CHIARAVALLE, *De consideratione* (1153), (1149-1152), (in PL 182, cc. 727-808).

<sup>(11)</sup> Rinvio su ciò ad A. PADOA-SCHIOPPA, *I limiti dell'appello nelle decretali di Alessandro III*, in *Proceedings of the Eighth International Congress of Medieval Canon Law*, ed. by S. Chodorow, Città del Vaticano 1992, pp. 387-406.

<sup>(12)</sup> J.R. STRAYER, *On Medieval Origins of the Modern State*, Princeton N.J. 1973, ha giustamente sottolineato l'importanza determinante dell'istituto dell'appello come strumento di centralizzazione da parte della monarchia francese, in ciò differenziatasi dalla monarchia inglese che aveva da tempo privilegiato, allo stesso fine, la via delle Corti di common law, aperte ai sudditi per determinate categorie di cause e con particolari procedure.

<sup>(13)</sup> Si rinvia, al riguardo, ai saggi contenuti nel volume *Legislation and Justice, Legal Instruments of Power*, ed. A. Padoa-Schioppa and W. Blockmans, Oxford University Press, in corso di stampa (nella serie « The Origins of the Modern State in Europe, XIII-XVIII Centuries »).

Sul terreno delle regole processuali, il ruolo del diritto canonico è stato particolarmente incisivo. Se la condanna dei procedimenti ordalici avvenuta nel Sinodo Lateranense del 1215 ha tra l'altro provocato riflessi negli ordinamenti secolari di Francia e d'Inghilterra<sup>(14)</sup>, non meno significativi sono stati gli effetti esterni alla Chiesa del *procedimento inquisitorio*: prima gli statuti dei comuni italiani del tardo Duecento e del Trecento, quindi anche le riforme di alcuni ordinamenti monarchici introdussero con crescente estensione il principio dell'iniziativa pubblica e giudiziale nell'accertamento dei crimini e nella raccolta delle prove penali, lasciando gradualmente sullo sfondo la procedura accusatoria che era stata tipica della prima età comunale. Se è vero che nei testi giuridici giustinianei si rinvengono già non pochi elementi della procedura « per inquisitionem », e se è altrettanto vero che altri elementi di tal segno furono introdotti in talune fasi della storia giuridica altomedievale, è indubbio che l'*inquisitio* canonistica elaborata a partire dal Duecento costituì un punto di riferimento per gli ordinamenti secolari, che la condussero ad esiti ulteriori: basti por mente all'*Ordonnance criminelle* di Luigi XIV del 1670<sup>(15)</sup>. Anche la procedura canonistica della *denuntiatio*, studiata tra gli altri da Piero Bellini<sup>(16)</sup>, ha esercitato un'influenza sugli ordinamenti secolari.

Analoghe conclusioni possono trarsi riguardo al tema cruciale delle *prove* ed a quello delle presunzioni, che gli *ordines iudiciorum* canonistici (insieme con quelli civilistici) elaborarono secondo una logica costruita sul meccanismo delle regole predefinite di ammissione e di valutazione della prova, profondamente differente rispetto a quello del processo romano<sup>(17)</sup>. Quanto alla tutela giurisdizionale del possesso, è appena il caso di rammentare l'importanza dell'apporto canonistico alla elaborazione della dottrina dell'*actio spoli*, ricostruita magistralmente or è circa un secolo da uno dei maestri della scienza

---

(14) Per la Francia, si considerino le ordinanze di Luigi IX, coeve all'istituzione del Parlamento di Parigi e abolitive delle ordalie; per il regno d'Inghilterra, i progressi della giuria civile e penale, svincolata da pratiche ordaliche.

(15) J.-M. CARBASSE, *Introduction historique au droit pénal*, Paris 1990, pp. 146-154.

(16) P. BELLINI, « *Denunciatio evangelica* » e « *denunciatio iudicialis privata* », un capitolo di storia disciplinare della Chiesa, Milano 1936.

(17) A. GIULIANI, *Il concetto di prova*, Milano 1961; quest'opera pone in rilievo, tra l'altro, il recupero di moduli della logica ermagorea da parte della dottrina giuridica del secolo XII.

del diritto ecclesiastico e canonico in Italia, Francesco Ruffini<sup>(18)</sup>; anche su questo terreno, elementi di origine romanistica si sono combinati con spunti teorici e con contributi normativi canonistici, non senza influssi di istituti risalenti alla prassi altomedievale<sup>(19)</sup>. In Inghilterra come in Francia ed altrove, gli strumenti introdotti a tutela del possesso tra il XII e il XIV secolo furono foggiate anche sulla base delle regole già elaborate dal diritto canonico.

4. Dalla nozione di *officium* — che si rinviene nell'ambito del diritto canonico sin dal secolo XI, come ricerche recenti hanno dimostrato<sup>(20)</sup> — la dottrina canonistica dell'età classica giunse a distinguere la « funzione » dalla « persona » e a sviluppare con lucidità, su questo presupposto, una serie di corollari giuridici<sup>(21)</sup>. Gli stati moderni ne trassero elementi importanti per l'elaborazione della dottrina sull'ufficio e sull'ufficiale: cariche fungibili, gerarchicamente dipendenti dal potere centrale e disponibili, a determinate condizioni, secondo la volontà del sovrano. Un altro degli istituti più tipici dei moderni stati si aggancia pertanto a nozioni nate nell'ambito del diritto della Chiesa.

Le regole e le dottrine elaborate dai canonisti sulle procedure di decisione presso gli organi collegiali — in particolare, le regole sul *principio maggioritario* — esercitarono anch'esse la loro influenza sugli organi collegiali dei poteri secolari. Si tratta di uno dei casi più cospicui in cui l'elaborazione di regole canonistiche ha avuto riflessi relevantissimi sugli ordinamenti secolari. Le ricerche di Edoardo Ruffini<sup>(22)</sup> hanno mostrato con chiarezza le vie seguite dalla dottrina del diritto canonico nell'elaborazione della teoria della *maior et sanior pars*. Sono pagine tra le più significative scritte dalla storiografia ca-

(18) F. RUFFINI, *L'actio spoli*, studio storico-giuridico, Torino 1989.

(19) Si fa riferimento all'istituto dell'*investitura salva querela*, creazione del Tribunale del Palatium pavese dei secoli X e XI, su cui G. MENGOZZI, *Ricerche sulla Scuola di Pavia*, Pavia 1924.

(20) P. LANDAU, *Officium und libertas christiana*, München 1991 ('Bayerische Akademie der Wissenschaften, Phil.-hist. Kl., Jh. 1991, Heft 3).

(21) Si veda U. WOLTER, *The « Officium » in Medieval Ecclesiastical Law as Prototype of Modern Administration* nel volume *Legislation and Justice* cit. (sopra, nota 13).

(22) E. RUFFINI, *La ragione dei più*, Bologna 1977; il volume riproduce i principali scritti dedicati dall'autore alla storia del principio maggioritario, risalenti agli anni 1925-1927; tra essi uno è dedicato al principio maggioritario nella storia del diritto canonico.

nonistica italiana; anche perché esse mostrano con ricchezza di dati e di fonti utilizzate, quanto sia stato costante e fitto l'intreccio tra diritto statutario e diritto canonico, tra dottrina dei canonisti e teorie civilistiche sul fronte dei sistemi di deliberazione collettiva messi a punto con tanta dovizia di soluzioni nell'Italia dei comuni.

Negli stessi anni, Cesare Magni dava alle stampe un'indagine sulle elezioni episcopali<sup>(23)</sup> che affrontava, partendo dall'alto medioevo, temi connessi: le regole e le prassi relative all'elezione all'episcopato — come d'altronde quelle per l'elezione del pontefice, modificate in séguito alla riforma fondamentale del 1059<sup>(24)</sup> — furono in effetti un banco di prova determinante per la teoria delle deliberazioni collettive, come lo furono le elezioni monastiche alla carica abbaziale, studiate da Paolo Grossi<sup>(25)</sup>, al quale si deve anche una ricerca sulla storia del principio dell'*unanimitas*<sup>(26)</sup>, strettamente intrecciata con quella del principio maggioritario.

I caratteri e i limiti della partecipazione alle decisioni collettive furono, come è noto, discussi in profondità dai giuristi medievali utilizzando (tra l'altro) l'adagio « quod omnes tangit debet ab omnibus approbari »; tratto da un testo romanistico in tema di tutela, l'adagio venne ampiamente considerato anche dai canonisti, come la storiografia ha messo in luce<sup>(27)</sup>.

Un istituto di capitale importanza in quasi tutti i campi del diritto pubblico, privato e processuale fu, come è noto, il giuramento<sup>(28)</sup>: un istituto che comporta l'innesto diretto della fede religiosa nei negozi umani e che, pertanto, costituisce un segno rivelatore dei rapporti tra religione e diritto. Esso venne ampiamente disciplinato anche dalle fonti canonistiche<sup>(29)</sup>, ma viene qui rammentato non

(23) C. MAGNI, *Ricerche sopra le elezioni episcopali in Italia durante l'alto medioevo*, Roma 1928-30, 2 voll.

(24) Su cui D. JASPERS, *Das Papstwahldekret von 1059: Überlieferung und Textgestalt*, Sigmaringen 1986.

(25) P. GROSSI, *Le abbazie benedettine nell'alto medioevo italiano, struttura giuridica, amministrazione e giurisdizione*, Firenze 1957.

(26) P. GROSSI, *Unanimitas*, in « Annali di storia del diritto », 1958.

(27) G. POST, *Studies in Medieval Legal Thought, Public Law and the State, 1100-1322*, Princeton N.J., 1964; A. GOURON, « Aux origines de la maxime Quod omnes tangit », in *Histoire du droit social, Mélanges Jean Imbert*, Paris 1989, pp. 277-86.

(28) *Le serment*, éd. par R. Verdier, Paris 1991, 2 voll.

(29) J. GAUDEMET, *Le serment dans le droit canonique médiéval*, in *Le serment* (nota 28), II, pp. 63-75.



tanto per gli influssi ripetutamente esercitati dalla normativa della Chiesa in tema di giuramento sui diritti secolari, quanto per il ruolo rivestito dal giuramento stesso nelle obbligazioni politiche — sia dal versante dell'autorità sia dal versante dei sudditi — a partire dal mondo antico sino alle soglie del presente: come una monografia recente dovuta a Paolo Prodi ha bene illustrato <sup>(30)</sup>. Altri profili per i quali il diritto pubblico europeo si è ispirato al modello canonistico sono richiamati in pagine recenti di Piero Bellini <sup>(31)</sup>.

5. Un altro fronte sul quale il pensiero canonistico ebbe influenza grande sulle moderne dottrine giuridiche è quello di taluni istituti e principi in senso lato appartenenti al terreno del diritto privato <sup>(32)</sup>. Ci limiteremo anche qui a pochi esempi di particolare rilevanza.

La nozione moderna di persona giuridica è frutto di un lavoro di scavo al quale la dottrina canonistica diede un apporto determinante. Nell'opera di colui che fu forse — insieme con Enrico da Susa e negli stessi anni della metà del Duecento — il massimo tra i canonisti dell'età classica, cioè Sinibaldo dei Fieschi (poi papa Innocenzo IV), è dato rinvenire la prima formulazione della persona giuridica come « persona ficta ». Dopo le pagine di Otto Gierke e dopo il saggio di Francesco Ruffini <sup>(33)</sup>, la storiografia ha posto in luce altri aspetti della storia di questa idea, ma il ruolo del pensiero canonistico non è stato smentito. Così come esso è stato rilevante in tema di buona fede, oggetto di un altro studio di rilievo dovuto ancora a Ruffini <sup>(34)</sup>.

Altrettanto rilevanti sono gli apporti del pensiero dei decretisti e dei decretalisti sul tema della rappresentanza negoziale. Ricerche pub-

<sup>(30)</sup> P. PRODI, *Il sacramento del potere, Il giuramento politico nella storia costituzionale dell'Occidente*, Bologna 1992.

<sup>(31)</sup> P. BELLINI, *Influenze del diritto canonico sul diritto pubblico europeo*, in *Diritto canonico e comparazione*, Torino 1992, pp. 35-88.

<sup>(32)</sup> Si vedano su ciò le considerazioni di K.W. NÖRR, *Il contributo del diritto canonico al diritto privato europeo*, in *Diritto canonico e comparazione*, Torino 1992, pp. 13-33.

<sup>(33)</sup> F. RUFFINI, *La classificazione delle persone giuridiche in Sinibaldo dei Fieschi e in F. C. di Savigny*, in *Studi giuridici dedicati e offerti a Francesco Schupfer*, Torino 1898, II, pp. 313-393.

<sup>(34)</sup> F. RUFFINI, *La buona fede in materia di prescrizione, storia della teoria canonistica*, Torino 1892; si veda, da ultimo, G.P. MASSETTO, *Buona fede nel diritto medievale e moderno*, in « *Digesto Italiano IV, Diritto privato* », 2 (1988), pp. 133-154.

blicate in anni non lontani <sup>(35)</sup> hanno consentito di vedere come in almeno due fasi — nei primi anni del Duecento e fra Tre e Quattrocento — si possano rinvenire spunti significativi di anticipazione della moderna nozione di rappresentanza diretta, che i giuristi romani avevano solo parzialmente e indirettamente sviluppato.

È noto il principio in virtù del quale i « nuda pacta » nel diritto romano non generavano obbligazione, ma solo eccezioni. Alle origini della moderna vincolatività dei patti sta, una volta di più, la dottrina canonistica intermedia che elaborò — sulla base del postulato morale per il quale occorre il rispetto dell'impegno preso — le regole e gli strumenti atti a rendere giuridicamente obbligante ed esigibile l'impegno assunto anche in virtù di una semplice promessa. Un'ampia indagine di Piero Bellini <sup>(36)</sup> ha analizzato taluni profili di questa tematica nella storia del diritto canonico.

È appena il caso di rammentare quali fondamentali contributi siano venuti dal diritto canonico alla teoria e alla disciplina del matrimonio, che sino al moderno giurisdizionalismo restò appannaggio della Chiesa e del suo diritto: sono apporti ben riconoscibili quanto alle caratteristiche del consenso dei nubendi, quanto ai vizi della volontà, quanto alla dottrina sugli impedimenti, quanto alla forma. Fu un campo ove teologia e diritto si intrecciarono in più occasioni, anche perché di origine scritturistica era il caposaldo dell'indissolubilità, estraneo al diritto romano. Tra i contributi di taglio storico della dottrina ecclesisticistica italiana si possono ricordare, tra gli altri, quelli di Pietro Vaccari per il medioevo e quelli di Carlo Arturo Jemolo per l'età moderna <sup>(37)</sup>.

6. Un aspetto della storia della Chiesa d'occidente assume, in considerazione dei suoi effetti, un'importanza particolare. Si tratta della distinzione tra l'autorità civile e l'autorità religiosa, tra Stato e Chiesa. Le fasi di parziale commistione tra le due sfere sono state

---

<sup>(35)</sup> U. MÜLLER, *Die Entwicklung der direkten Stellvertretung und des Vertrages zugunsten Dritter*, Stuttgart 1969; A. PADOA-SCHIOPPA, *Sul principio della rappresentanza diretta nel diritto canonico classico*, in « Proceedings of the Fourth International Congress of Medieval Canon Law », Città del Vaticano 1976, pp. 107-131.

<sup>(36)</sup> P. BELLINI, *L'obbligazione da promessa con oggetto temporale nel sistema canonistico classico*, Milano 1964.

<sup>(37)</sup> P. VACCARI, *Scritti di storia del diritto privato*, Padova 1956; A.C. JEMOLO, *Il matrimonio nel diritto canonico dal Concilio di Trento al Codice del 1917*, Milano 1941, nuova ed. Bologna 1993.



numerose e intense già in età tardo-antica e poi di nuovo nel periodo carolingio e feudale<sup>(38)</sup>. Ma la reazione radicale avvenuta nel secolo XI con la riforma « gregoriana » pose le basi per un'affermazione di autonomia della Chiesa, diretta allo scopo di affrancarla dai vincoli del mondo feudale; così come, alla fine del mondo antico, l'atteggiamento del vescovo Ambrogio di fronte all'imperatore Teodosio aveva segnato una linea di distinzione della Chiesa dal potere temporale, quale invano si cercherebbe nell'impero bizantino.

La rivendicazione di autonomia, coronata dal successo per opera di papi e vescovi e monaci di straordinaria energia, comportò non soltanto il rafforzamento della *libertas ecclesiae* e della sua organizzazione, ma anche la contrapposta rivendicazione dell'autonomia della sfera temporale: questa trovò una precoce teorizzazione già nei « libelli de lite » di parte imperiale del secolo XI, e più tardi condurrà alle riforme antiecclesiali di Filippo il Bello, alla politica viscontea e soprattutto a quella veneziana di contenimento del potere ecclesiastico, alle controversie giurisdizionalistiche del secondo Cinquecento nei paesi rimasti cattolici, alle tesi di Pietro Giannone e di Paolo Sarpi, al giurisdizionalismo settecentesco.

Fasi e tesi diversissime e lontane tra loro, ma tutte ispirate dal proposito di tenere distinti Stato e Chiesa. Siamo di fronte ad una specificità dell'occidente europeo rispetto ad altre civiltà — dalla cinese all'islamica, dall'ebraica alla stessa civiltà bizantina — che trova le sue radici non solo nel precetto evangelico « date a Cesare... », di straordinaria importanza a questo fine, ma in momenti cruciali della stessa storia della Chiesa.

Una sezione tra le più significative della storiografia giuridica italiana è stata appunto rivolta allo studio dei rapporti tra Stato e Chiesa dal medioevo all'età moderna. È questo un filone di studi che indirettamente si riallaccia alla cultura del giurisdizionalismo seicentesco e settecentesco; si riallaccia cioè ad un filone culturale rivolto a sottolineare — anche con le armi della storia — i diritti e le prerogative dello stato nei confronti della chiesa. Nella parte maggiore degli autori e delle opere, peraltro, la motivazione prevalente è di natura storica e giuridica, anche se venature ideologiche

(38) Su ciò è tuttora fondamentale G. TELLENBACH, *Libertas, Kirche und Weltordnungen im Zeitalter des Investiturstreits*, Stuttgart 1936.

sono non di rado avvertibili. Basti menzionare i nomi e le opere di Francesco Scaduto<sup>(39)</sup>, di Arrigo Solmi, di Silvio Pivano, e più recentemente, per l'età contemporanea, di Arturo Carlo Jemolo, autore di opere ormai divenute classiche<sup>(40)</sup>.

7. Su un piano ancora più generale, non è possibile non fare almeno un accenno al ruolo svolto, anche sul terreno proprio del diritto, da talune concezioni di fondo della concezione cristiana dell'uomo e della società.

Ci riferiamo, in particolare, alla rilevanza dell'elemento soggettivo per l'accertamento e la sanzione della responsabilità penale: un tema al quale avevano fornito spunti anticipatori già i libri penitenziali dell'alto medioevo e poi le *Summae confessorum*; mentre fu la dottrina canonistica classica — studiata da Stephan Kuttner e da altri (tra i quali, per un aspetto specifico, Vito Piergiovanni)<sup>(41)</sup> — ad elaborare organicamente tali spunti in teorie sulla colpa, certo influenzate da elementi tratti dalla dottrina sul peccato, sull'intenzionalità, sulla penitenza.

Ancora più fondamentale è la nozione di « persona »: una nozione che da radici religiose — « non vi sono più né schiavi né liberi... » — sviluppa frutti di estrema rilevanza sul terreno del diritto, sia pure attraverso un cammino accidentato che attraversa i secoli. La pari dignità di ogni uomo, indipendentemente dallo status sociale di appartenenza, è esplicitata in più passi neotestamentari e va contro assetti e regimi di tutt'altro segno. In parte, tali frutti sono maturati per influenza diretta della Chiesa, peraltro a sua volta non certo immune da stratificazioni sociali e da compromissioni con la mentalità « del secolo » (o piuttosto dei secoli). In parte, le conseguenze di ordine giuridico coerenti con le premesse accennate furono tratte

---

<sup>(39)</sup> Una delle figure centrali della scienza ecclesiasticistica italiana, autore tra l'altro di alcune monografie storiche, tra le quali *Stato e Chiesa nelle due Sicilie dai Normanni ai giorni nostri*, Palermo 1887; *Stato e Chiesa sotto Leopoldo I di Toscana*, Firenze 1885.

<sup>(40)</sup> A.C. JEMOLO, *Chiesa e Stato in Italia dalla unificazione a Giovanni XXIII*, Torino 1974: per l'età più antica, importanti sono i volumi di Jemolo su *Stato e Chiesa negli scrittori politici del Sei e Settecento* e sul *Giansenismo in Italia*; un tema, quest'ultimo, trattato anche da Francesco Ruffini.

<sup>(41)</sup> S. KUTTNER, *Kanonistische Schuldlehre von Gratian bis auf die Dekretalen Gregors IX*, Città del Vaticano 1935; V. PIERGIOVANNI, *La punibilità degli innocenti nel diritto canonico dell'età classica*, Milano 1971, 2 voll.

in età moderna, attraverso il processo che la storiografia ha denominato di « secolarizzazione »<sup>(42)</sup>: un processo di grande portata, anche se ancora mal noto, che ha condotto alla promozione — sul piano delle idee e sul piano delle realizzazioni — di una gran parte delle riforme civili e politiche moderne. Non va dimenticato il legame, che la storiografia ha messo in chiara luce, tra le posizioni della Seconda scolastica spagnola<sup>(43)</sup> e le tesi del giusnaturalismo « laico », a cominciare dall'opera capitale di Ugo Grozio, che tanto deve (per riconoscimento dello stesso autore) alla Scuola di Salamanca: la presa di distanza rispetto al diritto positivo in nome del diritto naturale, e il tentativo di identificare i precetti di quest'ultimo nei più diversi settori dell'ordinamento pubblico e privato trovano qui una delle loro fonti primarie.

Dai *Bills of rights* all'eguaglianza civile, dall'affermazione dei diritti dell'uomo all'estensione dei diritti politici, dal suffragio universale ai diritti riconosciuti ai lavoratori, dalla protezione delle fasce deboli allo « stato sociale »: sono fasi e realtà senza dubbio estremamente differenziate, nelle quali peraltro è riconoscibile — e talora anche documentabile — una matrice religiosa. Una matrice che non di rado condusse ad iniziative prese in contrasto con le posizioni assunte dalle chiese coeve. Ma a questo riguardo siamo ai margini della problematica del diritto canonico e della sua influenza sui diritti secolari.

8. Su un ultimo aspetto vorremmo richiamare l'attenzione, concernente non più l'influenza esercitata dal diritto canonico su singoli istituti o principî dei diritti secolari bensì il ruolo che la teologia e il diritto della Chiesa svolsero nella formazione di una specifica scienza del diritto nell'occidente europeo.

Ci riferiamo a due elementi di particolare rilievo. Il primo consiste nella formulazione dei criteri che debbono presiedere all'opera di interpretazione di fonti normative tra loro almeno apparentemente contrastanti. Le premesse di Ivo di Chartres al *Decretum*<sup>(44)</sup> — ma anche, negli stessi anni della fine dell'XI secolo, taluni scritti di

<sup>(42)</sup> *Cristianesimo, secolarizzazione e diritto moderno*, a cura di L. Lombardi Vallauri e G. Dilcher, Milano 1981 (« Per la storia del pensiero giuridico moderno », 11-12).

<sup>(43)</sup> *La Seconda Scolastica nella formazione del diritto moderno*, a cura di P. Grossi, Milano 1973.

<sup>(44)</sup> IVO DI CHARTRES, *Decretum*, prologo « de consonantia canonum » (in Migne, *Patrologia Latina*, vol. 161, cc. 47-60).

Bernoldo da Costanza e di Algeri di Liegi — enunciano una serie di principi atti a consentire all'interprete e al giudice ecclesiastico il superamento del contrasto tra i canoni: si distingue tra norme di diritto divino e norme di diritto umano, tra legge e privilegio, tra precetto e consiglio, tra giustizia e misericordia, tra norma locale e norma universale e così via. Mezzo secolo più tardi, Graziano applicherà questi criteri nella composizione della sua *Concordia discordantium canonum*, che segna l'inizio della grande stagione del diritto canonico classico.

Nel frattempo era nata la scuola di Bologna, e con essa la nuova scienza giuridica dei glossatori civilisti. Forse il risultato più originale — e in pari tempo più duraturo — della Glossa consiste nella messa a punto di una tecnica sapiente di analisi delle norme scritte, allo scopo di mostrarne da un lato la non contraddittorietà (attraverso il metodo della *distinctio*), d'altro lato l'adeguatezza a risolvere ogni possibile caso ipotetico o concreto (attraverso la risoluzione delle *quaestiones*). Sono due obbiettivi e due metodi di importanza centrale per la scienza giuridica moderna, che si fonda sul primato della legge scritta, concepita a sua volta quale fonte tendenzialmente esclusiva del diritto. Se è innegabile che la prima organica applicazione di tali tecniche al mondo del diritto sia avvenuta per opera dei glossatori civilisti, non si può non osservare d'altro canto che precisamente le medesime tecniche erano state collaudate da secoli nell'interpretazione e nell'applicazione di un'altra legge scritta: la legge divina consegnata nei testi della Scrittura.

Non è azzardato ritenere che proprio il modello dell'interpretazione scritturistica — la Scrittura non poteva contraddirsi, in ragione della fonte dalla quale proveniva: precisamente come esente a priori da contraddizioni i glossatori considerarono il *Corpus iuris civilis* — abbia costituito il punto di riferimento dei glossatori<sup>(45)</sup>: un modello che, proprio già della tradizione ebraica e rabbinica, e quindi ampiamente sviluppato dalla patristica cristiana<sup>(46)</sup>, era tendenzialmente estraneo alla tradizione religiosa (ma anche alla tradizione giuridica) sia dei Greci che dei Romani.

(45) Su ciò rinvio alle considerazioni da me svolte in occasione del nono Congresso Internazionale di Storia del diritto canonico medievale, München 1992, in corso di stampa negli Atti del convegno con il titolo *Il diritto canonico come scienza nella prospettiva storica, alcune riflessioni*.

(46) Fondamentale al riguardo H. DE LUBAC, *Exégèse médiévale, Les quatre sens de l'Écriture*, Paris 1959, trad. it. *Esegesi medievale*, parte I, vol. I, Milano 1986.

Dalla scuola dei civilisti bolognesi la nuova tecnica giuridica passerà dopo pochi anni, da Graziano in poi, anche nella scuola dei decretisti e dei decretalisti. Ciò non deve indurre a sottovalutare l'importanza del doppio legame ora richiamato: il legame con la tecnica dell'interpretazione scritturistica da un lato, il legame con la prima formulazione programmatica di canonisti come Ivo di Chartres dall'altro. Entrambi i legami, attraverso il fitto interscambio tra teologia e diritto che caratterizza una fase non breve della storia del diritto (e dello stato), medievale e moderno<sup>(47)</sup>, rinviano alla tradizione della cultura teologica.

---

(47) Ci limitiamo a citare B. TIERNEY, *Religion, Law and the Growth of Constitutional Thought, 1150-1650*, Cambridge 1982; e *Théologie et droit dans la science politique de l'Etat moderne*, Rome 1991 ('Bibliothèque de l'Ecole Française de Rome', 147).

GABRIEL GARCÍA CANTERO

DOS EJEMPLOS DE INFLUENCIA ECLESIAÍSTICA  
EN EL DERECHO ESPAÑOL

(Matrimonio religioso y herencia a favor del alma)

1. Justificación del tema. — 2. El matrimonio religioso en el Derecho español. — 3. El matrimonio canónico en el Derecho español. — 4. El matrimonio religioso no católico en el Derecho español. — 5. Raíces canónicas del matrimonio civil en España. — 6. Herencias a favor del alma en el Derecho español. — 7. Bibliografía sumaria.

1. *Justificación del tema.*

Quizá sea la institución matrimonial el ejemplo más visible y persistente de influencia religiosa o eclesiástica en los Derechos civiles o estatales. En efecto, es sabido que las líneas básicas del matrimonio en los países occidentales tienen su origen en el Derecho canónico, tal como éste quedó plasmado en las Decretales y en los cánones del Concilio de Trento. Al producirse en la Edad Moderna la secularización, las legislaciones civiles toman por modelo la monogamia y la heterosexualidad, junto al valor esencial del consentimiento expresado en forma solemne. La introducción del divorcio *quod ad vinculum* no cambia sustancialmente el modelo, y también se mantiene la fidelidad al mismo al simplificarse los impedimentos y las causas de nulidad.

Ciertamente, la conservación del modelo matrimonial canónico no ha sido igual en todos los países. Puede observarse que la evolución reciente de los países escandinavos (derecho incondicionado al divorcio sin alegación de causa, legalización de las uniones homosexuales etc.) se aleja, cada vez más, del mencionado modelo. Pero España puede decirse que, con una accidentada historia matrimonial y bruscos cambios de sistema, ha sido uno de los países en los que es mayor la permanencia del modelo religioso, en algunos aspectos (ad-



misión de efectos civiles del matrimonio religioso no canónico) intensificado en nuestros días. Parecía obligado, por tanto, que esta Ponencia española haga referencia a la eficacia civil del matrimonio religioso.

Por otro lado, atendiendo a las sugerencias del Ponente General Prof. Ernesto Caparrós, me ha parecido oportuno fijarme en una concreta institución sucesoria recogida en el Código civil español, cuyo significado sólo puede entenderse con referencia a sus orígenes canónicos. Se trata de la disposición de bienes para sufragios y obras piadosas en beneficio del alma del testador, regulada en el art. 747. El alma del testador no tiene personalidad civil reconocida, ni los sufragios se definen en ninguna norma estatal. Se trata de una institución de origen indudablemente eclesiástico, relacionada con la notable influencia que tuvo la Iglesia Católica en la formación del Derecho de Sucesiones. Todas las legislaciones modernas reconocen, en mayor o medida, la libertad de disposición del testador sobre una parte de sus bienes. En el origen existía una comunidad familiar a la que necesariamente estaban destinados los bienes del causante. La Iglesia predicaba el valor expiatorio de la limosna y la conveniencia de aplicar Misas para asegurar el descanso eterno del difunto. Parece demostrado que esa doctrina eclesiástica influyó para que la ley civil reconociera al causante la libertad de disponer de algunos bienes con dicha finalidad. Luego se ha generalizado la libertad de disponer *mortis causa*, respetando la legítima a favor de los herederos forzosos, pero en varios Códigos civiles se ha conservado esta singular disposición « en favor del alma ».

## 2. *El matrimonio religioso en el Derecho español.*

El matrimonio aparece regulado en el Título IV, Libro I, del Código civil de 1889, y, en la actualidad, ha sido reformado por Ley de 7 de julio de 1981 dictada en aplicación de la Constitución de 1978. La norma que me interesa destacar es el art. 60, a cuyo tenor: « El matrimonio celebrado según las normas del Derecho Canónico o en cualquiera de las formas religiosas previstas en el artículo anterior produce efectos civiles. Para el pleno reconocimiento de los mismos », será necesaria su inscripción en el Registro civil, según el art. 61. El art. 59 hace referencia a « la forma prevista por una confesión religiosa inscrita, en los términos acordados con el Estado ». Prescindo aquí de la cuestión relativa al valor de la inscripción del



matrimonio religioso en el Registro civil, que ha sido alterado respecto al derecho derogado; anteriormente se entendía que la inscripción constituía *conditio iuris* de la eficacia civil del matrimonio, mientras que en la nueva normativa matrimonial se dice con carácter general que « el matrimonio produce efectos civiles desde su celebración », de modo que la inscripción sólo determina « el pleno reconocimiento » de los mismos, que la doctrina identifica con la eficacia patrimonial para terceros.

Puede verse en el art. 60 la culminación de un doble proceso histórico; el uno, con antecedentes seculares que tiene su origen en la Real Cédula de 12 de julio de 1564 del Rey Felipe II; el otro, de fecha muy reciente, arranca de la nueva concepción de la libertad religiosa por la Iglesia Católica tal como se expresó en el Concilio Vaticano II. Ello obliga a considerar, como cuestiones diferenciadas, la eficacia civil del matrimonio canónico y la de los matrimonios religiosos no católicos.

### 3. *El matrimonio canónico en el Derecho español.*

La Real Cédula de 1564 de Felipe II produce la recepción material en el Derecho civil español del Derecho del Concilio de Trento sobre la reforma del matrimonio. Ello significa atribuir competencia a la Iglesia para la regulación del vínculo, y a los Tribunales eclesiásticos para los procesos de separación y nulidad, siendo competencia del Estado los efectos civiles y algunas cuestiones complementarias tales como el matrimonio de los menores de edad. A partir de esta disposición real se instaura en España un sistema de matrimonio canónico único y obligatorio, que sigue en vigor hasta el último tercio del siglo XIX. Las etapas sucesivas son las siguientes:

1) Ley de Matrimonio civil de 1870. Supone el primer intento de secularización de la legislación matrimonial, estableciendo un sistema de matrimonio civil obligatorio, profundamente inspirado en la legislación canónica (hasta el punto de reiterar el impedimento del orden sagrado) conservando el principio de la indisolubilidad. Pasan a los Tribunales civiles los procesos de separación y nulidad del matrimonio. La reacción social frente a esta ley se tradujo en revueltas y perturbaciones del orden público, así como en algunos lugares una actitud de desobediencia civil (los matrimonios se celebraban sólo en la Iglesia sin inscribirlos en el Registro Civil, con graves consecuencias para los hijos de tales uniones).

2) Decreto del Ministerio de Justicia de 9 de febrero de 1875. Para resolver el problema social planteado por la desobediencia civil a la Ley de 1870 se dictó este Decreto que la derogó (no sin quiebra de la jerarquía normativa), reconoció validez civil a los matrimonios exclusivamente canónicos celebrados bajo su vigencia, restableció la legislación canónica como forma normal de celebración del matrimonio, imponiendo al Párroco la comunicación del matrimonio celebrado al Registro civil para su inscripción en el mismo, y mantuvo la forma de matrimonio exclusivamente civil para quienes no profesasen la religión católica. Se inicia así en España el sistema de matrimonio canónico preferente y matrimonio civil subsidiario.

3) La Base 3ª del Código civil. Al elaborarse el Código civil, el Ministro Alonso Martínez negoció oficiosamente con la Santa Sede la Base 3ª de la Ley de Bases, cuyo texto era el siguiente: « La ley reconoce dos formas de matrimonio: el canónico, que deben contraer todos los que profesen la religión católica, y el civil que se celebrará del modo que determina este Código ». El texto estaba redactado defectuosamente, pero dado su carácter de « acuerdo amistoso » con la Santa Sede, pasó a incorporarse casi literalmente al Código civil.

4) El art. 42 del C.c. y su evolución ulterior. La Base 3ª pasó al art. 42 del C.c. que servía para iniciar la regulación del matrimonio dentro de una sección dedicada a las formas del mismo. Dicho precepto ha sido la norma básica del sistema matrimonial español hasta 1981, con el paréntesis de la Segunda República (1932-1938), y la modificación introducida por la Ley de 24 de abril de 1958 como consecuencia del Concordato celebrado entre España y la Santa Sede en 1953. Hay que advertir que un mismo texto legal sirvió para albergar diferentes sistemas matrimoniales, como consecuencia de la interpretación administrativa de los requisitos necesarios para celebrar matrimonio civil. También influyó la nueva orientación sobre libertad religiosa adoptada por el Concilio Vaticano II. En síntesis, cabe decir que partiendo de un sistema de matrimonio preferentemente religioso-canónico y civil subsidiario, se va evolucionando hacia una sistema de matrimonio civil facultativo.

La reforma de 1958 redacta con mayor cuidado y precisión el art. 42: « La ley reconoce dos clases de matrimonio: el canónico y el civil. — El matrimonio habrá de contraerse canónicamente cuando uno de los contrayentes profese la religión católica. — Se autoriza el matrimonio civil cuando se pruebe que ninguno de los contrayentes profesa la religión católica ». La doctrina destacó que el término *cla-*

*se de matrimonio* era más apropiado que el de *forma de matrimonio*, pues no se refería a una mera solemnidad celebrativa sino a una institución regulada por dos ordenamientos diferentes, el *Codex Iuris Canonici* y el Código civil. Como consecuencia de la apertura del régimen político entonces imperante hacia el exterior se incrementaron el número de uniones religiosas no católicas, las cuales para su reconocimiento en España tenían que sujetarse a las formalidades del matrimonio civil.

5) El paréntesis de la Segunda República. Como consecuencia de la Constitución de 1931 se introduce el sistema de matrimonio civil obligatorio y divorcio vincular por mutuo consentimiento y por culpa, mediante la Ley de 28 junio de 1932. Se suprime la intervención de los Tribunales eclesiásticos en las causas matrimoniales. El Régimen del General Franco deroga en 1938-1939 la legislación matrimonial republicana y restaura la plena vigencia del Código civil.

6) La Constitución de 1978 y la legislación matrimonial. Se introducen cambios importantes en las relaciones Iglesia-Estado. El art. 16.3 de la Constitución declara la aconfesionalidad del Estado: « Ninguna confesión tendrá carácter estatal ». Pero a continuación se sienta el principio de colaboración: « Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones ». La mención especial de la Iglesia católica se explica por la presencia mayoritaria del Catolicismo en la sociedad española, sin perjuicio de la libertad religiosa y de culto que a las demás confesiones garantiza el propio art. 16.1 de la Constitución. El art. 32 regula el *jus connubii* en los siguientes términos: « 1. El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica. 2. La ley regulará las formas de matrimonio, la edad y la capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos ». La doctrina destaca la constitucionalización del derecho a contraer matrimonio, como uno de los fundamentales de la persona humana; la consagración de la heterosexualidad (« el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio *entre sí* » hay que leer) el principio de igualdad entre los cónyuges ya venía establecido en el art. 14, aunque parecía oportuno reiterarlo haciéndose eco del movimiento mundial que se había recogido en la Declaración de Derechos del Hombre de 1948 y en las campañas llevadas a cabo por la O.N.U.; la utilización del término *formas* de matrimonio, en plural, significa que

no sería constitucional el establecimiento de una única forma de matrimonio, sea religiosa o civil, si bien se lamenta por algunos autores que se haya prescindido del término *clase de matrimonio*; se omite lo relativo a la nulidad del matrimonio, probablemente para conservar la jurisdicción eclesiástica en esta materia; no se constitucionaliza el divorcio (habla de *causas de disolución*, en plural, pero podrían referirse a la muerte y a la declaración de fallecimiento) si bien había un acuerdo tácito para introducirlo.

7) El Acuerdo de 3 de enero de 1979 entre el Estado Español y la Santa Sede. Este acuerdo sustituye al Concordato de 1953 y, entre otras materias, regula el matrimonio en su art. VI, en los siguientes términos: « 1) El Estado reconoce los efectos civiles al matrimonio celebrado según las normas del Derecho Canónico. Los efectos civiles del matrimonio canónico se producen desde su celebración. Para el pleno reconocimiento de los mismos será necesario la inscripción en el Registro Civil, que se practicará con la simple presentación de certificación eclesiástica de la existencia del matrimonio. — 2) Los contrayentes, a tenor de las disposiciones del Derecho Canónico, podrán acudir a los Tribunales eclesiásticos solicitando declaración de nulidad o pedir decisión pontificia sobre matrimonio rato y no consumado. A solicitud de cualquiera de las partes, dichas resoluciones eclesiásticas tendrán eficacia en el orden civil si se declaran ajustadas al Derecho del Estado en resolución dictada por el Tribunal civil competente ». El apartado 1 no parece innovar el régimen establecido en el Concordato de 1953, que había sido desarrollado por la Ley de 24 de abril de 1958 con las modificaciones oportunas en el articulado del Código civil; incluso se atenua la exigencia de inscripción para la producción de los efectos civiles. En cambio, en el apartado 2 hay importantes innovaciones: se omite toda referencia a las causas de separación (lo que supone que la Santa Sede acepta su resolución por los Tribunales civiles) y no se declara la eficacia automática de las sentencias eclesiásticas de nulidad y dispensas *super ratum*, sino a través de un procedimiento de homologación para declarar su ajuste al Derecho estatal. El Acuerdo incluye una declaración de la Santa Sede recordando las notas esenciales del matrimonio canónico, en previsión de la introducción civil del divorcio.

8) La Ley de 7 de julio de 1981. Esta ley desarrolla los principios constitucionales en materia de matrimonio, teniendo en cuenta el Acuerdo Jurídico con la Santa Sede de 1979 que había sido ratifi-

cado por España, y modifica en profundidad el régimen del matrimonio en el Código civil. Hay que decir que el contenido del Art. VI del Acuerdo de 1979 se encuentra casi literalmente reproducido en su articulado, si bien hay graves dudas doctrinales porque el marco general de la Ley no parece compatible con el sentido del Acuerdo. En primer lugar no se sabe con certeza cuál es el sistema matrimonial definitivamente acogido por el legislador español; eliminado el monismo, no queda claro si se trata del llamado sistema anglosajón o escandinavo (matrimonio civil único con pluralidad de formas de celebración), que parece ser el propósito del legislador estatal, o el sistema latino de matrimonio civil facultativo, que parece ser la intención de la Santa Sede. En todo caso, ninguno de los dos sistemas se acepta de modo absolutamente coherente; el sistema anglosajón no es compatible con el art. 80 C.c. que prevé el procedimiento para que las sentencias eclesíásticas de nulidad adquieran eficacia civil, y tampoco con el art. 60 en cuanto se remite al matrimonio celebrado « según las normas del Derecho canónico », ni con el dato de que no se exige expediente previo ni expedición de certificado de capacidad matrimonial por el Registro Civil para contraer matrimonio canónico; el sistema latino quiebra con la introducción del divorcio aplicando a toda clase de matrimonios y con la no automaticidad de efectos civiles de las sentencias canónicas de nulidad. Empiezan a defenderse posturas mixtas; una singular es la de quien diferencia la fase constitutiva y la extintiva del vínculo matrimonial; en la primera el sistema es latino facultativo, mientras que en la segunda (utilización, o no, del divorcio) queda a la elección de los contrayentes optar por un sistema latino (de hecho, la gran mayoría de los matrimonios observan la regla de la indisolubilidad canónica) o por uno anglosajón.

A modo de conclusiones:

El matrimonio celebrado según las normas del Derecho canónico sigue teniendo efectos civiles en España, aunque de modo atenuado por la introducción del divorcio, por la posibilidad legal de que los contrayentes acudan a los Tribunales civiles para obtener la separación o, eventualmente, la nulidad según el Código civil, y por los obstáculos legales para que las sentencias canónicas de nulidad o las dispensas *super ratum* obtengan la declaración de « ajuste al derecho del Estado » (basta que un contrayente se oponga para que el otro tengan que acudir al juicio ordinario). En la práctica, aunque ha disminuido el porcentaje de matrimonios canónicos que se cele-



bran en España (las segundas nupcias de los divorciados sólo pueden ser civiles), siguen siendo mayoritarios con relación a los demás.

#### 4. *El matrimonio religioso no católico en el Derecho español.*

Hasta 1992 bien puede afirmarse que el matrimonio religioso no católico no ha sido reconocido en España si se exceptúan los matrimonios indígenas en América y, en época más reciente, los matrimonios religiosos celebrados durante el Protectorado en Marruecos, así como en las antiguas colonias africanas. En ello han influido razones de índole diversa: la confesionalidad del Estado, la actitud ante los cultos acatólicos (pasando de la persecución a la tolerancia) y la situación sociológica de la Iglesia en España, que ha pasado de la práctica unanimidad de la población hasta una vivencia real del pluralismo religioso.

El cambio de actitud de España ante el matrimonio acatólico estuvo determinado por la Declaración conciliar *Dignitatis Humanae* de 7 de diciembre de 1965, que inspiró una primera e insuficiente Ley de libertad religiosa de 28 de junio de 1967, sustituida, después del cambio político, por la Ley Orgánica de Libertad Religiosa de 5 de julio de 1980, en cuyo art. 2º se establece que « la libertad religiosa y de culto garantizada por la Constitución comprende... celebrar sus ritos matrimoniales ». En los arts. 59 y 60 del Código civil, reformados por Ley de 7 de julio de 1981 ya se contempla la posibilidad del matrimonio religioso no católico, de momento sin aplicación efectiva, en espera de los Acuerdos del Estado con las respectivas Confesiones Religiosas. Puede pensarse que la dilación ha sido excesiva, desde la Declaración Conciliar de 1965, y también desde la promulgación de la Constitución de 1978. Pero cuando median siglos de hostilidad e incomprensión el espacio de poco más de un cuarto de siglo apenas cuenta. El Estado ha querido esperar hasta el emblemático 1992, con ocasión del V Centenario del Descubrimiento de América, conmemorativo también de la expulsión de los judíos, para firmar Acuerdos con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, con la Federación de Comunidades Israelitas de España y con la Comisión Islámica de España. Tales Acuerdos se han plasmado en tres Leyes de 10 de noviembre de 1992, en cada una de las cuales el art. 7º reconoce efectos civiles al matrimonio religioso celebrado ante el Ministro de Culto respectivo. El tratamiento es claramente diferenciado con relación al matrimonio canónico, pues

con carácter previo se exige la expedición de un certificado de capacidad matrimonial del Encargado del Registro Civil, cuya validez caduca a los seis meses, se impone una estricta forma de celebración ante el Ministro de Culto y dos testigos, y la posterior inscripción en el Registro; no hay alusión alguna al reconocimiento civil de las resoluciones pronunciadas por los Tribunales de cada Confesión en materia matrimonial. Todo ello conduce a la afirmación que, respecto al matrimonio religioso no católico, se está en presencia de un sistema de tipo anglosajón o escandinavo; es decir, se trata de un matrimonio civil único con pluralidad de formas de celebración.

##### 5. *Raíces canónicas del matrimonio civil en España.*

Después de la reforma de 1981 puede decirse que el modelo matrimonial adoptado por el legislador español sigue siendo el canónico, si bien se va produciendo un progresivo distanciamiento, no sólo en relación con la indisolubilidad, sino en otros aspectos que resumen a continuación. Se han eliminado los impedimentos de base confesional (orden sagrado y profesión religiosa); se ha suprimido la impotencia *coeundi* como incapacidad matrimonial; se han simplificado los impedimentos, eliminándose el de afinidad. Con todo, se mantiene la heterosexualidad (« El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio... », dice el art. 44) y el valor fundamental del consentimiento (« No hay matrimonio sin consentimiento matrimonial », declara el art. 45 párr. 1º), que debe manifestarse en forma solemne « ante el Juez o funcionario correspondiente... y dos testigos mayores de edad » (art. 57 párr. 1º).

##### 6. *Herencias a favor del alma en el Derecho español.*

El Profesor MALDONADO — uno de los mejores especialistas del tema — señala la amplitud del término que he utilizado para fijar el tema, que quiere significar la participación del bien del alma en el caudal relicto, unas veces en la sucesión universal y otras veces a título singular; en ocasiones aparece por mandato de la ley y otras por voluntad del difunto, e incluso por actos *inter vivos* aunque aparece clara la finalidad *pro anima*. Históricamente el origen de la figura puede verse en la cuota medieval *pro anima*, íntimamente unida a la aparición de la *Freiteil* o parte de libre disposición por el testador; con la recepción romano-canónica evoluciona hacia la figura de los



legados *ad pias causas*, que se traduce en el Derecho moderno en las « mandas pías forzosas »; en la codificación va abriéndose paso, con algunas dificultades, la institución de herencias y legados en favor del alma, modalidad en la que quiero centrar mi exposición.

El Código civil italiano de 1865 se mostró hostil: « Le disposizioni per l'anima o a favore dell'anima espresse genericamente sono nulle » (art. 831). Pero el Código de 1942 es favorable a la figura: « Le disposizioni a favor dell'anima sono valide qualora siano determinati i beni o possa essere determinata la somma da impiegarsi a tale fine. — Essi si considereranno come un onere a carico dell'erede, o del legatario, e si applica l'articolo 648. — Il testatore può designare una persona che curi l'esecuzione della disposizione, anche nel caso in cui manchi un interessato a richiedere l'adempimento ». Esta norma se repite sustancialmente en el art. 2224 del Código civil portugués de 1966. En resumen, puede verse una evolución en el Derecho comparado, partiendo de cierta hostilidad inicial, hacia una clara admisibilidad de la figura que trata de regularse de modo práctico, atendiendo a la voluntad del testador.

En el Derecho español no ha existido hostilidad hacia esta forma de disposición *mortis causa*. Antes del Código civil, podía hablarse de una vigencia consuetudinaria de la herencia a favor del alma, que era admitida sin reservas por la jurisprudencia. Las soluciones dependían de las circunstancias del caso. Si el testador había encomendado el cumplimiento de su voluntad a unos albaceas, la atribución *pro anima* operaba como una motivación de la disposición *mortis causa*; otras veces se acudía a la figura de un heredero fiduciario, que recibía los bienes y les daba la aplicación deseada por el difunto. El problema surgía cuando el testador se limitaba a la disposición general de que nombraba como heredera a su propia alma, institución declarada válida por los Tribunales pero cuyo cumplimiento podía originar dificultades prácticas. Adviértase que también se aceptaba la disposición en favor de las almas de los parientes difuntos del testador.

En el Proyecto de Código civil de GARCÍA GOYENA de 1851 se trató de ofrecer una solución práctica al problema planteado de dar efectividad a estas disposiciones. El art. 611 ordenaba: « La disposición universal o de parte alícuota de bienes que el testador haga en favor de su alma, sin determinar la aplicación, simplemente para misas, sufragios, usos u obras pías, se entiende hecha a favor de los pobres ». El art. 747 del vigente Código civil sigue, en parte, esta orientación completándola con un mayor respeto a la voluntad del testador.

Dice el art. 747: « Si el testador dispusiere del todo o parte de sus bienes para sufragios y obras piadosas en beneficio de su alma, haciéndolo indeterminadamente y sin especificar su aplicación, los albaceas venderán los bienes y distribuirán su importe, dando la mitad al Diocesano para que lo destine a los indicados sufragios y a las atenciones y necesidades de la Iglesia, y la otra mitad al Gobernador Civil correspondiente para los establecimientos benéficos del domicilio del difunto, y en su defecto para los de la Provincia ».

El precepto se sitúa en una norma permisiva de esta forma de destino *mortis causa* de los bienes del causante, y según la doctrina tiene carácter interpretativo y supletorio de la voluntad del testador. Con frecuencia éste impone a sus heredero el modo o carga de que se celebren determinados sufragios en beneficio de su alma, y a estas disposiciones no se aplica el art. 747. Su objeto es la aplicación indeterminada y sin especificar la aplicación de los bienes. No se trata de que el alma del testador — o, en su caso, de otros parientes suyos — tanguen la cualidad de herederos o legatarios, sino que el legislador persigue dotar de efectividad práctica a la disposición testamentaria. Tampoco puede entenderse que la Iglesia o los establecimientos benéficos sean herederos o legatarios del causante, sino únicamente beneficiarios de sus disposiciones *mortis causa*. La solución legal es « salomónica », la mitad de los bienes para la Iglesia Católica y la otra mitad para el Estado a través de la figura del Gobernador Civil de la Provincia. Ahora hay que interpretar la norma a la luz del principio de libertad religiosa, de modo que un creyente de otras religiones exigirá que la mitad de los bienes se destine a la Autoridad Religiosa correspondiente.

### 7. Bibliografía sumaria.

Los problemas relativos al sistema matrimonial español suelen exponerse en las obras generales de Derecho Civil:

LACRUZ y otros: *Elementos de Derecho civil*, IV, *Derecho de Familia*, 3<sup>a</sup> ed. (Barcelona 1990).

CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral*, V, *Derecho de Familia* (12<sup>a</sup> ed. revisada y puesta al día por GARCÍA CANTERO y CASTÁN VÁZQUEZ) (Madrid 1994).

Sobre la historia del matrimonio civil en España:

GARCÍA CANTERO, *El vínculo de matrimonio civil en el Derecho español* (Roma-Madrid 1959).

Sobre el régimen civil del matrimonio:

GARCÍA CANTERO, *Comentarios al C.c. dirigidos por Albaladejo*, II, 2ª ed. (Madrid 1992).

Otras obras de interés:

DÍEZ PICAZO, *Familia y Derecho* (Madrid 1984).

CARRIÓN OLMOS, *El sistema matrimonial español* (Madrid 1990).

DE JORGE GARCÍA REYES, *El matrimonio de las minorías religiosas en el Derecho español* (Madrid 1986).

Sobre la herencia en beneficio del alma:

MALDONADO y FERNÁNDEZ DEL TORCO, *Herencias en favor del alma en el Derecho español* (Madrid 1944), obra fundamental desde el punto de vista histórico.

ROYO MARÍN, *Disposiciones testamentarias con fines piadosos y benéficos*, 1952.

MARTÍNEZ PEREDA, *Reflexiones sobre la llamada sucesión en favor del alma*, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, VII, p. 151 ss.

ANDRÉ A. MORIN

DES ORIGINES DE LA FIDUCIE,  
UN EXEMPLE CONCRET DES RACINES  
INSTITUTIONNELLES DES DROITS OCCIDENTAUX  
DANS LE DROIT ECCLÉSIASTIQUE (\*)

Introduction. — 1. Le Droit romain. — 1.1. Fiducie *cum amico* et *cum creditore*. — 1.2. Le fidéicommiss. — 2. Le droit canonique. — 3. Évolution du droit anglais. — 4. Le droit québécois. — Conclusion.

INTRODUCTION.

En parcourant le programme du XIV<sup>e</sup> Congrès international de droit comparé, notre curiosité s'est arrêtée sur le thème l'Histoire du droit et l'ethnologie juridique et plus spécifiquement sur les racines institutionnelles des droits occidentaux dans le droit ecclésiastique que doit présenter le professeur Caparros, rapporteur général dans le cadre du congrès.

Nous avons identifié la fiducie institution juridique reconnue, codifiée ou utilisée par plusieurs pays occidentaux comme élément de départ pour notre réflexion en droit comparé sur l'origine de cette institution.

Nous avons décidé de limiter notre étude de l'origine et du développement de la fiducie en droit romain, anglais et québécois pour ensuite étudier l'influence du droit canonique sur le développement de cette institution.

1. *Le Droit romain.*

Les romains ont développé un concept de fiducie qui était constitué principalement d'un dominium sur une chose et où le fidéjusseur ou celui

---

(\*) L'auteur exprime ici son opinion et non pas l'opinion ou la position du ministère fédéral de la Justice.

qui se porte garant de la dette d'un autre, utilisait un bien au profit du bénéficiaire et devait restituer ce bien une fois l'objet de la fiducie réalisée (1). Cependant, ce type de fiducie comportait certains inconvénients puisqu'il y avait confusion dans le patrimoine du fidéjusseur entre ses biens et les biens que ce dernier recevait. Les biens de la fiducie n'étaient donc pas à l'abri de ses créanciers.

### 1.1. *Fiducie cum amico et cum creditore.*

En droit romain, la fiducie se divisait en deux groupes *cum amico* et *cum creditore* (2). La fiducie *cum amico* pouvait s'apparenter à un mandat ou à un dépôt.

« Quelques textes tendraient à montrer que la fiducie *cum amico* pût encore servir à réaliser une donation à cause de mort en « transférant la propriété à une personne qui s'engage à la retransférer si elle et ses descendants meurent avant le donateur », et, tout naturellement, une donation par personne interposée qui s'engage à transférer au véritable gratifié (3).

Quant à la fiducie *cum creditore*, elle permettait d'accorder une sûreté réelle jusqu'au remboursement d'une somme prêtée, ce qui peut être assimilé à un gage ou un nantissement. Les Romains utilisaient donc un instrument juridique qui reposait sur la confiance et la bonne foi de l'acquéreur ou du fidéjusseur. De cette institution qu'est la fiducie, les Romains devaient développer une autre institution connue sous le nom de fidéicommiss.

Comme le souligne M<sup>e</sup> Faribault:

« Ce qu'on pouvait faire par donation ou moyen d'une fiducie pour faire passer un bien à qui n'aurait pu recevoir autrement, on le tenta avec le même succès par disposition à cause de mort, en sorte que le fidéicommiss, dérivé direct de la fiducie, fut et demeura comme elle une disposition par personne interposée » (4).

(1) PIERRE DECHEIX, « La Fiducie ou du Trust », *Revue juridique et politique indépendance et coopération*, Paris, Ediena, 1990, p. 128.

(2) MARCEL FARIBAULT, *Traité théorique et pratique de la Fiducie ou Trust du droit civil dans la province de Québec*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1936, p. 26.

(3) *Id.*, p. 27.

(4) *Id.*, p. 29.

### 1.2. *Le fidéicommiss.*

Le fidéicommiss accordait aux Romains une grande liberté quant à l'utilisation de cette disposition par opposition au formalisme requis notamment pour l'utilisation des formules en droit romain. Cette institution pouvait donc être utilisée dans l'Empire. En effet, le fidéicommiss, contrairement au legs, n'avait pas à être rattaché à un testament. Le fidéicommiss pouvait être fait par codicille sans institution d'héritier ou même verbalement. Cependant, à notre avis, le concept de fiducie institué par les Romains ne correspond guère au concept de fiducie utilisé présentement en droit québécois. En effet, l'article 1261 du *Code civil du Québec* (C.C.Q.) édicte que le patrimoine fiduciaire constitue un patrimoine autonome et distinct notamment de celui du fiduciaire et du bénéficiaire.

Par contre, un élément constitutif important de la fiducie chez les Romains est encore présent aujourd'hui dans le droit occidental et il s'agit de l'élément de confiance ou de bonne foi. Notre étude serait cependant incomplète si nous nous limitons à reconnaître les sources de la fiducie uniquement dans des concepts de droit romain et si nous passons sous silence les notions de droit canonique qui ont été présentes au long des développements et de l'évolution du droit anglais afin de cerner l'implantation du concept de fiducie et son utilisation en droit anglais et en droit québécois.

## II. *Le droit canonique.*

Pour retracer les principes qui gouvernent le droit canonique, il faut à notre avis, remonter directement à la Bible. En effet, certains livres de l'Ancien Testament, notamment le Pentateuque qui comprend le Lévitique, révèlent les premières règles que devaient suivre les Juifs. Ces règles, dont plusieurs avec une grande portée juridique, par exemple la prohibition des boissons, la participation aux offrandes et la dîme ont été léguées au peuple élu par Yahweh.

L'Évangile, véritable livre de vie, et les Épîtres, particulièrement celles de St-Paul, constituent également la base de l'ordonnement canonique que nous connaissons aujourd'hui. A cela il faudra ajouter au VI<sup>e</sup> siècle la rédaction de plusieurs règles monastiques qui vont avoir une grande influence sur la vie de l'Église d'alors et d'aujourd'hui. Cependant, ce n'est qu'au IX<sup>e</sup> siècle que ces règles de vie sont présentées plus formellement comme règles de droit.



« [...] à partir du IX<sup>e</sup> siècle, les collections canoniques firent une place non négligeable à des textes d'auteurs chrétiens qui prirent ainsi valeur de règles de droit. Vers la même époque le droit séculier, droit romain et capitulaire carolingiens, pénètre plus ou moins modestement dans les collections canoniques (5).

Il faudra encore attendre le XII<sup>e</sup> siècle avant d'assister à un véritable essor du droit canonique grâce au travail de Gratien et du pape Grégoire VII. En effet, durant l'époque médiévale, l'Église occupe une place de premier ordre dans la société. Le pape et l'Église jouissent d'un statut prépondérant surtout grâce au prestige et à l'autorité morale de la papauté.

« [...] la redécouverte de la compilation du droit romain faite sur l'ordre de Justinien (527-565), le développement de l'enseignement du droit canonique dans les universités qui se multiplient à partir du début du XIII<sup>e</sup> siècle dans l'Europe de l'Ouest, autant de causes, qui, par des voies diverses, donnent au droit canonique un essor jamais égalé (ni avant, ni depuis) » (6).

C'est en effet grâce aux travaux de Gratien, à l'enseignement du droit dans les universités et aux efforts du pape Grégoire VII que la réforme grégorienne prit naissance et que le droit canonique joue un rôle prépondérant en Europe. Grégoire était un moine de la célèbre abbaye de Cluny avant de s'installer à Rome. Grégoire moine clunisien devait donc maîtriser et connaître les règles en vigueur à l'abbaye. Principalement, il s'agissait de la règle de Saint Benoît. Également, l'abbaye de Cluny, grâce à ses privilèges et à son indépendance avait donné naissance à un grand nombre d'abbayes. Elle jouissait d'un rôle prépondérant dans la chrétienté et elle était le pivot central d'un grand nombre d'abbayes filles en Europe. Il n'est donc pas étonnant de voir Grégoire, une fois élu pape, tenter de reproduire le modèle de Cluny à l'ensemble de la chrétienté dès son élection au pontificat (7). Il s'agit d'un système très organisé et centralisé pour l'Église et ce modèle a été implanté grâce au rôle impor-

(5) JEAN GAUDEMET, *Le droit canonique*, Paris, Cerf, 1989, p. 13.

(6) *Id.*, p. 13.

(7) HAROLD J. BERMAN, *Faith and Order, the Reconciliation of Law and Religion*, Atlanta, Scholars Press, 1993, p. 52.

tant que le pape a joué dans l'Église dès sa création. En effet, en tant que Vicaire du Christ sur terre, le pape a toujours eu un ascendant sur les autres évêques et sur l'ensemble de la chrétienté dès le début de l'Église.

Le pape Grégoire et les canonistes de l'époque vont donc oeuvrer à mettre sur pied un véritable système ordonné et indépendant du droit coutumier de l'époque. Comme le précise le professeur Berman<sup>(8)</sup>, il est fort probable que les canonistes de l'époque aient trouvé leur inspiration quant à la forme à donner au *corpus juris canonici* à partir du *corpus juris civilis* de Justinien.

Il faut avoir à l'esprit par ailleurs que bien que scrutant des textes anciens de droit romain, les canonistes du moyen âge aient étudié les principes du droit romain non pas comme des règles de droit positif en vigueur mais plutôt comme un système de droit qui jadis avait été utilisé dans l'empire romain puis redécouvert et enseigné à l'Université de Bologne.

« ... Roman law was not the positive law of any specific policy in the West. Roman law was, of course, the positive law of the Roman Empire in Byzantium, but that was not Roman law as the Western Romanist understood it — it was not the *Corpus Juri Romani*. In the West, Justinian's Roman law was considered to be an ideal law, a written embodiment of reason *ratio scripta* whose principles ought to govern all legal regulation everywhere, both in the church and in the secular politics »<sup>(9)</sup>.

C'est donc avec cet esprit que les rédacteurs de la réforme grégorienne, inspirés par Maître Gratien, allaient créer le premier véritable système de lois et d'ordonnances du monde occidental. Cet ordonnancement devait donc régir l'ensemble de la communauté chrétienne qui s'étendait à travers le monde. Puisque ces règles régissaient le mode de vie des chrétiens, il était normal que certaines dispositions édictent une procédure à suivre lors du décès des fidèles.

L'époque médiévale est une période de l'humanité où la mort est omniprésente. Les fidèles attachent donc une grande importance aux funérailles, aux sépultures, aux offices anniversaires pour com-

(8) HAROLD J. BERMAN, *Law and Revolution, the Formation of the Western Legal Tradition*, Cambridge, Harvard University Press, 1983, p. 204.

(9) *Id.*

mémorer la mort d'un proche et aussi une grande dévotion pour les âmes du purgatoire <sup>(10)</sup>. Les offices anniversaires ne sont pas apparus uniquement au moyen âge. En effet, dès le début du christianisme, les chrétiens se sont préoccupés de l'ensevelissement de leurs morts et du repos des âmes.

Cependant au début du moyen ge, les chrétiens, voulant s'assurer du repos paisible de leur âme, donnaient souvent aux églises des sommes importantes pour que des messes soient célébrées pour l'âme du défunt. Or, cette situation posait un problème d'ordre juridique. En effet, lors du décès d'une personne, cette dernière pouvait laisser une somme importante notamment à l'Église qui devait par la suite administrer cet argent sans le confondre avec son propre patrimoine puisque l'Église ne devenait pas propriétaire des sommes reçues. De plus, cet argent était destiné à une fin spécifique. Pour répondre à ces demandes, l'Église développa le concept de fondation de messes pour l'âme du défunt. L'Église pouvait justifier cette pratique en s'inspirant des textes liturgiques <sup>(11)</sup>.

« The teachings of Sacred Scripture, the dogmas of the future life and the communion of saints are the bases for the church's custom of performing religious offices and works of charity at the request of those who have died; and in particular, the establishment of pious foundations for the repose of the faithful departed » <sup>(12)</sup>.

Les fondations pieuses <sup>(13)</sup> existent toujours au sein de l'Église et elles sont régies maintenant par les canons 1299 à 1310 du Code de droit canonique de 1983 <sup>(14)</sup>. Elles visent les biens temporels donnés à toute personne morale ecclésiastique avec la charge de célébrer des messes ou d'accomplir certaines oeuvres de charité.

À notre avis, les fondations pieuses utilisées par l'Église depuis les premiers siècles de son existence et réglementées d'une façon spécifique par le droit canonique s'apparentent beaucoup plus au con-

<sup>(10)</sup> JEAN GAUDEMET, précité note 5, p. 60.

<sup>(11)</sup> *Id.*, p. 61.

<sup>(12)</sup> PAUL ZIELINSKI, « Pious Wills and Mass Stipends in relation to Canons 1299-1311 », (1985) 19 *Studia Canonica*, 115.

<sup>(13)</sup> RAOUL NAZ, *Traité de droit canonique*, Tome III, Paris, Letouzey et Ané, 1955.

<sup>(14)</sup> Université de Navarre et Université Saint-Paul, *Code de droit canonique, édition bilingue et annotée*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1990.

cept de fiducie que nous connaissons aujourd'hui plutôt qu'à la fiducie du droit romain. En effet, comme nous l'avons mentionné précédemment, la fiducie en droit romain permettait à un tiers de confiance d'administrer certains biens pour autrui mais en faisant entrer ces biens dans son patrimoine. La fondation pieuse permet à l'Église d'administrer pour autrui, des biens qui lui sont légués, sans pour autant devenir propriétaire des biens ou fondre ces biens avec son patrimoine, puisqu'ils appartiennent à une personne morale spécifique: la fondation.

Dans le troisième chapitre, nous allons maintenant aborder l'influence du droit canonique sur le droit anglais après la conquête normande.

### 3. *Évolution du droit anglais.*

En étudiant l'évolution du droit anglais, nous ne pouvons passer sous silence l'occupation du territoire anglais par les Romains vers les années 40 de notre ère. En effet, sous le règne de Claude et ensuite d'Hadrien, l'Angleterre était une province romaine désignée sous le nom de Britannia. Les Romains ont sans aucun doute utilisé la fiducie romaine et le fidéicommiss en Angleterre. Cependant, il sied de replacer l'importance de la colonisation romaine dans son contexte historique pour ainsi constater que le droit romain et la civilisation romaine n'ont pas véritablement influencé le développement du droit anglais.

En effet, l'histoire nous indique que la colonisation romaine s'est terminée vers les années 41 par l'arrivée soudaine d'envahisseurs germaniques notamment les Angles, les Jutes et les Saxons<sup>(15)</sup>. Les envahisseurs démantelèrent rapidement l'organisation romaine, ne laissant guère de place aux concepts de droit romain<sup>(16)</sup>. L'Angleterre devait par la suite être soumise aux nouveaux peuples germaines qui utilisèrent leur système juridique<sup>(17)</sup>.

C'est avec la christianisation des peuples d'Angleterre au VI<sup>e</sup> siècle principalement sous le pontificat de Grégoire 1<sup>er</sup> le Grand que

---

(15) HUGH TREVOR-ROPER, *L'essor du monde chrétien*, Histoire illustrée de l'Europe, Paris, Flammarion, 1968.

(16) HAROLD J. BERMAN, précité note 7, p. 53.

(17) *Stephen's Commentaries on the Laws of England*, Vol. 1, London, Butterworths, 1890, p. 46.

l'influence de l'Église et de son ordonnancement juridique se fit sentir et influença les systèmes de droit germanique en Angleterre. En effet, l'Église possède déjà des écrits qui comportent des règles ou des prescriptions liturgiques et avec le début du moyen âge, l'Église possède, grâce à sa structure bien organisée, un système juridique cohérent et codifié. Elle pourra donc jouer un rôle important en Angleterre avant la Réforme protestante et influencer le développement du droit anglais. Pour comprendre l'influence du droit canonique sur le droit anglais, il faut retourner au système judiciaire qui existait à l'époque médiévale. En Angleterre, la common law régissait la plupart des rapports juridiques et les justiciables pouvaient recourir aux tribunaux royaux pour faire reconnaître leurs droits. Comme il est bien connu, la common law est un système de droit coutumier de nature essentiellement jurisprudentielle et elle se développe uniquement à partir des actions qui sont intentées sous formes de brefs ou writ. Il faut donc absolument se prévaloir d'une action déjà reconnue par la jurisprudence pour avoir un recours devant un tribunal. Il s'agit d'un système juridique prétorien et formaliste qui peut difficilement s'adapter à de nouvelles situations juridiques<sup>(18)</sup>. C'est grâce au rôle important joué par le chancelier qui entend des litiges et qui juge en équité et qui plus tard présidera la cour du chancelier que la common law va pouvoir s'adapter aux nouveaux problèmes juridiques. Or le chancelier en Angleterre est jusqu'à Saint Thomas More, sous le règne d'Henri VIII, un ecclésiastique qui très souvent a étudié à l'Université et qui a une bonne connaissance des principes de droit canonique<sup>(19)</sup>.

« Prior to the decline of the manor court and the tightening up of the common law of King's Courts, the Chancellor had exercised his influence without a special court of chancery as the most learned and most distinguished member of the Council. He was typically a man versed in both the common law and the canon law »<sup>(20)</sup>.

<sup>(18)</sup> MAURICE TANCELIN, DANIELLE SHELTON, *Des Institutions, Branches et Sources du droit*, Montréal, Adage, 1989, p. 44.

<sup>(19)</sup> JAVIER MARTÍNEZ-TORRÓN, « Comments on the influence of Canon Law on the Common Law Legal Tradition », (1989) 20 R.G.D. 15; J.A. CLARENCE SMITH et JEAN KERBY, *Le droit privé au Canada, Études comparatives*, vol. I, Ottawa, Éditions de l'Université d'Ottawa, 1975.

<sup>(20)</sup> HAROLD J. BERMAN, précité note 7, p. 71.



Grâce à sa formation et à son éducation, le chancelier pourra créer de nouveaux brefs ou writ afin de régler des conflits qui échappent aux règles ordinaires de la common law. Puisqu'il connaît le droit canonique, le chancelier pourra y puiser afin de solutionner des conflits.

« ... and equity was administered — by ecclesiastics, men dignified by high office in the church, men with some knowledge of the canon law. Prior to the fourteenth century, this applies to the equity administered by the courts » <sup>(21)</sup>.

Afin de démontrer l'influence du droit canonique sur le développement de la common law, nous allons étudier les origines du trust ou de la fiducie. Bien que le trust puisse s'apparenter à la fiducie du droit romain ou au fidéicommiss, il nous apparaît plus probable de faire remonter l'origine du trust au concept de « use » qui était utilisé depuis longtemps en Angleterre.

En fait, la notion de « use » a été incorporée au droit anglais par des ecclésiastiques qui désiraient se soustraire aux lois de mainmorte qui ont été adoptées en Angleterre vers l'an 1217.

« This notion of a use was transplanted into England from the Civil Law, about the close of the reign of Edward the Third and the people who introduced it were the foreign ecclesiastics, their object being to evade the statutes of mortmain » <sup>(22)</sup>.

Les lois de mainmorte visaient principalement les corporations en empêchant ces dernières d'acquérir des terres en Angleterre. La loi obligeait à cette époque la corporation à obtenir un permis de mainmorte afin de pouvoir acquérir des terres. Puisque les communautés religieuses étaient des corporations, les terres qui pouvaient appartenir aux dites corporations étaient *in mortua* ou en mainmorte car elles ne produisaient aucune ressources ou bénéfices pour le seigneur local. Les ecclésiastiques tentaient donc de ne pas être considérés comme des gens de mainmorte afin de ne pas se soumettre aux lois de mainmorte et de pouvoir acquérir des terres sans obtenir de permis.

La notion de « use » permettait aux communautés religieuses d'obtenir des terres sans en être véritables propriétaires selon la common law et de les administrer pour le bénéfice des communautés.

---

<sup>(21)</sup> *Id.*, p. 78, GEORGE W. KEETON, *English Law, the Judicial Contribution*, Newton Abbot, David and Charles, 1974.

<sup>(22)</sup> Stephen's précité, note 17, p. 354.



« To get around this legislation, it became customary to transfer land to an intermediary who was trusted by the clergy. The ecclesiastical chancellors' decisions determined that the right of use that belonged to religious bodies would become a new property right based on equity different from legal ownership which was the only right recognized by the common law courts »<sup>(23)</sup>.

Puisque ce nouveau droit de propriété était reconnu par la cour du chancelier et que cette technique de « use » était reconnue par des ecclésiastiques qui présidaient cette cour, il n'y avait qu'un pas à franchir afin d'étendre ce concept juridique à d'autres types de situations juridiques. Il faut également garder à l'esprit que le chancelier connaissait les principes du droit canonique. Il connaissait ou devait connaître les fondations pieuses régies par ces principes de droit. Il était alors facile de s'inspirer de ces notions de droit canonique pour créer un nouveau concept juridique, inconnu de la common law, mais qui désormais pouvait porter le nom de Trust.

« The word « use » was replaced by « trust » in the 16th Century during the reign of Henry VIII. The way in which this came about shows how deeply rooted the institution has become and how much power the Court of chancery wielded »<sup>(24)</sup>.

Ainsi, comme il a été établi, même si on peut prétendre que le droit anglais semble avoir été formé surtout par le développement de la common law, il n'est pas raisonnable d'ignorer le rôle joué par la cour du chancelier et par l'influence des principes de droit canonique sur la common law. À une époque où le système de common law était formaliste et peu adaptable aux nouvelles situations juridiques, c'est par l'utilisation de principes de droit canonique et parfois de droit civil que l'évolution du droit en Angleterre a pu poursuivre son cours.

### 3. *Le droit québécois.*

Le trust ou plus spécifiquement la fiducie existait déjà aux articles 869 et 964 du *Code civil du Bas-Canada* adopté en 1866, mais

<sup>(23)</sup> JAVIER MARTÍNEZ-TORRÓN précité, note 19, p. 26.

<sup>(24)</sup> *Id.*, p. 27.

uniquement en matière de legs. En effet, ces dispositions reprenaient la doctrine de l'ancien droit français en matière de legs pour des objets pieux, de charité ou de bienfaisance:

« Fondation fiduciaire comme patrimoine d'affectation de droit civil. Cette espèce de fondation trouvait déjà une certaine expression dans le *Code civil du Bas-Canada* de 1866 sans même que l'on y retrouve le mot fondation. C'est à l'article 869, au titre des legs, que le Code civil exposait en abrégé l'ancien droit sur les legs pour des objets pieux, de charité ou de bienfaisance. Cet article a été largement appliqué aux XIX<sup>e</sup> et XX<sup>e</sup> siècles où il a reçu une interprétation large et libérale. En effet, on s'en est servi pour rendre valides non seulement les legs de ce genre en faveur des personnes indéterminées, mais aussi pour transférer des capitaux à des personnes morales futures » (25).

C'est en 1879 (26) que le Québec se dotait d'un régime en matière de fiducie, lequel n'a été intégré au *Code civil du Bas-Canada* qu'en 1888 (27).

L'article 981a) du *Code civil du Bas-Canada* relativement à l'utilisation du trust au Québec édictait:

« Toute personne capable de disposer librement de ses biens, peut transporter des propriétés immobilières à des fiduciaires par donation ou par testament pour le bénéfice des personnes en faveur de qui elle peut faire valablement des donations ou des legs ».

Ce qu'il faut savoir, comme le souligne le professeur Brierley, c'est que le trust tel qu'implanté au Québec tirait ses origines de la common law.

« On pourrait même dire que si le trust de la Common law n'existait pas déjà, il aurait été nécessaire d'inventer pour les fins du droit civil québécois la fiducie telle qu'elle se trouve législativement encadrée dans le nouveau Code ci-

---

(25) JOHN E.C. BRIERLEY, « De certains patrimoines d'affectation », *La réforme du Code civil*, vol. 1, Les Presses de l'Université Laval, Sainte-Foy, 1993, p. 736.

(26) L.Q. 1879, c. 29.

(27) L.R.Q. 1888, art. 5803.

vil. Celui-ci en matière de fiducie, est manifestement calqué sur le trust de la Common law sous plusieurs aspects importants » (28).

Même si le trust ou plutôt la fiducie en droit québécois ne tire pas ses origines uniquement de la common law, elle tire néanmoins une partie de ses origines du trust anglais.

Avec l'adoption et la mise en vigueur du *Code civil du Québec* en janvier 1994, le législateur québécois a de nouveau consacré l'existence de l'institution qu'est la fiducie. L'article 1260 édicte:

« La fiducie résulte d'un acte par lequel une personne, le constituant, transfère de son patrimoine à un autre patrimoine qu'il constitue, des biens qu'il affecte à une fin particulière et qu'un fiduciaire s'oblige, par le fait de son acceptation, à détenir et à administrer ».

Pour exister, la fiducie du Code civil doit donc comporter certains éléments essentiels. Il faut tout d'abord que le constituant ait l'intention de transférer une masse spécifique de biens entre les mains d'un fiduciaire. Ces biens doivent être affectés à une fin particulière et enfin le fiduciaire doit accepter de gérer ces biens selon les fins de l'acte de fiducie et des règles prévues par la loi. Les nouvelles dispositions qui édictent et régissent la fiducie sont également conforme au concept de trust proposé par la convention de La Haye du 1<sup>er</sup> juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance. Avec ces nouvelles dispositions, le législateur québécois n'hésite pas à reconnaître une institution fort utile pour nos sociétés modernes.

#### CONCLUSION.

En étudiant les éléments constitutifs de la fiducie, nous pouvons, à notre avis, les comparer aux textes des canons 1299 à 1301 du Code de droit canonique de 1983. Le canon 1299 édicte clairement qu'il est permis aux fidèles de disposer librement de leurs biens, notamment pour cause de mort et en faveur de l'Église, compte tenu des formalités du droit civil en vigueur. Le canon 1300 édicte que les volontés des fidèles qui laissent des biens, notamment

(28) JOHN E.C. BRIERLEY, précité note 25, p. 739.

pour cause de mort, une fois acceptées, seront très soigneusement exécutées. Enfin, le canon 1301 édicte qu'il revient à l'Ordinaire d'exécuter les pieuses volontés.

Que ce soit selon le droit civil ou selon le droit canonique, nous sommes, à notre avis, en présence de deux institutions juridiques semblables qui permettent la transmission d'une partie du patrimoine d'une personne afin qu'il soit administré par un tiers et ce pour des fins particulières.

Ces institutions, l'une civile, l'autre religieuse, comportent d'étonnantes similitudes. C'est en fait ce que nous avons tenté de démontrer par la présente étude. Ce n'est pas un hasard historique si nous retrouvons cette similitude dans deux codifications différentes.

Il aura fallu le passage des siècles pour que la fiducie utilisée dans notre société civile prenne forme et soit reconnue par nos tribunaux. Cette similitude frappante entre les concepts de droit canonique et de droit civil s'explique par la perspective historique rattachée à l'institution qu'est la fiducie. En fait, pour en retracer l'origine, il suffit simplement de remonter les siècles lentement jusqu'à peut-être une longue nuit d'hiver où un chancelier féru de concepts de droit canonique s'interrogeait sur la façon de régler un litige qu'un clerc de sa cour venait de lui soumettre.

**Pagina bianca**

DELLOYD J. GUTH

CENTRALITY OF DEBT IN WESTERN MEDIEVAL SACRED  
AND SECULAR LEGAL SYSTEMS (\*)

Among ancient writers, Tacitus was one of the few who addressed comparative law, admittedly in order to praise Britons and Germans at the expense of fellow Romans <sup>(1)</sup>. In the medieval era, Marco Polo (1254-1324) exhibited that curiosity of mind required of modern scholars of comparative law: the urge to travel, mentally and physically, to learn from outsiders, and to narrate similarities and differences. Marco Polo had a fascination for comparative customary laws, from Venice to China and Japan, telling every sort of story about wonderful rules and observances. One such reminds us of how central, indeed primeval, the concept and the action of debt has been to both sacred and secular systems of law.

When he sailed west from Ceylon to the southeastern coast of India *circa* 1292, he recorded the law for debt collection there as follows:

---

(\*) This is a condensed version of my much larger examination of the legal history of debt and sin, which continues. I remain indebted to D. Trevor Anderson (Manitoba), Alan Watson (Georgia), and Olivia Robinson (Glasgow) for critical readings of an early draft, but only I am obligated for errors. This text is slightly altered from the one that I personally presented to the XIVth International Congress of Comparative Law, Athens, 31 July 6 August 1994, which is also published as part of the collection of Canadian papers in Athens, edited by Professor H. Patrick Glenn (Cowansville, Québec: Les Éditions Yvon Blais, 1995). I have retained the same title, here as there. In Athens, Professors Giovanni Pugliese (Rome) and Ernest Caparros (Ottawa) honoured my presentation of this paper as presiding scholars in the session.

(1) G. CORNELIUS TACITUS, *The Agricola, and the Germania*, trans. by H. Mattingly, rev. by S.A. Handford (Harmondsworth: Penguin, 1970). *The Agricola* gives testimony to the Britons' military skills and submission to « obligations imposed by government, provided that there is no abuse » (p. 63); while *The Germania* admiringly reports a wide range of orderly customary laws (pp. 107-20).



If a debtor after many demands from his creditor for repayment of a debt continues day after day to put him off with promises, and if the creditor can get at him in such a way as to draw a circle round him, the debtor must not move out of the circle without first satisfying the creditor or giving firm and adequate security for full repayment on the same day. Otherwise, if he should venture to leave the circle without payment or surety given, he would incur the penalty of death....

Marco Polo then reported witnessing the local king, on horseback, caught in just such « a circle round him, horse and all, [drawn] on the earth », by a foreign merchant creditor. The crowd outside the circle exclaimed: « "See how the king has obeyed the rule of justice!" And the king replied: « "Shall I, who have established this rule, break it merely because it tells against me? Surely it is incumbent on me before all others to observe it" »<sup>(2)</sup>. That debtor's circle graphically illustrated the centrality of debt within the universal ideal for the rule of law. Even more so, the debtor's circle created the visual fact of captivity at the hands of the creditor.

It also suggested that the reason why one paid one's debts existed outside political authority, outside economic power and social status, even outside the law-maker. For a medieval Latin Christian who, at the end of the Crusader era, saw nothing positive in Muslim laws, Marco Polo openly admired the humane spirituality of Hindu and Buddhist teachings. He left little doubt in his *Travels* that these vivacious worlds of « idolaters », far beyond the pale of Christianity, governed themselves effectively through a combination of community customs, moral imperatives and punitive magistrates.

If we travel half-way around the world to England in 1292, we see the English common law enforcing its own version of the debtor's circle. Imprisonment for debt, first noted in royal records by FitzNigel's *Dialogus de Scaccario* (circa 1179), applied then to crown debtors but would become commonly available in 1352<sup>(3)</sup>.

---

(2) *The Travels of Marco Polo*, trans. by Ronald Latham (London: Penguin Books, 1958), pp. 266-7.

(3) *Dialogus de Scaccario: The Course of the Exchequer by Richard, Fitz Nigel and Constitutio Domus Regis...*, ed. and trans. by Charles Johnson (Oxford: Clarendon Press, 1983), pp. 105-23. See « Research Note: Theory and Practice

Edward I (1272-1307) had debt very much on his mind when creating royal remedies for private creditors by statutes in 1283 and 1285 <sup>(4)</sup>. But in direct contrast to the Indian king in that debtor's circle, Edward I added a less edifying version of the rule of common law. In the year 1290, he expelled the entire Jewish merchant community from Christian England, thereby cancelling their credits as claims against him <sup>(5)</sup>. Expulsion on such a grand scale of a whole peoples in a sense reversed the individuated process of English outlawry for debt, because here the royal debtor was outlawing his creditors. Such outlawry was normally the creditor's procedural alternative to imprisonment of the defaulting debtor. Judgment given against a debtor could be pressed through procedural stages until the debtor was proclaimed to be outside the law's protection, and thus denied access to law for use against others <sup>(6)</sup>. Imprisonment and outlawry, then, were the creditor's choices in medieval England as the ultimate lawful instruments for enforcing payment of debts.

By 1292 canon law and its elaborate system of church courts, episcopal and visitational, also reserved its most serious penalty for the defaulting debtor: excommunication <sup>(7)</sup>. Rather than make one

---

within the Medieval English Prison », RICHARD W. IRELAND, *The American Journal of Legal History*, XXXI (1987), pp. 56-67, for an excellent survey of evidence and argument regarding imprisonment for debt.

<sup>(4)</sup> *Statutes of the Realm* (London: Record Commission, 1810), I, pp. 53-4 (Statute of Merchants at Acton Burnell, 1283, offering common law court enrollments when creating debts, as record for future enforcement, except for Jews) and pp. 98-100 (Statute of Merchants, 1285), substantially revising the 1283 scheme and defining elaborate procedures for creditor recoveries; and the Statute of Westminster II, c. 18, in 1285 creating a writ of *elegit* giving creditors « choice » for recovery by seizure of all chattels, plus one-half of a debtor's lands, if necessary). See T.F.T. PLUCKNETT, *Legislation of Edward I* (Oxford: Clarendon Press, 1949), pp. 137-54.

<sup>(5)</sup> MICHAEL PRESTWICH, *Edward I* (Berkeley: University of California Press, 1988), pp. 62, 125, 343-6; and *War, Politics and Finance under Edward I* (London: Faber and Faber Ltd., 1972), pp. 200-2. For the influence of medieval Jewish law of debtor-creditor relations, see JUDITH A. SHAPIRO, « The Shetar's Effect on English Law », *The Georgetown Law Journal*, LXXI (1983), 1179-1200.

<sup>(6)</sup> PLUCKNETT, *Legislation*, pp. 148-154.

<sup>(7)</sup> Sir FREDERICK POLLOCK and FREDERIC WILLIAM MAITLAND, *The History of English Law Before the Time of Edward I* (Cambridge: at the University Press, 1968, 2nd ed.), II, pp. 200-2; RICHARD H. HELMHOLZ, « Excommunication as a Legal Sanction: The Attitudes of the Medieval Canonists », in *Canon Law and the Law of England* (London: The Hambledon Press, 1987), pp. 101-17.

captive, within the circle or prison, this spiritual outlawry placed one outside the church's route to individual salvation and eternal paradise. The canonist Joannes Andreae (1270-1348), citing the *Summa* of Hostiensis (c. 1200-1270), defined requirements and remissions concerning debtor payments, *de solutionibus* (concerning payments) (8). In 1285 the Church in England had its jurisdiction over debt litigation defined in the common law, with the writ of *circumspecte agatis* (9). This kept the sacred-secular judicial division intact, as first prescribed by William the Conqueror's Ordinance of 1070-76, which had reserved to Church courts those cases *quae mere sunt spiritualia* (which are purely spiritual) (10). Generally speaking, the sources for secular law were external, as command and rights, but for sacred law they were internal, as morality and duties.

This division made basic legal sense because the English common law of debt was simply a recuperatory action, while the Church rooted its canon law of debt as a matter of faith and morals. The secular emphasised a right, the sacred a duty. In England's common law one paid one's debt because one's right to retain material possession had expired. The time was literally up for some prior unilateral grant of money or fungible, so the creditor either made recovery or imprisoned or outlawed the defaulting debtor until such recovery occurred (11). In the sacred law operating in England, alongside common law, as well as throughout western Europe, one paid one's debt because to not do so was a sin. To violate a pledge of one's honour and word, to break one's faith (*fidei laesio*), jeopardised one's prospect for immortal happiness. The defaulting debtor effectively excommunicated one's self, so a breach of faith meant a breach of communion, regardless of the amount owed. And if the original promise or debt included an oath to that effect, this

---

(8) JOANNIS ANDREAE, *In Quinque Decretalium Libros: Novella Commentaria*, ed. by Stephan Kuttner from 1581 ed. (Torino: Bottega d'Erasmus, 1963), III, p. 96: « Debitor qui non est solvendo, excommunicatur ».

(9) POLLOCK and MAITLAND, II, 200-1; WILLIAM STUBBS, *Select Charters*, rev. by H.W.C. Davis, 9th ed. (Oxford: Clarendon Press, 1913), pp. 469-70.

(10) STUBBS, *Select Charters*, p. 469. The phrase is from the writ of *Circumspecte agatis* (1285). The « Ordinance of William I, Separating the Spiritual and Temporal Courts, 1070-6 », *ibid.*, pp. 99-100.

(11) IRELAND, « Medieval English Prison », p. 59; and generally, C.H.S. FIFOOT, *History and Sources of the Common Law: Tort and Contract* (London: Stevens & Sons Ltd., 1949), ch. 10: « Debt », pp. 217-33.

made the defaulter's sin all the more deadly. The spiritual, much more than the material, was what defined debtor-creditor relations in the sacred law <sup>(12)</sup>.

No connection *circa* 1292 appeared to exist in the complementary, often competing, actions of debt available to creditors in the two systems. As Pollock and Maitland tangibly put it for English common law: « The claimant of a debt asks for what is his own » <sup>(13)</sup>. The issue was a simple one of fact, to be proved by written instrument (i.e., covenant, as a sealed specialty) or by sworn witnesses (i.e., compurgation, as oath-helpers to the debtor's sworn denial), or both. Such issues were thereby resolvable in secular jurisdictions, both common and customary. In a sense Thomas à Becket would owe his death (1170) to debt. When Henry II tried to take debt litigation back, in his Constitutions of Clarendon (1166), from what William I had allowed, both Becket and Alexander III, the papacy's first canon lawyer, condemned the royal declaration. Henry's definition for actions of debt in his common law made the element of faith, good or bad, irrelevant. A debt was a debt, with or without one's faith <sup>(14)</sup>. The Church, as definer and defender of faith (*fides*), tied repayment to its control over the spiritual element in the debt, which the secular law declared immaterial. The secular law focused on the externally tangible and factual in the debt. Therefore, prove that the amount or the thing had moved out from you, as if on a giant elastic, and the secular law empowered you to snap it back. The sacred law focused on the faith, as *bona fides*, internal to any promise, as if that giant elastic itself mattered far more than the material amount or thing at the other end. In the medieval order of things, that distribution worked, as the respective court records of each amply exemplified <sup>(15)</sup>. People sued and were

<sup>(12)</sup> HELMHOLZ, « Assumpsit and *Fidei Laesio* », in *Canon Law*, pp. 263-89.

<sup>(13)</sup> POLLOCK and MAITLAND, II, p. 205; JAMES BARR AMES, « The History of Parol Contracts Prior to Assumpsit », in *Select Essays in Anglo-American Legal History* (Boston: Little, Brown, and Company, 1909), III, pp. 313-19.

<sup>(14)</sup> « Cap. XV. Placita de debitis quae fide interposita debentur, vel absque interpositione fidei, sint in justitia regis » (Pleas of debt which are owed under pledge of faith, or are without the interposition of faith, belong within the king's justice): Stubbs, *Select Charters*, p. 167 for Latin text.

<sup>(15)</sup> DELLOYD J. GUTH, « The Age of Debt, the Reformation and English Law », in *Tudor Rule and Revolution: Essays for G.R. Elton from his American Friends*, ed. by DeLloyd J. Guth and John W. McKenna (Cambridge: Cambridge University Press, 1982), pp. 77-80.

sued routinely for debt in sacred and secular courts, sometimes simultaneously in both for what amounted to a double jeopardy.

Such comparative legal realities in Marco Polo's time begged historical explanation. They particularly suggested that England's common law of debt did not owe its institutional origins, as one version of western secular law, to the ecclesiastical law. That was no cause for alarm, if only because in law, as in life, debt remained a generic term, synonymous with any sense of obligation<sup>(16)</sup>. The concept of debt was central to law itself, to all law, and thus it transcended the creation of any instrumental action of debt. As such, the concept of debt existed outside any particular religion or church.

What Marco Polo found in India could be found in the earliest surviving records of law, in third millennium B.C. Egypt, in Hammu-rabi's Laws of the mid-eighteenth century B.C.E., in ancient royal and customary Chinese laws. At these dawns of legal historical time, law's purpose was to sanction self-help in enforcing rights and obligations. Hammu-rabi's Laws offered far more than earlier Egyptian legal maxims, because they routinely assessed the monetary prices to be paid in compensation for a wide variety of civil and criminal wrongs. In so doing the legal system defined all wrongs as torts, converting them to fixed, compensatory moneyed debts. The magistrate's judgment would empower the plaintiff, whether for physical assault or breach of contract, to become a self-collecting creditor against the defendant<sup>(17)</sup>. Chinese pre-imperial law during the Western Chou dynasty (c. 1122-771 B.C.E.), combined punitive and performance orders for remedying breached obligations generally, much like we see in medieval western secular and sacred actions of debt<sup>(18)</sup>. Similar parallels and patterns

<sup>(16)</sup> *Ibid.*, pp. 80-1; Fifoot, pp. 217-20; Pollock and Maitland, II, pp. 184 ff.

<sup>(17)</sup> *The Babylonian Laws*, ed. and trans. by G.R. Driver and John C. Miles (Oxford: Clarendon Press, 1952), I, pp. 144-5, 208-21; and II, Sections 113-119, pp. 47-8, for original texts regarding « debt and distress ». Similarly and earlier than Hammurabi, see the textual fragments and explication by REUVEN YARON, *The Laws of Eshnunna* (Jerusalem: The Magnes Press, Hebrew University, 1969), pp. 146 ff.

<sup>(18)</sup> HERRLEE GLESSNER CREEL, « Legal Institutions and Procedures during the Chou Dynasty », in *Essays on China's Legal Tradition*, ed. by Jerome A. Cohen, R. Randle Edwards, and Fu-mei Chang Chen (Princeton, N.J.: Princeton University Press, 1980), pp. 29-30.



were found in the ancient laws of Gortyn (Crete)<sup>(19)</sup> and of Athens<sup>(20)</sup>, as well as in the so-called Laws of Manu from ancient India<sup>(21)</sup>. Each system made the debtor-creditor relationship, as concept and often as instrumental action, central to the rule of law. Indeed, the very heart of Solon's reforms as archon of Athens (594 B.C.E.) was abolition of slavery and imprisonment for debt, through creation of tight limits on debtor-creditor relations and on interest rates<sup>(22)</sup>.

Contemporaneous to the arrival of Athenian democracy were the two great eastern philosophers of law and conduct, Confucius (c. 551-478 B.C.E.) and Siddartha Gautama Buddha (c. 563-483 B.C.E.). Marco Polo routinely noted, eighteen centuries later, their deep jurisprudential impacts on Chinese and Indian cultures. Both emphasised duty, meaning a moral imperative, as the reason why one paid one's debts<sup>(23)</sup>. This served to internalise obligation in the debtor, at the same time that scriptural recorders of the first five books of the Hebrew peoples externalised it. Their recording of divine commandments, that debtors must pay debts and creditors must generously release them, dated from the Torah's final redaction around the time of the Babylonian Exile of 587/6 B.C.E. People of the Covenant were to pay their debts because God, from the heavens above, commanded them to do so<sup>(24)</sup>.

---

(19) *The Law Code of Gortyn*, ed. by Ronald F. Willetts (Berlin: Walter de Gruyter & Co., 1967), pp. 14 (creditor's bondage of freeman for his debt), 30 (adopted son inherits debts), 33-34 (oath procedures), 40 (debts arising out of torts, such as rape), 47 (debt on sureties), 49 (adoption of heir), 56-7 (procedures against debtors), and 73-8 (on obligations and gifts).

(20) DOUGLAS M. MACDOWELL, *The Law in Classical Athens* (Ithaca: Cornell University Press, 1978), pp. 142-54, 164-7.

(21) *The Laws of Manu*, ed. and trans. by G. Buhler (Oxford: Clarendon Press, 1886), ch. VIII, nos. 47-52, 140-3, 152-6, 163-8, 222-3; on the centrality of *dharma* = duty, see ROBERT LINGAT, *The Classical Law of India*, trans. by J. Duncan M. Derrett (Berkeley: University of California Press, 1973).

(22) PLUTARCH, *The Rise and Fall of Athens: Nine Greek Lives*, trans. by Ian Scott-Kilvert (Harmondsworth: Penguin, 1960), pp. 43-76: «Solon», esp. Section 13, p. 54, and Section 15, p. 57.

(23) LINGAT, *The Classical Law of India*; DERK BODDE and CLARENCE MORRIS, *Law in Imperial China* (Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1967), and WANG WEIGUO, «Some Main Characteristics of the Traditional Legal Culture of China», *Juridisk Tidskrift*, nr 5 (1989-90), pp. 588-600.

(24) Exodus, XX-XXIII: *New American Standard Bible* (Canada 1988), pp. 56-9; also, Leviticus, XVIII.



Such ancient legal history reminds us that the institutionalisation of debt must be pre-historical, that is, in all cultures prior to their extant evidence, prior to our present ability to know. By institution is meant an established orderly practise, a regular (*i.e.*, rule-based) process, such as that leading to imprisonment or excommunication for defaulters. An action of debt, with a prescribed formula for repayment or recovery, existed in all systems as an instrument, a procedure available to creditors.

Ancient legal history also reminds us that, even if we wish, it is exceedingly difficult to sort the secular from the sacred in any legal system. Debt, in its generic sense, best illustrates this intersecting in law of fact and faith, of property and morality.

The word itself contained a strong moral imperative, the self-justifying « must » or « ought », at the same time as it identified an object, the amount or thing that was owed. The verb « to owe » and its auxiliary « to ought » established in any language both the external command and internal duty as locations for why repayment was compelled. Any discussion of the concept of debt was about repayment of a fixed sum of money, return of a thing loaned, performance of an unperformed promise, service on a bond, maintenance of personal credibility and character. Debt meant duty created by law, secular or sacred. It could also be a thing by itself, as a legally recoverable object. For comparative law and legal history, debt expressed the universal element that derived from all enforceable obligations, common to all legal systems and vocabularies. In every language there was a word or phrase to express the concept of debt, of « owing » and of « oughting ». Insofar as all law was relational, creating definitive norms for relationships between person and person and between person and thing, debt was quintessentially legal<sup>(25)</sup>. It simplified and identified the law's recognition of a proprietary priority, of creditor's ownership against debtor's possession, in all ancient, classical cultures.

The emergence of Christianity, and its profound influences over the later medieval secular law, represented yet another jurisprudential synthesis that placed debt at its centre. By adopting debt as its metaphor for salvation, by making debt a synonym for sin and the redemption of sinners its *raison d'être*, the Church added the

---

(25) GUTH, pp. 80-1; LEO WIENER, *Commentary to the Germanic Laws and Mediaeval Documents* (Cambridge: Harvard University Press, 1915), pp. 47-51.

element of faith, specifically «good faith», to the requisite formalism of the Roman law of obligation in the Empire that first suppressed it and eventually succumbed to it.

People of the Covenant, inspired by their living Sinai Compact which Moses had bequeathed them, had certainly held that they had a reciprocal obligation with God, as the core of their divinely revealed religion. But that unique obligation, made directly between God and the Israelites, was not identified as a debtor-creditor relationship. The Hebrew Bible did not deem the Chosen People to be in debt or ransomed to God or Satan <sup>(26)</sup>.

But the very language of the New Testament, particularly in the Epistles, was saturated with debt, by analogy to sin, by metaphor of debtor's bondage to some creditor, and by the theology of individual redemption. James, John, Jude, Paul and Peter introduced themselves separately, repeatedly in their Epistles as «bond-servant» or «bond-slave» of God or of Christ <sup>(27)</sup>. The bond (*nexum*) in Roman law probably pre-existed the Law of the XII Tables (c. 451 B.C.E.), as an action by which a creditor bound a free person to work off the debt, or at least held the debtor in service until repayment <sup>(28)</sup>. The Christian epistle-writers, living and working for Christ within that Roman law system throughout the Mediterranean lands, surely knew how to identify themselves routinely through the verb *debere* that literally captured their relationship to their God. Luke's Gospel equated debt and sin <sup>(29)</sup>. John's «Revelations» resonated with the

<sup>(26)</sup> Leviticus XXVI, 14: «But if you do not obey Me and do not carry out all these commandments, ... and so break My covenant, I, in turn, will do this to you: I will appoint over you a sudden terror, consumption and fever ... then I will punish you seven times more for your sins» with numerous other plagues, destructions, and wastes.

<sup>(27)</sup> *New American Standard Bible*: p. 864 (James 1), p. 876 (John, Revelation 1), p. 875 (Jude 1), p. 854 (Paul, Titus 1.1, 2.9), p. 845 (Paul, Colossians 2.14: Christ «having cancelled out the certificate of debt» for us), p. 835 (Paul, Galatians 3.13: «Christ redeemed us from the curse of the Law»), p. 807 (Paul, Romans 1.1), p. 841 (Paul, Philippians 1.1), p. 868 (1 Peter 2.16), and p. 870 (2 Peter 1.1).

<sup>(28)</sup> ALAN WATSON, *Rome of the XII Tables: Persons and Property* (Princeton, N.J.: Princeton University Press, 1975), pp. 111-24. I am indebted to Dr. Olivia Robinson for pointing out to me that *nexum* as such had been obsolete perhaps as early as 300 B.C., although Gaius (c. 165 A.D.) still shows its influence regarding the discharge of obligations.

<sup>(29)</sup> Luke VI, 34-5; VII, 41-3; VII, 48; see «debitor» and «debitum» in *Vulgatae Editionis Bibliorum Sacrorum Concordantiae*, ed. by F.P. Durrion (Paris: Bloud et Barral, 1880), p. 312.

courtroom metaphor of judgment against the debtor<sup>(30)</sup>. Paul described Christ as « having cancelled out the certificate of debt consisting of decrees against us » and as having « redeemed us from the curse of the Law »<sup>(31)</sup>. The Lord's Prayer itself, in both the original Greek and Latin Vulgate versions, had Christ urging followers to pray to « Forgive us our debts as we also forgive our debtors »<sup>(32)</sup>. *Debere* in Latin, and in its Greek equivalent, meant « to owe » in the sense of « that which must or ought to be done ».

Making debt and redemption the twin metaphors for sin and salvation, respectively, was a purely early Christian creation, embedded in the New Testament itself and pregnant with long-term jurisprudential implications. Paul's context was of an old-law, concerning the « flesh, sold into bondage to sin », versus the new-law, for the soul and its « spiritual » redemption<sup>(33)</sup>. The concept and the action of debt was always individuated in law, between person and person. The individuality of the incarnate divine Son's redemptive act required that the New Testament God redeemed individuals, not a covenanted chosen community. The Christian Church as such did not go to heaven. Only those individuals, mainly Greeks in the early days, who accepted Christ's redemptive act would be saved through baptism and the Church's mediation, between God and the Christian, by forgiveness of sin « as we also forgive our debtors ». The patristic literature, Greek and Latin, repeatedly picked up this analogical theme of debt and sin to shape the early Church's theology.

The key question for the Church Fathers became: to whom was the debt of sin owed? Put another way, who was the creditor in the redemptive process? Paul repeatedly pushed the legal-judicial metaphors, concluding logically that « all the truth about us will be brought out in the law court of Christ and each of us will get what he deserves for the things he did in the body, good or bad »<sup>(34)</sup>. But before getting to that court, each had to pay the price (*pretium*). And it was on this precise point that patristic writers asserted the

---

(30) The book, the seals, the witnesses, the throne of judgment, the individual accountability for all one's actions and inactions, the punitive anger, and always God's bond-servants are central to John's exhortations and vision.

(31) Paul to Colossians II, 14; Paul to Galatians III, 13.

(32) Matthew VI, 12; Luke XI, 4.

(33) Paul to Romans VII, 14.

(34) Paul to II Corinthians V, 9-10.

*debitum solvere diaboli* (the debt to be paid to the devil). Irenaeus, Origen, Basil, Gregory of Nyssa, and Anastasius of Antioch represented the eastern Fathers' view that Christ paid the fixed price to Satan by His crucifixion, and that Satan as Prince of Sin held continually the creditor's bond over each sinner<sup>(35)</sup>. Jerome, Ambrose, and Augustine certainly agreed but appeared to be conscious that such language was metaphorical<sup>(36)</sup>. In some later Church Fathers, like Peter Chrysologus, Valerian, and Salvian, the debt was owed directly to God, *debitum solvere Deo*<sup>(37)</sup>. Regardless of whether God or Satan was the sinner's creditor, the centrality of debt remained firm in early and medieval Christian thought. In the end it was mainly Anselm of Bec (1033-1109) who extricated the Church from the *debitum solvere diaboli*, banishing Satan as creditor while reinforcing arguments for the *debitum solvere Deo* (the debt to be paid to God)<sup>(38)</sup>. But Satan's « dominion » still survived within the modern Roman Catholic Church's baptismal liturgy, and in its annual renewal of vows, as a power that must be vocally rejected!

One needed to place this theology in the context of early Christianity's host legal system, specifically within the imperial

---

<sup>(35)</sup> G.M. LUKKEN, *Original Sin in the Roman Library: Research into the Theology of Original Sin in the Roman Sacramentaria and the Early Baptismal Liturgy* (Leiden: E.J. Brill, 1973), pp. 167-81. Satan's role and power vis-a-vis Christ was directly recorded in Matthew IV, 8-10 and Luke IV, 6-8.

<sup>(36)</sup> *Ibid.*, pp. 172-4; also, *Saint Caesarius of Arles, Sermons II*, trans. by MARY MAGDELEINE MUELLER, in *The Fathers of the Church* (Washington: Catholic University of America Press, XLVII, 1964), p. 314; and, *Paulus Orosius: The Seven Books of History Against the Pagans*, trans. by Roy J. Deferrari, in *The Fathers of the Church* (Washington: Catholic University of America Press, L, 1964), pp. 275-6, narrating how « the debts of sin should be remitted under Caesar in » Rome.

<sup>(37)</sup> *Saint Peter Chrysologus, Selected Sermons, and Saint Valerian, Homilies*, trans. by George E. Ganss in *The Fathers of the Church*, XVII (Washington: Catholic University of America Press, 1953), pp. 117-18, 122, on debts in « The Lord's Prayer »; and « Unkept Vows », pp. 321-8. Also, *The Writings of Salvian, The Presbyter*, trans. by Jeremiah F. O'Sullivan (Washington: Catholic University of America Press, 1962), pp. 277-80, 288-91, 293-7, 308-13.

<sup>(38)</sup> *Cur Deus Homo by St. Anselm* (Edinburgh: John Grant, 1909), chapters XI-XIV, XIX-XXIV; with the Latin text in *Anselme de Cantorbéry: Pourquoi Dieu S'Est Fait Homme* trad. de René Roques (Paris: Les Éditions du Cerf, 1963), pp. 262-77, 310-33. For Anselm's meaning and use of « debere », see DESMOND PAUL HENRY, *The Logic of Saint Anselm* (Oxford: Clarendon Press, 1967), pp. 191-6; and on the « devil-ransom theory », see JASPER HOPKINS, *The Companion to the Study of St. Anselm* (Minneapolis: University of Minnesota Press, 1972), pp. 188-98.

Roman law of obligation. The clash between Roman formalism<sup>(39)</sup> and Christian moralism, certainly during and after Gaius's *Institutes* (c. 165 A.D.), would force debt and sin to grow closer, symbolically and symbiotically. By the thirteenth century the clash had produced what we have already seen: a concept of debt, with its accompanying action *fidei laesio*, bathed in the language of good faith, where even the *nudum pactum* was to be enforced, regardless of formalities or ceremonies, because *pacta sunt servanda* (obligations must be served)<sup>(40)</sup>. In this sense the Church would not serve Roman law and its sophisticatedly simple formalism, as first defined for us by Gaius. His *Institutes* offered a careful categorizing of obligations capable of creating debtor-creditor relationships from *mutuum* (money debts) to *mandatum* (service debts)<sup>(41)</sup>. These were enforceable because and if they fitted within a framework established for each obligation. The clarity of that secular focus on the external form or objective content of the original agreement would increasingly be clouded by internal moral considerations of the debtor, deriving from duty and « ought ». Secular Roman law commanded repayment so long as the proper form (real, verbal, literal, or consensual) for the debt had been followed, while sacred Church law increasingly tied repayment of an ordinary debt to the debtor's declared « faith » that had created it. In the Christian

(39) By Roman formalism I mean that prerequisite for validity in all four « classes » (*genera*) of obligations as articulated by Gaius, that one must speak the correct words in the correct order (*stipulatio*) or follow the prescribed forms and vocabulary for at least notional transfers of control over the real object (*conductio*). Again, I gratefully acknowledge the aid of Dr. Olivia Robinson on this point, specifically for emphasis on the binding role of « good faith » (*bona fides*) throughout the Roman jurisprudence on obligation. But this did not mean that proof of good faith replaced the compelling Roman formularies.

(40) POLLOCK and MATLAND, II, pp. 193-203; and, JOHN WILLIAM SALMOND, « The History of Contract », in *Select Essays in Anglo-American Legal History*, III (Boston: Little, Brown, and Company, 1909), pp. 320-35.

(41) *The Institutes of Gaius*, trans. by W.M. Gordon and O.F. Robinson, with the Latin text of Seckel and Kuebler (Ithaca: Cornell University Press, 1988), Book III, Sections 88-181, pp. 313-72; also, Alan Watson, *The Law of Obligations in the Later Roman Republic* (Oxford: Clarendon Press, 1965), pp.10-17; and, JOHN P. DAWSON, *Gifts and Promises: Continental and American Law Compared* (New Haven: Yale University Press, 1980), pp. 7-13.

*Justinian's Institutes* (533 A.D.), trans. by Peter Birks and Grant McLeod (London: Duckworth, 1987), beginning at Book III, Title 13: « Obligations », pp. 105 ff.



sense, this may have improved debt-collecting by creditors, who now might invoke God as on their side of eternal hell.

The impact of Christianity on Roman law appeared in The Theodosian Code (438 A.D.) in at least two major ways: secular recognition of a distinctly sacred jurisdictional system exclusively for the « Catholic Church », and a retreat into greater formalism regarding the law of obligation<sup>(42)</sup>. Of at least thirty separate provisions concerning debt, virtually all pertained exclusively to public debts, meaning moneys owed to the imperial treasury (*fisc*). The focus was also almost entirely on debts created by a written instrument. The Code restricted appeals, rights of sanctuary, and interest rates, while relaxing procedures on expropriation of delinquent taxpayers' properties and the selective use of torture. The word *debita* throughout the Code had become by 385 A.D. the regular term for payments owing to the state<sup>(43)</sup>. By 452, the *Novellae* (new laws) of Valentinian, made a last-ditch attempt to confine debt recovery actions to secular courts, offering default judgments for plaintiffs and imposing security payments on defendants<sup>(44)</sup>. By the time of Justinian's Code (529 A.D.), and despite its clear restatement of the law of obligations from Gaius, the Christian sun commanded a moral height that cast final shadows on whatever remained of a strictly Roman law of obligation, operating alongside of or more often by absorption into western regional customary legal systems. Laws of the Visigoths, Burgundians, Lombards, Riparian and Salian Franks, formulated in pre-Christian times, often syncretised Roman form with customary substance in matters of debt and much else<sup>(45)</sup>.

---

(42) *The Theodosian Code and Novels and the Sirmondian Constitutions*, trans. by Clyde Pharr (New York: Greenwood Press, 1969, repr. of Princeton University Press, 1952), Book XVI, pp. 440-76; and, DAVID HUNT, « Christianising the Roman Empire: the Evidence of the Code », in *The Theodosian Code: Studies in the Imperial Law of Late Antiquity*, ed. by Jill Harries and Ian Wood (London: Duckworth, 1993), pp. 143-60.

(43) *The Theodosian Code*, Book VI, Title 30.10, p. 148, note 24; and the thirty and more entries found by way of Pharr's index under « debt ».

(44) *Ibid.*, Novels of Valentinian, Title 35.1.15, pp. 547, 549.

(45) For example, *The Lombard Laws*, trans. by Katherine Fischer Drew (Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1973), pp. 101-3 (Rothair's Edict, chapters 245-52, and p. 124, chapters 365-6), and pp. 150-1 (Laws of King Liutprand, chapters 15-16, and p. 109, chapters 108-9: dated 720-9 A.D.): « Foreword », pp. xiii-xxii, and « Introduction », pp. 21-37. Also, *The Burgundian*



The era of the *leges barbarorum* was by then well developed in the west, with the Church asserting claims of heirship to Roman universality, empty as these often were and would equally be for the Holy Roman Empire of Charlemagne and successors, after 800 A.D. The long era of western decentralized, decolonized, deformalized law had arrived. Six centuries of the « laws of the barbarians » (more accurately, of the bearded ones!) produced widely variant degrees to which the old Roman law's formalism had been left, within more customary laws regarding debt, or any other actions based on legal obligation. At this point, we do not know how faithful the early medieval Roman Church itself tried to be to Roman legal formalism. It certainly made no attempt, in its otherwise laudable monastic manuscript mission, to preserve the secular law's texts and formularies. We also have no evidence of any trace of Roman law's remains in England, despite nearly four centuries of cross-Channel occupation beginning with Julius Caesar (c. 55 B.C.E.), at least not until Bracton's utterly unconvincing attempt (*circa* 1235) to impose Roman conceptualisation on the common law's stubbornly home-grown forms of action <sup>(46)</sup>.

Of all the so-called « laws of the barbarians », those of the Anglo-Saxons and Danes in England came closest to the tradition identified much earlier with that of Hammurabi. The first collection in England, the Laws of Aethelberht (603 A.D.), translated a myriad of wrongful acts into compensation-scheduled torts that created self-helping creditors. All such acts, from chopping off a nose to committing adultery, had a fixed price <sup>(47)</sup>. In the return to centralization, dramatically imposed by the Normans after 1066, the origins for the common law's action of debt remain virtually unknown. We are still where Maitland left us on this subject at the turn of our century. The action emerged as recuperatory and medieval creditors showed no faith in their borrowers'

---

*Code*, trans. by Katherine Fischer Drew (Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1949), pp. 3-14; P.D. King, *Law and Society in the Visigothic Kingdom* (Cambridge: Cambridge University Press, 1972); and, ROSAMOND MCKITTERICK, « Some Carolingian Law-Books and Their Function », in *Authority and Power: Studies ... Presented to Walter Ullmann*, ed. by Brian Tierney and Peter Linehan (Cambridge: Cambridge University Press, 1980), pp. 13-27.

<sup>(46)</sup> POLLOCK and MAITLAND, II, p. 207; FIFOOT, pp. 218-20, 236-38.

<sup>(47)</sup> *The Laws of the Earliest English Kings*, ed. and trans. by F.L. Attenborough (Cambridge: Cambridge University Press, 1922), pp. 5-17.

word or inner sense of duty: most secured « a judgment or recognizance before the loan was made ». Sale was only binding after the thing was delivered or when partial payment or earnest money had been given. In all instances, the action of debt only applied where the sum of money was made certain in advance <sup>(48)</sup>.

And so we return to the western European world of 1292, where royal, central law and local, customary law (of landlords and municipalities) competed jurisdictionally with ecclesiastical law (synodal and papal) for debt litigation. That configuration of courts — royal, customary, canon — each with its formalised action of debt existed as vivaciously in medieval England as across western continental Europe, be it alongside French regional *coutumes* or German *Gewohnheitsrecht* <sup>(49)</sup>. My focus for secular law in Marco Polo's time has been limited to the medieval English model, specifically to the common law because it created the major comparative base with the revitalised Roman civil law of continental European countries in the modern era. The important subject of medieval customary law, and its relation to common and canon laws, remains to be studied.

This brief and sweeping survey illustrated how much richer the tripartite jurisdictional systems in the medieval era were when juxtaposed to our modern era of singularly secular, national systems. There was simply so much more to compare during the medieval era, within a given time and place as well as from country to country. Marco Polo, I am confident, would agree and would not mind being an inspiration for all participants in this XIVth International Congress of Comparative Law. To acknowledge a debt to him and to the centrality of debt in all legal systems, reveals how vital the comparative historical method can be for a better understanding of law itself.

Debt clearly did not originate, institutionally or conceptually, in ecclesiastical law. If anything the opposite was true, in the grip that the metaphor of debt had on the earliest Christians. The post-im-

---

<sup>(48)</sup> POLLOCK and MATTLAND, II, pp. 203, 207-10; and it is clear that the « barbarians » insisted on contractual formalism, not merely the « good faith » requirement that Roman law and then canon law emphasized.

<sup>(49)</sup> ANDRÉ GOURON et ODILE TERRIN, *Bibliographie des Coutumes de France: Éditions antérieures à la Révolution* (Genève: Librairie Droz, 1975), and HEINRICH BRUNNER, *Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte* (Leipzig: Verlag von Duncker & Humblot, 1901).

perial millenium of ascendancy for the Roman church saw it develop its own spiritual criterion for debt repayment, faithful duty, and its own spiritual punishment for debt default, excommunication. The post-medieval, post-Reformation common and civilian systems of law shared a growth toward contractual formalism that produced, for the modern era, the triumph of the secular over the sacred, the material over the spiritual<sup>(50)</sup>. As our own world staggers under mounting public debts and private bankruptcies, both sanctioned by law, perhaps the time may soon come for a reversal of that triumph, by re-learning why we ought to pay what we owe.

---

<sup>(50)</sup> GUTH, pp. 69-86, cited note 15 above.

PETER M. SMITH

THE PRESENT AUTHORITY  
OF THE ANCIENT ROMAN CANON LAW  
WITHIN THE CHURCH OF ENGLAND

There is no doubt that some elements of the pre-Reformation canon law of the Catholic church continue to comprise an integral part of the ecclesiastical law of the Church of England.

« The law of the Church of England and its history are to be deduced from the ancient general canon law, from the particular constitutions made in this country to regulate the English church, from our own canons, from the rubric, and from any other acts of parliament that may have passed upon the subject; and the whole may be illustrated also by the writings of eminent persons » (1).

There remain, however, interesting questions as to the extent to which such laws continue to be applicable and the means by which they may be deduced.

At the Reformation, Henry VIII, established a new independent Church of England under his immediate authority as supreme head in earth (2). The break with Rome was complete. Yet law and authority have always been inextricably intermixed, so that much of the legislation of the Reformation was concerned to separate the English Church from the Papacy as a law-maker. A comparatively early stage in this process, for example, was the forbidding of appeals to Rome from the English ecclesiastical courts by the Act in Restraint of Appeals of February, 1533 (3).

---

(1) *Per* Sir John Nicholl in *Kemp v. Wickes* (1809), 3 Phillim. 264 at p. 276.

(2) Supremacy Act, 1534, 26 Hen. VIII, c. 1.

(3) 24 Hen. VIII, c. 12.

The effect of the Reformation was thus to cut off the law of the English Church from the jurisprudence of the rest of the Western Catholic Church. Yet it was evidently recognised that the framework of the former canon law would have to be preserved in some way, as well as a great deal of its content, if the new Church of England was to be properly and effectively governed within the Catholic tradition.

At first attention was focussed on the « domestic canon law » enshrined in national and provincial constitutions of the English Church. In May 1532, the clergy in Convocation were induced to put forward certain proposals which ultimately came to be set out in legislative form in the Submission of the Clergy Act of 1534 <sup>(4)</sup>. These included an undertaking not to make any new canons or constitutions in Convocation except with royal assent, and those provincial canons and constitutions already in existence were to be made the subject of inquiry by a commission of thirty-two persons drawn equally from Parliament and the clergy who were empowered to determine which of such laws should be abolished and which should receive the royal assent to be retained <sup>(5)</sup>. This Act, and the inquiry set up under it, was intended to deal solely with the reform of those canons and constitutions made by the English Church. Pending the outcome of the inquiry by the commission of thirty-two, the authority of the existing national canons and constitutions was expressly preserved, so long as they were « not contrariant or repugnant to the laws, statutes, and customs of this realm, nor to the damage or hurt of the king's prerogative royal... » <sup>(6)</sup>.

Yet much of the former *ius commune* would of necessity still have been required to regulate many aspects of the life of the English Church. Most of the law of marriage, for example, was founded on the canon law enshrined in the *Corpus Juris Canonici*: the comprehensive jurisprudence of the Western Catholic Church could not easily be dispensed with. Such laws, however, fell outside the scope of this inquiry. Nevertheless, the incongruity of a Church supposedly independent of the See of Rome still being governed by laws and practice which had their origins in the Roman Church and

---

<sup>(4)</sup> 24 Hen. VIII, c. 19.

<sup>(5)</sup> Section 2.

<sup>(6)</sup> Section 7.

the Papacy must have been something of an anathema to the crown and the reformers within the new Church, and it would seem that some means had to be found to preserve such portions of the old law which were necessary without acknowledging their source and authority.

This was accomplished with no little skill by the framers of the Reformation legislation. The result was the Ecclesiastical Licences Act, 1534 (7), which recited that:

« For where your grace's realm recognising no superior under God, but only your grace, has been and is free from subjection to any man's laws, but only to such as have been devised, made and ordained within this realm, for the wealth of the same, or to such other as, by sufferance of your grace and your progenitors, the people of this your realm have taken at their free liberty, by their own consent to be used amongst them, and have bound themselves by long use and custom to the observation of the same, not as to the observance of the laws of any foreign prince, potentate or prelate, but as to the accustomed and ancient laws of this realm, originally established as laws of the same, by the said sufferance, consents, and custom, and none otherwise ».

The effect of this statute was to represent the Pope as never ever having had any legislative authority in England, and that those parts of the former *ius commune* which had applied in England prior to the Reformation had enjoyed authority only by virtue of having been accepted and customarily observed here. By such means, the binding nature of the former Roman canon law could be explained, but in terms of it having always been English customary law. Now it followed, that since the Crown was the source and fount of all English law, including, of course, those parts of the common law derived from custom and usage, then these laws might be retained and exercised as English customary law after the Reformation without it having to be acknowledged that they had ever depended on the Pope for their authority.

Having thereby rendered the former canon law of Rome « domestic » in nature, the scope of the inquiry instigated by the

---

(7) 25 Hen. VIII, c. 21.



Submission of the Clergy Act was extended by a further statute passed in 1543 <sup>(8)</sup> to determine which parts of the pre-Reformation canon law of Rome might also conveniently continue to be used within the realm: in the meantime, the authority of these « other ecclesiastical laws or jurisdiction spiritual, as be yet accustomed and used here in the Church of England » was to be maintained until the task of the commission had been accomplished.

The deliberations of the commission, however, came to nothing, for before any new code of canons for the Church of England could be compiled, Henry VIII died. A new commission was appointed <sup>(9)</sup>, but this attempt too was doomed to failure, for although the commissioners came close to completing their task, their powers were again terminated on the death of Edward VI which had come so soon afterwards that no extension of their inquiry could be effected. During Mary's reign, the matter rested while the nexus with Rome was re-established, but on the accession of Elizabeth this partially completed code was revised by Foxe the martyrologist on the authority of Archbishop Parker and published in 1571 as the *Reformatio Legum Ecclesiasticarum*. Although introduced into Parliament, it was shelved without receiving Parliamentary approval or the royal assent, so that it never acquired any legal authority. This failure to authorise any comprehensive body of canons by which the Church of England was to be governed meant that in many respects the « effect of the Tudor legislation was to leave the Church in possession of its traditional jurisprudence and the legislation of the medieval popes as the basis of its law » <sup>(10)</sup>.

Nevertheless, although the authority of considerable portions of the pre-Reformation canon law were maintained by this means in the new reformed Church of England, it was now in the form of English customary law, and this was to have far reaching consequences both as to the perception of the legislative authority of the Roman Church before the Reformation, and the extent to which those laws were to be recognised as having validity by the English common-law courts. The view thus became current, as was no doubt intended by those responsible for these legislative reforms, that the

---

<sup>(8)</sup> 35 Hen. VIII, c. 16.

<sup>(9)</sup> By Statute 3 & 4 Edw. VI, c. 11.

<sup>(10)</sup> *Report of the Archbishops' Commission on Canon Law*, London, 1947, p. 47.

ancient canon law was never binding but was susceptible to acceptance or rejection, and this has clearly coloured a great deal of judicial thinking when the authority of the pre-Reformation canon law has been in issue. This is evident in the dictum of that arch-protagonist of the common law, Sir Edward Coke, in *Caudrey's Case* <sup>(11)</sup>:

« So albeit the Kings of England derived their ecclesiastical laws from others, yet so many as were proved, approved, and allowed here, by and with a general consent, are aptly and rightly called, the King's Ecclesiastical laws of England... ».

Thus political expediency became firmly established as historical fact. So it was that Sir Matthew Hale in his *History of the Common Law of England* might assert <sup>(12)</sup>:

« But all the strength that either the Papal or Imperial Laws have obtained in this kingdom, is only because they have been received and admitted either by the Consent of Parliament, and so are part of the Statute Laws of the Kingdom, or else by immemorial Usage and Custom in some particular Cases and Courts, and no otherwise... ».

It is this legal view, therefore, which found expression in Tindal C.J.'s advice of the judges to the Lords in *R. v. Millis* <sup>(13)</sup> « that the canon law of Europe does not, and never did, as a body of laws, form part of the law of England... ».

It followed, therefore, that those parts of the pre-Reformation canon law which were maintained as a result of the Reformation legislation and the subsequent failure of any code of canons to receive the royal assent, continued to have authority within the English Church, but now in the form of customary law <sup>(14)</sup>. Thereafter, such laws have been regarded as constituting a part of the general law of the realm <sup>(15)</sup>, or of the English common law in the wider sense of that term which includes those canons and consti-

(11) (1591), 5 Co. Rep. 1a, at p. 9a.

(12) At pp. 28-9.

(13) (1843), 10 Cl. & Fin. 534, at p. 680.

(14) Per Lord Blackburn in *Mackonochie v. Lord Penzance* (1881), 6 App. Cas. 424, at p. 446.

(15) *Ibid.*

tutions allowed by custom and consent <sup>(16)</sup>, and so might properly be described as the Queen's (or King's) ecclesiastical laws <sup>(17)</sup>.

It must be supposed, however, that this is a very special form of customary law, for it does not actually depend on a proven period of user or practice but derives its being from statute. The material date at which a particular rule of the ancient canon law must be shown to have been accepted and used is, it is submitted, the time of the Reformation legislation itself when those surviving elements of pre-Reformation canon law were incorporated into the English law <sup>(18)</sup>.

Yet, having said this, there still remains the practical difficulty of ascertaining precisely what parts of the ancient canon law have survived sufficiently so as to remain authoritative within the modern ecclesiastical law of the Church of England. There are, it would seem, three distinct questions which need to be addressed in order to ascertain whether a particular rule of canon law is still effective. First, was the rule of the ancient canon law one which was applicable in the English Church prior to the Reformation; second, to what extent did it survive the translation into English customary law at the time of the Reformation as not being contrary to the royal prerogative; and third, has it endured as a rule of customary law to the present day?

#### PRE-REFORMATION CANON LAW.

It is apparent that there were significant areas of jurisdiction which, though regarded by the Church as being ecclesiastical and therefore within the purview of the spiritual courts, were either never accepted as such in England, or came to be removed into the ambit of temporal control and supervision. An example of such might be seen in the fact that, contrary to almost universal practice elsewhere and a decision of the Roman Rota in 1370 that the

---

<sup>(16)</sup> *Ibid.* As Whitlock J. said in *Ever v. Owen* (1627), Godb. 432: « There is a common law ecclesiasticall, as well as our common law. *Jus commune ecclesiasticum*, as well as *jus commune laicum* ».

<sup>(17)</sup> *Caudrey's Case* (1591), 5 Co. Rep. 1a, at p. 9a (quoted above.).

<sup>(18)</sup> See *R. v. Archbishop of Canterbury* [1902] 2 K.B. 503 where a practice (to entertain an action to hear objections to the confirmation of the election of a bishop) not observed at the date of the statute 25 Hen. VIII, c. 20, was not incorporated into it.

English practice was unlawful, the temporal courts rather than the ecclesiastical courts possessed the cognizance of all civil suits involving clerics<sup>(19)</sup>. Likewise the right of patronage was treated by the English common-law courts as being of temporal cognizance<sup>(20)</sup> (the advowson<sup>(21)</sup>). Nor would the barons at the Parliament of Merton in 1236 accept the Church's law<sup>(22)</sup> by which illegitimate children might be legitimated by the subsequent marriage of their parents<sup>(23)</sup>. It may be conjectured that they foresaw the damaging effect that it might have on the rights of heirs to the succession to land<sup>(24)</sup>. Statutes also sought to make detailed provisions to remedy perceived defects in matters normally associated with ecclesiastical supervision where royal or other temporal interests were involved, e.g. the granting of benefices to aliens<sup>(25)</sup>, the Crown's right of presentation to a benefice<sup>(26)</sup>, appropriations<sup>(27)</sup>, etc.

The limits of the ecclesiastical jurisdiction might be enforced by the temporal courts by means of the prerogative writ of prohibition or a threat of *Praemunire*. The latter, originally conceived by the Statute of Praemunire<sup>(28)</sup> to stop appeals to the Roman Curia without a royal licence, began to be used in the late fifteenth

(19) HELMHOLZ, *Roman Canon Law in Reformation England*, Cambridge, 1990, pp. 10-11.

(20) LYNDWOOD, *Provinciale seu Constitutiones Angliae*, ed. Oxford, 1679, V, de Poenis, 15, c. 1, *Eternae*, gl. ad v. *Jure Patronatús*, p. 316, explains that the right of patronage belongs by custom to the Royal Court. See also the Statute of Advowsons, 1285 (13 Edw. I, st. 1, c. 5).

(21) It is categorised by the common law as being an incorporeal hereditament: BLACKSTONE, *Commentaries*, II, 21.

(22) See *Extra*, 4, 17, 6, addressed by Pope Alexander III to the bishop of Exeter.

(23) « [E]t omnes Comites et Barones una voce responderunt quod nolunt leges Angliae mutare quae usitatae sunt et approbatae': HOLDSWORTH, *History of English Law*, II, 218.

(24) The concern that a determination of legitimacy by an ecclesiastical court might affect inheritance to property was evidently one of which the Papacy was aware: see *Extra*, 4, 17, 7, where Alexander III conceded in letters to the bishops of London and Worcester that though the Church might decide questions of legitimacy, any question involving property rights was to be left to the King's courts.

(25) Statutes 3 Rich. II, c. 3; 7 Rich. II, c. 12.

(26) Statute 13 Rich. II, st. 1, c. 1.

(27) Statutes 15 Rich. II, c. 6; 4 Hen. IV, c. 12.

(28) 27 Edw. III, st. 1, c. 1 (1343).

century as a means of curtailing ecclesiastical jurisdiction where it touched and concerned matters outside the strict purview of spiritual supervision, e.g. debt, as part of the Church's testamentary jurisdiction or directly to enforce a contract made on oath on the ground of breach of faith (*laesio fidei*), crime, by means of a defamation suit in the Church courts, etc. so as to have been arguably derogating from the rights and dignity of the English crown<sup>(29)</sup>.

There is, however, a distinction to be drawn between the authority of the ancient canon law as it might impact on the State, and its authority within the English Church itself. It may be appreciated that as a general proposition, the authority of a general council or Pope with respect to matters spiritual exercised within those national Churches which comprised the wider Catholic Church, is of an altogether different kind and quality from that which touched and concerned the temporal lives of the subjects of those states. But even if it is accepted that by definition the *ius commune* of the Western Catholic Church extended to the English Church, it does not necessarily follow that every law within that body was equally effective and applicable in England<sup>(30)</sup>.

Although the Western Church was clearly hierarchical in structure, the relationship of a national church to the stream of law which was emanating from a superior legislator, be it general council or Pope, was not as well defined as such a structure might suggest. It does seem that there was a subtlety in the prescribed effects of such legislation which has escaped us. Yet the canonists were aware of levels of law which might dictate different standards of observance, as well as parts of the laws themselves that might attract greater authority than others.

---

(29) R.H. HELMHOLZ, *Roman Canon Law in Reformation England*, pp. 24-7.

(30) The question of the binding nature of the ancient canon law was to precipitate one of the great academic debates of the late nineteenth century between William Stubbs, bishop of Oxford, and Frederick William Maitland. Maitland's arguments that the *ius commune* of the pre-Reformation Church was binding were brought together in his *Roman Canon Law in the Church of England*, London, 1898, and his view has continued to enjoy considerable support, though some reassessment may now have to be made in light of more modern scholarship. See C. DONAHUE, « Roman Canon Law in the Medieval English Church: Stubbs vs. Maitland Re-examined after 75 Years in the Light of some Records from the Church Courts », *Michigan Law Review*, 72 (1974), pp. 647-716.



The canons of a general council of the Church, in that such a council purported to represent the thinking of the whole body of the Church, were intended to apply throughout the Western Catholic Church<sup>(31)</sup>. On a par with such canons were those Papal decrees which had been issued since that time when the legislative authority of the Church had been placed in the hands of the Papacy<sup>(32)</sup>. Many Papal decretals, orders, and rescripts, directly concerned the English Church, and, except where they were couched merely in the form of entreaties, were intended to have had binding effect upon the recipients. Such rulings may have arisen from a request for clarification on a particular point of law addressed to the Pope by, say, an English bishop, or an order directed to an individual or group of persons to obey the law, or a judgment handed down from the Curia in a case concerning an English dispute. Where the determination of the Pope on a specific issue was considered worthy of general application it might then be included among those decretals which came to form a part of the *Corpus Juris Canonici*<sup>(33)</sup>.

As well as positive enactment, however, it is evident that custom was an important and valuable source of law. The canon law permitted three kinds of custom. There were customs which extended the law beyond its existing limits while not being inconsistent with it (*praeter legem*)<sup>(34)</sup>, and there were customs which interpreted a doubtful or obscure law (*juxta legem*). Thus, both these forms of custom might in certain situations or places add to the general canon law, and as a result were able to give rise to a peculiarly English body of law. But it is the third form of custom which is particularly significant, for these customs and usages might be contrary to and derogate from those written laws which but for the custom would have had general effect throughout the Church (*contra legem*). It is by means of such customs and usages that the

---

(31) Lyndwood suggests that the term « canon » should properly describe the rulings of a general council: *Provinciale*, IV, de Desp. Impub., 2, c. 1, *Ubi non est*, gl. ad v. *decreti*, p. 272.

(32) *Decretum Grat.*, D. 19, c. 1; LYNDWOOD, *Provinciale*, V, de Haereticis, 5, c. 2, *Item quia*, gl. ad v. *decretalibus*, p. 297.

(33) See e.g. the elaborate ruling of Pope Alexander III addressed to the Archbishop of Canterbury in response to a case being submitted by the archbishop for his opinion concerning the validity of a marriage, which was incorporated into the canon law as *Extra*, 4, 16, 2.

(34) e.g. as to punishment.



law and practice of the English Church might differ from that of the *ius commune*.

This is not an easy concept to understand if one thinks in terms of modern Parliamentary statute relative to custom. Nevertheless, with the exception of those canons of the ecumenical councils of the Church which were intended to enshrine divine law, it was recognised that canons were framed to suit particular places or times<sup>(35)</sup>, and so might be changed in other localities or different circumstances<sup>(36)</sup>. Accordingly, the *Corpus Juris Canonici* itself acknowledged that an established local contrary custom and usage<sup>(37)</sup> might apply in place of a particular canon, decree, etc.<sup>(38)</sup>, if it was good and reasonable<sup>(39)</sup>. Thus, English customs deviated from the *ius commune* in a number of ways, such as clerical dress<sup>(40)</sup>, the obligation of the parishioners to maintain the nave of the parish church<sup>(41)</sup>, the payment of mortuary<sup>(42)</sup>, etc.

<sup>(35)</sup> *Decretum Grat.*, D. 29, c. 1; LYNDWOOD, *Provinciale*, III, 23, de Celeb. Miss., c. 11, *Effraenata*, gl. ad v. *temporum qualitate*, p. 240.

<sup>(36)</sup> *Decretum Grat.*, D. 14, c. 2.

<sup>(37)</sup> i.e. a custom of at least forty years duration: *Corpus Juris Canonici, glossis diversorum illustratum Gregorii Papae XIII*, Lyons, 1671, gl. v. *usque ad hoc tempus* ad *Decretum Grat.*, C. 18, q. 2, c. 31.

<sup>(38)</sup> *Decretum Grat., dictum post* D. 3, c. 3 (« Sicut enim moribus utentium in contrarium nonnullae leges hodie abrogatae sunt ita moribus utentium ipsae leges confirmantur »); *ibid.*, *dictum post* D. 3, c. 6; *ibid.*, D. 11, c. 5; *ibid.*, *dictum post* D. 14, c. 1; *Extra*, 1, 4, 11; *Extra*, 1, 23, 10; ATHON, *Constitutiones Legatinae D. Othonis et D. Othoboni* (LYNDWOOD, *Provinciale*, ed. Oxford, 1679), Constit. Othonis, c. 14, *Quoniam de habitu*, gl. ad v. *et cappis clausis*, p. 37; LYNDWOOD, *Provinciale*, III, de Vita et Honest. Cleric., 1, c. 1, *Ut clericalis ordinis*, gl. ad v. *cappis clausis*, pp. 118-9; e.g. see Stats of Bishop Giles of Salisbury, 1257, nos. 22, 23 (POWICKE & CHENEY, *Councils and Synods, with other Documents relating to the English Church*, Oxford, 1964, II, pt. i, 558-9, attrib. Archbishop Langham, *Provinciale*, I, de Consuet., 3, c. 1, *Statutem et infra*, p. 19). C.f. *Decretum Grat.*, D. 11, c. 4 (but note the doubt expressed that the basic rule had been changed in the *dictum post.*); *Extra*, 1, 4, 3.

<sup>(39)</sup> *Extra*, 1, 4, 11. As to what was good and reasonable, see: *Decretum Grat.*, D. 11, c. 6; *Extra*, 1, 4, 10; LYNDWOOD, *Provinciale*, I, de Consuet. 3, c. 1, *Statutum et infra*, gl. ad v. *consuetudini laudibili*, p. 22.

<sup>(40)</sup> LYNDWOOD, *Provinciale*, III, de Vita et Honest. Cleric., 1, c. 1, *Ut clericalis ordinis*, gl. ad v. *cappis clausis*, pp. 118-9.

<sup>(41)</sup> LYNDWOOD, *Provinciale*, I, de Offic. Archid., 10, c. 4, *Archidiaconi*, gl. ad v. *reparatione*, p. 53.

<sup>(42)</sup> LYNDWOOD, *Provinciale*, I, de Consuet., 3, c. 1, *Statutem et infra*, gl. ad v. *de mansuetudine ecclesiae*, p. 21.

In a real sense, therefore, it is possible to say of those direct and positive enactments by which the Church was to be regulated, that they were of authority only to the extent that they had been received by each community<sup>(43)</sup>. This is perhaps nicely illustrated by Lyndwood<sup>(44)</sup>. In attempting to reconcile a constitution of Archbishop Peccham with a constitution of Pope Boniface VIII by which nuns were required to remain enclosed, he noted that the latter derived its authority from the *ius commune* and could therefore not be abrogated by a constitution of an inferior, and, since Archbishop Peccham must have known of Boniface's constitution, he concluded that he could not give a good answer as to how the Archbishop's constitution might have any effect, « unless perhaps that constitution of Boniface was not accepted or enforced in England »<sup>(45)</sup>.

This is entirely consistent with philosophical views about the nature of law which were current in England between the thirteenth and fifteenth centuries. Bracton, for example, says of English laws and customs that they had been approved by the consent of those who used them and therefore may not be changed without the advice and consent of those by whom they were made<sup>(46)</sup>. According to a later development of this theory, it is Parliament, as the representative of the people, that supplies the necessary consents<sup>(47)</sup>. Furthermore, it is on such grounds of laws having to be received and approved by the people that the

---

<sup>(43)</sup> See: ATHON, *Constit. Othonis*, c. 14, *Quoniam de habitu*, gl. ad v. *et cappis clausis*, p. 37; ATHON, *Constit. Othoboni*, c. 24, *Judicii*, gl. ad v. *committantur*, p. 123; LYNDWOOD, *Provinciale*, II, de *Judiciis*, 1, c. 1, *In causis*, gl. ad v. *viris discretis*, p. 80: « Illa Consitutio non fuit a Subditis acceptata... »; *ibid.*, III, de *Vit. & Hon. Cleric.*, 1, c. 1, *Ut clericalis*, gl. ad v. *cappis clausis*, p. 118.

<sup>(44)</sup> An early fifteenth century glossator on the English constitutions. See later.

<sup>(45)</sup> *Provinciale*, III, de *Statu Reg.*, 19, c. 2, *Sanctimoniales*, gl. ad v. *cum socia*, p. 212. See also: *ibid.*, I, de *Constit.*, 2, c. 1, *Quia incontinentiae*, gl. ad v. *injungendo mandamus*, p. 13; *ibid.*, I, de *Sacra Unc.*, 6, c. 4, *Cum sacri*, gl. ad v. *reluctantes*, p. 38.

<sup>(46)</sup> *De Legibus et Consuetudinibus Angliae*, fo. 1b (ed. Samuel E. Thorne (Cambridge, Mass., 1968), II, 21): « Quae quidem, cum fuerint approbatae consensu utentium et sacramento regum confirmatae, mutari non poterunt nec destrui sine communi consensu eorum omnium quorum consilio et consensu fuerint ».

<sup>(47)</sup> See FORTECUE, *De Laudibus Legum Anglie* (ed. & trans. S.B. Chrimes, Cambridge, 1942), c. 9, p. 25, c. 13, pp. 31-3.

possibility of a custom contrary to the general law is sanctioned<sup>(48)</sup>.

It must also be borne in mind that when we speak of papal legislation, we must not think in terms of the modern Parliamentary statute. During the medieval period and even later, in the absence of any formal enforcement machinery such as a professional police force, many early Parliamentary statutes were obliged to provide expressly for their own enforcement, either by making some special provision for the purpose<sup>(49)</sup> or by using existing officials or procedures<sup>(50)</sup>. Some relied on informers who would initiate proceedings to enforce the legislation<sup>(51)</sup>, often with the incentive of receiving a reward of the whole or part of the penalty imposed on the offender<sup>(52)</sup>. But this was open to substantial abuse<sup>(53)</sup>, and depended on private individuals for enforcement. What then was the status of a criminal or quasi-criminal statute where enforcement was at best problematic and required the co-operation of an unwilling public?<sup>(54)</sup> Moreover, at this time, even a statute was not sacrosanct, for the common-law judges felt themselves able to apply a sort of equity to disregard a statute where they thought that the legislator would not have wanted the statute to be applied in the particular circumstances of a case<sup>(55)</sup>. A statute might even be declared void for unreasonableness<sup>(56)</sup>.

(48) See BRACTON, *supra*, fos. 2, 4 (II, 22, 27). See also: ULLMANN, *Law and Politics in the Middle Ages*, Cambridge, 1975, pp. 31, 62; DOE, *Fundamental Authority in Late Medieval English Law*, Cambridge, 1990, p. 19.

(49) e.g. the Statute of Labourers, 1351, 25 Edw. III, st. 1 provided for supervision by Justices of Labourers.

(50) The office of Justice of the Peace was frequently resorted to, e.g.: 13 Edw. I, Statute of Westminster II, 1285, c. 6 (hue and cry); *ibid.*, c. 47, statutes 13 Ric. II, st. 1, c. 19 and 17 Ric. II, c. 9 (restrictions on salmon fishing); statute 12 Ric. II, c. 6 (artificers and labourers to practise archery on a Sunday and not play games).

(51) See e.g. Statute of Provisors, 1365, 38 Edw. III, st. 2 (especially c. 4).

(52) e.g. 19 Hen. VII, c. 19; 3 Hen. VIII, c. 6; 23 Hen. VIII, c. 4, s. 3; 24 Hen. VIII, c. 1, s. 5; 27 Hen. VIII, c. 12; 34 & 35 Hen. VIII, c. 6; 5 & 6 Edw. VI, c. 6, s. 28; 1 Eliz. c. 12; 23 Eliz. c. 8.

(53) See Statute 4 & 5 Hen. VII, c. 20 (1488) (coven if friends sued).

(54) In a later era similar problems were caused, for example, by the Factories Act, 1819, 59 Geo. III, c. 66.

(55) e.g. Herle J. in *Tregor v. Vaghan* (1334), Y.B. Pasch. 8 Edw. III, pl. 26, fo. 30: « Ils sont ascun statutes faits que celuy mesme que les fist ne les voleit pas mettre en fait... ».

(56) POLLOCK & MAITLAND, *History of English Law*, Cambridge, 2nd. ed. 1898, I, 509; see Coke in his report of *Dr. Bonham's Case* (1610), 8 Co. Rep. 113b, at 118.

If this was true of English statute law, then it was much more with respect to the legislative processes of the Church. The need to formulate laws and regulations at a distance in order to exercise some degree of control and supervision over the constituent elements of the universal Church must have been fraught with considerable practical difficulties. Enforcement was for the most part left to the national Church, and the enshrining of a rule of the canon law in an English constitution was not only a means of promulgating a particular canon or decree, but would indicate approbation with all the attendant local enforcement machinery being made available to carry it into effect. On the other hand, a rule of law which might otherwise be regarded as having application throughout the whole Church, so that it might be said in that sense to have been binding, might nevertheless not be enforced within the national Church, so as to give rise to a contrary custom and practice. It is on such a basis that portions of the *ius commune*, while being perfectly valid and in a sense binding legislation, did not have any effect in England where local custom and usage was maintained to the contrary, and there was no desire by the English Church and those exercising jurisdiction therein to enforce the *ius commune* in that particular respect.

In order, therefore, to test the extent to which a particular rule of the ancient canon law applied to the pre-Reformation English Church, the possibility that it might be one of those parts of the *ius commune* which had no effect in England because there was a contrary local custom and usage must be eliminated. It would seem that the constitutions of the English Church may be particularly helpful in this respect.

The national and provincial councils and diocesan synods were the means by which the English Church legislated for its own particular local needs. Archiepiscopal and episcopal constitutions might declare or revoke customary law, make provision for punishment where none was provided for by the canon law or where it was deficient due to passage of time, and make rules for the correction of morals<sup>(57)</sup>. But it would seem that an archbishop was not able to legislate directly in contravention of papal law<sup>(58)</sup>. By

---

(57) LYNDWOOD, *Provinciale*, I, de Maj. et Obed., 14, c. 1, *Presbyteri*, gl ad v. *juramento*, p. 70.

(58) *Ibid.* Lyndwood therefore questions the validity of a statement in a constitution of Archbishop John Peccham which he alleges is contrary to Papal law,

such means also, the canons of the General Councils of the Church, or the decrees of Popes relevant to the English Church might be promulgated throughout the country. Thus local convocations or synods at national, provincial, diocesan, and even archidiaconal level, might be used to disseminate the law of the Church from General Council to country rectory. At each stage in the process of dissemination, however, it seems that account might be taken of local custom and practice, and the basic rule of canon law modified and adapted accordingly<sup>(59)</sup>.

The authority of a particular canon, Papal decree or constitution, may therefore have varied according both to the extent to which it was received and the formality with which it had been issued. The national, provincial, and even diocesan constitutions of the English Church may thus furnish evidence of those parts of the *ius commune* which were received and applied in England. Such local constitutions may also show where the English law deviated from that of the *ius commune* as a result of local custom and usage. But the converse does not hold true. It cannot be said that where a rule of the *ius commune* did not appear in the English canons and constitutions, then it must have had no authority in England and would not have been included among those laws maintained as English customary law. What might be called « domestic » canon law was never intended to, and never did, amount to an exhaustive or independent body of law by which the English Church was to be governed, but was additional to or interpretive of the *ius commune*. Thus, it cannot be concluded that where the local constitutions are silent concerning a rule of the *ius commune*, such a rule would have had no authority in England so as not to have been included among those laws maintained at the Reformation as English customary law.

There is, however, yet a further factor. It was not always easy for lawyers and subordinate legislators of the day to determine the precise meaning or requirements of a particular canon or decree. Clarification and interpretation was frequently required, and this might be supplied by commentators and glossators on the canon law. It may be that our understanding of the role of the canonists

---

« quam tollere vel alterare non potest Archiepiscopus, nec aliquis Papa inferior... »: *Provinciale*, III, tit. 6, c. *Auditis*, gl. ad v. *Nos misericordiam*, p. 136. See also *Provinciale*, III, de Statu Reg., 19, c. 2, *Sanctimoniales*, gl. ad v. *cum socia*, p. 212.

<sup>(59)</sup> *Decretum Grat.*, D. 14, c. 2.



themselves in the « legislative » process is still not complete. As Professor Cheney remarked, « It is hard to gauge precisely the authority of a Hostiensis or a Durandus... »<sup>(60)</sup>. Contemporary parallels may again be observed in English common law. From an examination of the Year Books<sup>(61)</sup>, it seems that not only were the views of the judges in a case authoritative, but also the comments of respected counsel (and indeed others with whom the compiler of the manuscript source of the Year Book may have spoken on the point) might equally well be used to furnish an understanding of the points of law involved. What then the authority of a Sjt. Kebell or a Sjt. Moyle? We shall go wrong if we try to imagine medieval English lawyers using their Year Books in the same way that we approach precedents in the common law of the twentieth century. Likewise, the canonists exercised an influence in accordance with the esteem in which they were personally held, for it was through such gloss and commentary that the canon law was interpreted and made accessible for use by the lawyers. Such commentaries were no mere aids or explanations of the law as might be found in a modern text-book, but at their best such expositions of the law were regarded as sources of the law itself. Thus, through the medium of commentary and gloss, a canon might be interpreted and developed, and it is in that enhanced form that the canon may actually come to be applied in the courts. As the meaning and implications of a law might be differently expressed, then so might the application of that law differ in various parts of the Church.

Thus, although individual laws, or even whole branches of law, might not have had any authority in the English Church, this did not mean that as a *body of laws* the *ius commune* was not binding, for the body of the canon law itself made provision for the non-application of some of its constituent parts. Nevertheless, from a practical point of view, this does not greatly assist in establishing whether a particular rule of the *ius commune*, even though enshrined in the *Corpus Juris Canonici*, was actually applicable within the English Church.

---

<sup>(60)</sup> C.R. CHENEY, *Episcopal Visitation of Monasteries in the Thirteenth Century*, Manchester, 1931, p. 2.

<sup>(61)</sup> Records of cases on points of law kept by practising lawyers, which in the sixteenth century were printed in a chronological order, attributed to a regnal year of each sovereign, covering the years 1272-1536.



It may thus be appreciated that it may be very difficult accurately to determine precisely what pre-Reformation canon law was applicable in England, or what « gloss » was put on that those laws. The glossators or commentators themselves may therefore be a most valuable aid to determining what were the laws observed in a national Church, and what form they took. One such was William Lyndwood who around 1420 compiled a collection of provincial constitutions from the time of Archbishop Stephen Langton, 1222, to Archbishop Henry Chichele of 1416. Entitled the *Provinciale, seu Constitutiones Angliae*, the constitutions were arranged under subject headings within books and titles much in the form and style of the *Decretals of Gregory IX*, and were comprehensively glossed with great learning and ability. It is in these glosses that much information is to be found, for throughout Lyndwood discusses and comments on these English constitutions in the context of the *ius commune*. It is quickly apparent how great was the dependence of the English lawyer of his day on the *Corpus Juris Canonici* and its commentators, for no argument is propounded, no statement made, without full authorities being cited from those sources. To Lyndwood, the canon law is evidently being interpreted and applied to the English Church through the medium of the national and provincial canons, and so where the English law is divergent, the peculiarly English position is set out and the relevant canon law examined.

Lyndwood's compilation of English canons and his glosses on them have consequently always been highly regarded by English ecclesiastical lawyers as being of great value in ascertaining those ancient canons which were observed in the pre-Reformation English Church <sup>(62)</sup>.

Laws in operation might also be evidenced from the records of those exercising a jurisdiction or authority. It must, however, be borne in mind that though contemporary practice may be very valuable in showing a compliance with a rule of law, or the existence of a custom or practice different from the general law, a certain degree of circumspection is required, for it is also possible that actions may have been taken and procedures employed otherwise than strictly in accordance with law!

---

<sup>(62)</sup> See Sir John Nicholl in *Kemp v. Wickes* (1809), 3 Phillim. 264, at p. 279.

## SUBJECT TO THE ROYAL PREROGATIVE AND ENGLISH LAW.

It has already been noted that at the Reformation the former canon law was not retained as a whole, but only those laws which were « not contrariant or repugnant to the laws, statutes, and customs of this realm, nor to the damage or hurt of the king's prerogative royal... »<sup>(63)</sup>. Any law of the pre-Reformation Church which tended to derogate from the royal prerogative was thus swept away by this legislation. This had the effect of obviating all those very considerable parts of the former canon law which related to matters such as Papal authority, appeals, etc. Likewise, any rule of the canon law which was inconsistent with any provision of the legislation by which the reformed Church of England was to be established under the supremacy of the Crown was abrogated. Changes in practice brought about as a result of the doctrinal changes of the Reformation might also have the effect of altering the pre-existing law<sup>(64)</sup>. But otherwise, subject to any existing custom to the contrary, the old law remained operative.

## THE POST-REFORMATION CANON LAW OF THE CHURCH OF ENGLAND.

The survival of such laws in the form of English customary law, however, has one important repercussion. By the ancient canon law, as has been observed, a rule of the *lex scripta* might have been resisted where there was a contrary custom in existence. But not so once such rules were to be treated as English customary law, for in English law a custom will always be destroyed by a statute with which it is in conflict<sup>(65)</sup>, and it follows, therefore, that an ecclesiastical custom cannot prevail against positive law<sup>(66)</sup>. Thus, it would seem that the possibility of a custom *contra legem* in the

---

<sup>(63)</sup> Submission of the Clergy Act, 1534 (25 Hen. VIII, c. 19), s. 7; *simile* statute 35 Hen. VIII, c. 16.

<sup>(64)</sup> See e.g. Lord Lyndhurst L.C., in *R. v. Millis* (1844), 10 Cl. & Fin. 534 at p. 860, who suggested that because at the Reformation marriage ceased to be regarded as a sacrament, it then became possible for the ceremony to be celebrated by a deacon.

<sup>(65)</sup> *Per* Lord Blackburn in *Mackonochie v. Lord Penzance* (1881), 6 App. Cas. 424, at p. 446.

<sup>(66)</sup> *Per* Dr. Lushington in *Westerton v. Liddell* (1855), Moore's Special Rept., quoted *Ridsdale v. Clifton* (1877), 2 P.D. 276, at p. 331.

post-Reformation Church of England no longer exists. It is certainly clear that a rule of the ancient canon law, even if it survived the Reformation, will be destroyed by subsequent inconsistent legislation.

*Statute.*

Parliamentary statute became a most important source of English ecclesiastical law. In some cases, particularly in the days shortly after the Reformation, Parliament might be seen to have reiterated certain rules of the old canon law in statutory form so as to make them binding as statute law. The Statute 5 & 6 Edw. VI, c. 4 to suppress disturbances in churches is a good example of this, for it created no new offence, but the old canon law was given statutory teeth to deal with a real and pressing situation. Where this occurred, therefore, such laws, though based on pre-Reformation canon law, ceased to be enforceable as such, and were enforceable and capable of interpretation as any other piece of parliamentary legislation, the old canon law being subsumed within the statutory form.

But perhaps the greatest significance of the statute in the area of ecclesiastical law emerged when royal supremacy became transformed into parliamentary supremacy and acts of Parliament became the means whereby the ecclesiastical laws were altered in the same way as alterations were effected in the temporal laws of the country <sup>(67)</sup>.

A statute might totally destroy an ecclesiastical jurisdiction by transferring the sole cognizance of certain causes to the temporal courts. Examples of such legislation may be seen in the abolition of the benefit of clergy <sup>(68)</sup>; the removal of all jurisdiction over wills from the ecclesiastical courts <sup>(69)</sup>; the transfer to the temporal courts the jurisdiction over questions relating to marriage, i.e. as to validity, legitimacy of issue, divorce, etc. <sup>(70)</sup>; the abolition of the payment of tithes <sup>(71)</sup>, etc. But a statute which does not go so far as

---

<sup>(67)</sup> E.G. MOORE, *Introduction to English Canon Law*, Oxford, 1967, p. 7.

<sup>(68)</sup> Criminal Justice Act, 1827, 7 & 8 Geo. IV, c. 28, s. 6.

<sup>(69)</sup> Probate Act, 1857, 20 & 21 Vict. c. 77.

<sup>(70)</sup> Matrimonial Causes Act, 1857, 20 & 21 Vict. c. 85.

<sup>(71)</sup> Tithe Act, 1936, 26 Geo V & Edw. VIII, c. 43.

to remove jurisdiction wholly out of the cognizance of the ecclesiastical courts might nevertheless prescribe rules and procedures which supersede those hitherto observed in those courts, for example the procedures for the discipline of clergy first introduced by the Church Discipline Act of 1840<sup>(72)</sup>.

In practice the formulation of legislation directly concerning spiritual matters is now delegated to the General Synod of the Church of England. By virtue of the Church of England Assembly (Powers) Act, 1919, the General Synod is authorised to pass measures which after having been accepted by Parliament and having received the royal assent, possess the same force as an act of Parliament.

It is therefore always possible for new laws to be made and old laws rendered ineffectual by statute and legislative measures of the Church of England, including any of the former pre-Reformation canon law inconsistent with such legislation.

### *Custom.*

The determination of any question as to the existence of a custom is generally for the temporal courts to determine<sup>(73)</sup>, as the period of user sufficient to found a custom in the ecclesiastical courts is only forty years<sup>(74)</sup> as opposed to the requirement of time immemorial<sup>(75)</sup> in the temporal courts. At common law, a customary right once established can be extinguished only by act of Parliament, and never by mere disuse<sup>(76)</sup>.

But a custom concerning a purely ecclesiastical duty which is wholly an ecclesiastical matter may be tried in the spiritual

(72) 3 & 4 Vict. c. 86.

(73) *Luch's Case* (1618), Hob. 247; *Anon. Case* (1624), Lat. 48; *Pollard v. Awker* (1699), 12 Mod. 260; *Churchwardens of Market Bosworth v. Rector of Market Bosworth* (1699), 1 Ld. Raym. 435; *Jones v. Stone* (1700), 1 Ld. Raym. 578, Holt. K.B. 596, 2 Salk. 550; *R. v. Reeves* (1734), Kcl. W. 196; *Rhodes v. Oliver* (1836), 2 Har. & W. 38; *Dolby v. Remington* (1846), 9 Q.B. 179; *Davey v. Hinde* [1901] P. 95, at p. 124.

(74) COKE, *Institutes of the Lawes of England*, London, ed. 1642, pt. ii, 649, 653; *Saunderson v. Clagget* (1721), 1 P. Wms. 657, at p. 663. See also fn. 37, *supra*.

(75) i.e. from the year 1189.

(76) *Scales v. Key* (1840), 11 Ad. & El. 819; *Hamerton v. Honey* (1876), 24 W.R. 603; *Wylde v. Silver* [1963] Ch. 243; *New Windsor Corporation v. Mellor* [1974] 2 All E.R. 510, *per Foster J.* at p. 518.

courts<sup>(77)</sup>, and the different criteria of the ecclesiastical law can be applied there.

One such difference is that an ecclesiastical custom can grow up which is capable of overruling a pre-existing ecclesiastical custom. This is, of course, only possible because of the shorter period necessary to found a custom in ecclesiastical law, for in the temporal courts no contrary custom could come into existence subsequent to another custom as both customs would have to have been in existence from the same time, namely from time immemorial<sup>(78)</sup>. As English customary ecclesiastical law, therefore, a rule of pre-Reformation canon law might always be obviated by a later ecclesiastical custom to the contrary. So, in *Archdeacon of Exeter v. Green*<sup>(79)</sup> which concerned the customary right to receive procurations on an ecclesiastical visitation, the Chancellor, Sir Charles Chadwyck-Healey, stated that: « The question is whether a custom has grown up which supersedes the ancient rule »<sup>(80)</sup>.

The question may be raised, however, as to how far such a rule of the ancient canon law which was observed at the time of the Reformation, may subsequently be abrogated by *non-user*.

The matter was considered by the House of Lords in the case of *Bishop of Exeter v. Marshall*<sup>(81)</sup> where the point at issue was whether a clerk in holy orders on being presented to a living in another diocese was obliged to produce letters testimonial and commendatory from his former bishop. Although there evidently had been a rule of the ancient canon law that such letters were required, Lord Westbury rejected the contention that such letters were still required<sup>(82)</sup>:

« If it had been pleaded and proved that this alleged old rule and usage had been received, observed, and acted upon in the Church of *England* since the Reformation, it is possible that it might have been shown that this particular kind of testimonial was, by law, an essential criterion of the

---

<sup>(77)</sup> *Saunderson v. Clagget*, 1 P. Wms. 657, at pp. 662-3, 1 Stra. 421, at p. 422; *R. v. Dean & Chapter of Hereford* (1897), 13 T.L.R. 374.

<sup>(78)</sup> See n. 75 above.

<sup>(79)</sup> [1913] P. 21.

<sup>(80)</sup> At p. 31.

<sup>(81)</sup> (1868) L.R. 3 H.L. 17.

<sup>(82)</sup> *Ibid.*, at pp. 53, 54-5.



moral idoneity of the clerk ... At the same time, if such a rule had been pleaded by the bishop to have been the invariable usage of the church from the earliest times down to the Reformation (which would be evidence of its being a law of the Church), and that it had been continued and uniformly recognised and acted upon by the bishops of the Anglican Church since the Reformation (which might have shewn it to have been received and adopted as part of the law ecclesiastical recognised by the common law), the fitness of the rule ought not to be questioned ».

This case is not without its difficulties. Lord Westbury appears to have confused the requirement of reception and approbation described by Coke in *Caudrey's Case* with regard to the canon law prior to the Reformation<sup>(83)</sup> with some sort of need to show continued acceptance and usage as evidence of a rule of the canon law having been received and adopted as a part of the ecclesiastical law of the Church of England. As it stands, however, the suggestion here is that even if it is established that a rule of pre-Reformation canon law at the time of the Reformation was received and accepted so as to have become English customary law, it must further be proved that the rule continued to be « uniformly recognised and acted upon » in the Church of England since the Reformation, and has not been permitted to fall into disuse.

The non-observance of a custom if reasonable and deliberately undertaken in opposition to the custom will indeed have the effect of abrogating that custom<sup>(84)</sup>. But this contrary custom, even though negative in nature, must be more than mere neglect, for neglect can never found a custom<sup>(85)</sup>.

---

<sup>(83)</sup> See above.

<sup>(84)</sup> *Report of the Archbishops' Commission on Canon Law*, pp. 64-5, quoting from SUAREZ, *De Legibus ac Deo Legislatore*, 1612, VII, c. xviii, 7, as trans. in *Selections from Three Works of Francisco Suarez, S.J.* (Oxford, 1944), II, pp. 593, 594.

<sup>(85)</sup> *Ibid.* Thus Grosseteste writes in his *Epistolae (Roberti Grosseteste Episcopi quondam Lincolnensis Epistolae)*, ed. H.R. Luard (Rolls Series, 25), 1861), ep. no. cxxvii, p. 421: « Consuetudo enim negatio non est, neque privatio, neque negligentia, sed consuetudo est legitimae seu licitae actionis frequentatio... Et si quis pertinaciter vellet contendere negationes, privationes, omissiones, et negligentias sub nomine consuetudinis comprehendi, nullo tamen modo posset praedictas negationes convincere esse consuetudines, sed corruptelas ».



Thus, while it is accepted that a rule of the pre-reformation as English customary ecclesiastical law can be abrogated by a custom to the contrary, the grounds for supposing that where it can be proved that an ancient rule of canon law did become a rule of English customary law at the time of the Reformation, the onus of proof remains with the party who seeks to rely on the custom to establish that the custom has continued to be uniformly observed to the present time are somewhat dubious. Nor is it persuasive that this may incur the Court in practical difficulties, for the practicalities of establishing the existence of a custom at the time of the Reformation are no different from those experienced by a common-law court which considers itself bound by a custom once it is proved to have existed from time immemorial irrespective of whether that custom has been continually observed thereafter<sup>(86)</sup>.

Nevertheless, although the reasoning of *Bishop of Exeter v. Marshall* may be open to criticism, as a House of Lords decision, it will continue to be binding on the lower courts, and it would seem unlikely that there will be much pressure to change the approach requiring the continued existence of pre-Reformation canon law as formulated there. It has therefore been followed in later cases<sup>(87)</sup>. It ought to be recognised, however, that to allow a rule of common law to be abrogated by mere non-user is not in accordance with either the general common law nor with the requirements of ecclesiastical law as understood prior to this case.

#### *Canons of the Church of England.*

The failure of the Church of England to produce an authorised body of canons shortly after the Reformation, was a deficiency which was keenly felt within the Church. In 1603, therefore, the Convocations of Canterbury and York drew up a body of Canons in an attempt to create a systematised collection of regulations by which many important aspects of Church government and the spiritual life of the Church and its members might be directed. These Canons of 1603 came to be a most important source of new law for the Church of England. It is worth noting, that even these canons were not entirely free of all influences of the ancient canon

---

<sup>(86)</sup> See note 76 above.

<sup>(87)</sup> See *Re St. Mary's Westwell* [1968] 1 All E.R. 631, at p. 633.

law, for in a considerable number of instances the canons were content to rely substantially on the law as it had existed before the Reformation<sup>(88)</sup>.

The Canons of 1603 have now been replaced by a new body of canons made in 1964 and 1969, and published in 1969 as the *Canons of the Church of England*. There have been several amendments to the original canons, and a fifth edition has recently been published.

At one time it was a matter of considerable controversy how far the Canons of 1603 (and therefore the modern *Canons of the Church of England* also) were binding on the laity. The question was finally settled by Lord Hardwicke in his oft cited judgment in the case of *Middleton v. Crofts*<sup>(89)</sup>.

« We are all of opinion that the canons of 1603, not having been conferred by parliament, do not proprio vigore bind the laity; I say proprio vigore by their own force and authority; for there are many provisions contained in these canons, which are declaratory of the ancient usage and law of the Church of England, received and allowed here, which, in that respect, and by virtue of such ancient allowance, will bind the laity; but that is an obligation antecedent to, and not arising from, this body of canons »<sup>(90)</sup>.

These statements concerning the Canons 1603 are equally applicable to the modern *Canons of the Church of England*. Their authority extends only to the internal administration of the Church of England and to those spiritual persons who hold office therein, so that the laity are not bound by them. But it should be noted that where the canons are merely declaratory of the ancient canon law, Lord Hardwicke makes it clear that the laity remain bound by that law as English customary law.

---

<sup>(88)</sup> e.g. canon 21 (communion to be received at least three times a year), *Decretum Grat.*, D. 2 de cons., cc. 16, 19; canons 31 & 32 (ordination of priests and deacons), *Extra*, 1, 11, cc. 3, 13, 15, *ibid.*, 1, 23, 9, *Decretum Grat.*, D. 59, c. 2; canon 47 (non-resident incumbent to provide a curate), *Extra*, 3, 5, 30 (Fourth Lateran Council, 1215, c. 32); canon 74 (clerical dress), *Extra*, 3, 1, 15 (Fourth Lateran Council, c. 16); canon 86 (parochial visitations), *Extra*, 1, 23, cc. 1, 3; etc.

<sup>(89)</sup> (1736), 2 Atk. 650, Str. Rep. 1056.

<sup>(90)</sup> 2 Atk., at p. 653.

Where, however, a canon purports to introduce new law or to change the law, it might be said that as a general rule a new canon per se cannot have any effect if it is contrary to the general law of the land, whether statutory or common law<sup>(91)</sup>. Thus the Canons of the Church of England cannot take away a custom cognizable in the temporal courts, e.g. concerning the appointment of churchwardens<sup>(92)</sup>. But this is not so where the custom is a purely an ecclesiastical one enshrining a rule of pre-Reformation canon law, and it appears to have been recognised as accepted practice from a very early date that such English canons might change the received canon law<sup>(93)</sup>.

#### CONCLUSION.

It may thus be appreciated that the Ecclesiastical Law in England is founded on the pre-Reformation canon law of the Roman Catholic Church which applied in England subject to local custom and usage. At the Reformation, large portions of the *ius commune* were swept away, but not all. Subsequently, as the Church of England developed its own distinct identity, new laws have been introduced by Parliamentary statute and General Synod measure, which, where inconsistent with the former rules of ancient canon law, have repealed them. The Canons of the Church of England by virtue of their own authority also have the effect of obviating any incompatible rule of the pre-Reformation canon law concerning the internal administration of the Church or the regulation of ecclesiastical persons and officials, and may also evidence a contrary practice and custom by which an ancient rule of the canon law might be seen to have been superseded. Moreover, in order to remain binding, it would seem that the old rule of the canon law must be shown still to be observed and followed, otherwise it will be regarded as having fallen into desuetude and be no longer enforceable. Some parts of the old canon law are of course still maintained within the Canons of the Church of England, but then

<sup>(91)</sup> MOORE, *Canon Law*, p. 6.

<sup>(92)</sup> *Anon. Case* (1606), Noy 139; *Butt's Case* (n.d.), Noy 31; *Warner's Case* (1619), Cro. Jac. 532; *Evelin's Case* (1639), Cro. Car. 551, Jones W. 439; *Anon.* (1675), 1 Vent. 267; ROLLE, *Un Abridgment des plusieurs Cases et Resolutions del Common Ley*, London, 1668, II, Prerogative le Roy (L), para. 1, p. 234.

<sup>(93)</sup> See HELMHOLZ, *Reformation Canon Law*, p. 170.

their validity is derived from the authority of the Canons themselves. The ancient canon law unsustained as a rule of statute or canon, has therefore become a relatively small part of English ecclesiastical law<sup>(94)</sup>, and continues to be susceptible to further diminution by virtue of non-observance, contrary practice, and legislative change. Nevertheless, though the form may have changed, the jurisprudence of the modern Church of England still finds much of its inspiration in the ancient canon law of the pre-Reformation Catholic Church. And where particular rules of the pre-Reformation canon law which had authority in the English Church have survived the Reformation, while remaining unaltered by legislation or contrary custom continue to be observed and practised, then they still have authority today as a part of English ecclesiastical law<sup>(95)</sup>.

---

(94) Much of the law and practice of ecclesiastical visitation, for example, remains intact, though even here the basic legal requirements for visitations are set out in the Canons of the Church of England.

(95) *Martin v. Mackonochie* (1868), L.R. 2 A. & E. 116, at p. 153.

Pagina bianca

II. *Studi sul diritto  
canonico di famiglia*



Pagina bianca

PEDRO JUAN VILADRICH

LA FAMIGLIA « SOVRANA » (\*)

1. Un'intima convergenza tra i diritti dell'uomo e quelli della famiglia. — 2. La famiglia è un soggetto sociale. Ma quale famiglia? — 3. L'agonia dell'« unione » legale: la crisi d'identità del matrimonio. — 4. Cosa significa sposarsi? — 5. L'amore indissolubilmente fedele e fecondo come comune identità sancita dalla legge. — 6. La sovranità coniugale. — 7. La sovranità della famiglia: una bomba ad orologeria.

1. *Un'intima convergenza tra i diritti dell'uomo e quelli della famiglia.*

Inizierei sottolineando il parallelismo con l'uomo. Che attende, innanzitutto, l'essere umano (la famiglia) dalla società? La risposta è la stessa: il riconoscimento della sua identità e la sua accettazione come soggetto sociale. Questa convergenza tra il destino dell'essere umano e quello della famiglia è presente, in modo esplicito, già nelle prime righe della Lettera alle Famiglie: *il cammino dell'umanità e quello della Chiesa passano attraverso l'uomo e la famiglia*. Questa convergenza tra l'essere umano e la famiglia mostra l'intimo vincolo esistente tra i diritti dell'uomo e quelli della famiglia. La ragione è la seguente: l'uomo non è un individuo isolato, ma una persona, vale a dire un essere la cui identità si forma mediante l'instaurazione di rapporti specifici di solidarietà con le altre persone. Non serve quindi riconoscere all'uomo i suoi diritti fondamentali se lo si concepisce come un individuo isolato, poiché questo individualismo lo sminuisce e così facendo s'impoverisce lo stesso riconoscimento dei suoi diritti fondamentali. La verità dell'uomo, in quanto personale, è che, prima che cittadino, egli è un membro di una famiglia (figlio, fratello, padre o sposo), ossia un'identità articolata nel rapporto, un co-essere.

---

(\*) Pubblicato su *L'Osservatore Romano* del 15 giugno 1994, p. 5.

Arriviamo così a una prima conclusione: il destino di una società futura, più profondamente umanizzata, dipendente dal riconoscimento e dalla tutela *coincidenti* dei diritti umani e dei diritti della famiglia. Questo riconoscimento esige un *programma politico e giuridico unitario che esprima questa articolazione primaria* — il nesso tra la verità dell'uomo e la verità della famiglia — della realtà sociale umana.

## 2. *La famiglia è un soggetto sociale. Ma quale famiglia?*

La seconda questione che vale la pena esaminare è la *sequenza* che esiste tra il *riconoscimento dell'identità* della famiglia e la sua *accettazione come soggetto sociale*. Sebbene questa sequenza racchiuda un'enorme ricchezza di sfumature, mi limiterò ora a sottolineare due particolarmente importanti.

La prima si riferisce all'*accettazione*. In effetti, il riconoscimento della verità della famiglia comporta, come prima conseguenza della coerenza politico-giuridica, l'accettazione delle esigenze di giustizia che tale identità contiene in sé. Detto in altre parole, al centro dell'identità della famiglia vi è uno straordinario tipo di nucleo che, tra le altre cose, ha bisogno di esprimersi in termini di *soggetto sociale essenziale* per l'articolazione di una società veramente umana.

Quale è il segreto di questo straordinario nucleo, lo diremo più avanti. Per ora conviene continuare l'esame della sequenza contenuta in tale nucleo.

Dire che la famiglia ha natura di soggetto sociale primordiale significa affermare che è titolare di *diritti fondamentali propri*. Tuttavia, se la sua natura di soggetto sociale e il suo patrimonio di diritti sono innati (non le sono concessi dallo Stato, né da qualche altra autorità), allora significa che questi hanno un fondamento proprio, autonomo, di *potere...* Non implica alcuna metafora l'utilizzazione di questo termine così forte. *Potere autentico, in stato chimicamente puro*. È questa, nel cuore dell'identità della famiglia, una dimensione specifica del potere, un'autentica bomba a orologeria destinata a rivoluzionare molte cose, una dimensione di potere alla quale Giovanni Paolo II allude, nello stesso paragrafo n. 17 della Lettera alle Famiglie, mediante una formula forte e suggestiva: *sovranità della famiglia*.

Il secondo aspetto si riferisce al *riconoscimento* e, come vedremo subito, esso risulta molto compromesso. Si tratta di riconoscere la famiglia nella sua identità, ma — consistentemi l'enfasi — *nella sua ve-*

*ra identità*. Pertanto non tutte le convivenze che di fatto si producono in una società sono la verità della famiglia. Non tutte queste convivenze contengono la verità della famiglia. Non tutte queste convivenze, di conseguenza, possiedono di fatto una natura di soggetto sociale e un nucleo di diritti fondamentali specificatamente e propriamente familiari. Non tutte queste convivenze possiedono di fatto *sovranità*, ossia il potere e il diritto di articolare l'intera società con effetti umanizzanti. Inoltre, se ciò che non è la verità della famiglia è riconosciuto come vera famiglia, l'identità della famiglia diminuisce, sfuma, si diluisce, e alla fine di perde e si corrompe. In queste perdite della verità della famiglia non vi è sovranità. Non si può articolare su di esse una società umanizzata e, permettendo loro di esistere, una società non ottiene, sfortunatamente, altra cosa che una disarticolazione disumanizzante delle persone concrete e dell'intero gruppo.

Questo secondo aspetto — si tratta di riconoscere la vera identità della famiglia e non di una qualsiasi convivenza di fatto — presuppone che la *forza* della sequenza tra l'identità della famiglia, la sua natura di soggetto sociale, la titolarità dei suoi diritti fondamentali e infine, la sovranità specifica della famiglia, radichi nella forza di un'altra sequenza, ossia *dell'indissolubilità reale tra matrimonio e famiglia* come struttura interna dell'identità dell'autentica famiglia, l'unica che, pertanto, possiede sovranità.

È questa la struttura nucleare: la sovranità della famiglia si radica, in ultima istanza, nel suo fondamento matrimoniale. Ebbene, la vera identità del matrimonio — non di una qualsiasi unione di fatto — si fonda sull'*unione coniugale*: quell'atto di autocostruzione tra un uomo e una donna, mediante il potere sovrano delle loro volontà personali, di una comunione d'amore e di vita, indissolubilmente fedele e feconda. Il matrimonio — questa comunione d'amore e di vita tra gli sposi — rappresenta da un lato il momento costitutivo e dall'altro il nucleo interno permanente dell'identità della famiglia. Nell'unione matrimoniale tra un uomo e una donna, e solo in tale unione, vi è un peculiare e imponente fenomeno di potere sovrano.

In questo momento culturale, che a volte sembra preferire la luce al neon a quella solare, possono apparire ambigualmente scomode, sebbene affascinanti, due conclusioni inusitatamente forti. Prima conclusione: al riconoscimento dell'identità della famiglia e all'accettazione della sua natura di soggetto sociale va unito — come indica chiaramente Giovanni Paolo II nel paragrafo n. 17 della Lettera alle

Famiglie — il *fondamento matrimoniale* della famiglia. Seconda conclusione: solo la famiglia, *fondata sul matrimonio*, racchiude un potere sovrano proprio e specifico, ossia un patrimonio innato di diritti fondamentali e un potere reale di rendere la persona concreta e l'intera società più umane. Tuttavia, qualunque sia la nostra reazione dinnanzi a queste due proposte, la luce chiara e diretta — quasi acccecante — del loro contenuto suscita in modo quasi brutale la curiosità circa il ministero e il potere che si celano dietro l'*unione coniugale...* questo scambio di semplici e intime parole che si verifica tutti i giorni anche per coloro che sono privi di potere e di gloria.

Temo che l'unione coniugale, il matrimonio, le nozze, il consenso matrimoniale, l'iter reale dell'unione tra un uomo e una donna siano oggi, nelle società più avanzate, una delle tante verità andate perse e sostituite da opinioni superficiali. Cosa è l'unione coniugale? In che modo il suo potere è *sovrano*? Il lettore mi darà il permesso di fare insieme con lui un breve viaggio nella selva dell'amore e del diritto.

### 3. *L'agonia dell'« unione » legale: la crisi d'identità del matrimonio.*

È molto diffusa la convinzione che l'unica differenza esistente tra la semplice unione di fatto e il matrimonio consista nel fatto che il matrimonio viene celebrato secondo le norme prescritte dalle leggi vigenti e viene iscritto nei registri ufficiali, mentre tutta questa cerimonia legale è assente nelle unioni informali. In entrambi i casi, tuttavia, non vi sarebbero differenze sostanziali nella natura dei rapporti « coniugali ». La differenza starebbe nel rito civile da una parte, e nella corrispondente iscrizione nel registro dell'altra. Il primo caso — l'unione informale o di fatto — sarebbe escluso dal Diritto per mancanza di riconoscimento legale, mentre il secondo sarebbe « matrimonio » proprio perché la sua celebrazione formale lo trasformerebbe in realtà legale e ufficiale. Il matrimonio quindi sarebbe la forma legale di « fare le cose » tra un uomo e una donna e le altre sarebbero forme non riconosciute dalla legge. Insomma, il matrimonio consisterebbe nella vita coniugale in quanto « formalmente legalizzata ».

Da questa ottica, è normale che tante persone abbiano la tendenza a pensare che chi « le sposi » è il parroco, o il giudice o, in ogni caso, il Diritto. E che questi stessi, se è necessario, sono quelli che « li separino ». Il matrimonio quindi cessa di essere una realtà

interpersonale e naturale tra i due contraenti per diventare una mera documentazione legale, formale e burocratica.

Questo fenomeno di « svuotamento » del matrimonio, comune nel panorama giuridico attuale, è particolarmente evidente nei sistemi divorzisti. In effetti, quanto più un sistema legale ammette il divorzio, tanto meno interesse riveste, per i contraenti e per lo stesso legislatore, l'assicurarsi che il « sì » o consenso sia stato realmente pieno e totale. La ragione di ciò risiede nel fatto che il sistema giuridico non esige da questo « sì » la creazione di una comune e reale identità biografica. Il mio nome — la mia identità con te — è quella di sposo: « sono colui che, uomo o donna, ti appartiene ». E tale comune identità biografica non si può instaurare se il sistema giuridico o lo stesso soggetto ammettono, come parte sostanziale del proprio « sì », la sua relatività e la sua dipendenza dal tempo e dalla convenienza.

Quando ciò avviene, quando il « dissenso » verso il matrimonio, mediante il divorzio, diviene parte essenziale dello scenario in cui ha luogo e si colloca l'iniziale « consenso », allora un « oggi sono il tuo uomo, ma domani deciderò di nuovo... » è un « sono » del momento, *for the time being*, all'interno del quale è implicito il diritto a non esserlo. Ed essere un'identità relativa *for the time being* — ad esempio: « sono il tuo uomo, tuo padre, tuo figlio, tuo fratello » —, il che implica il fatto di cessare di esserlo, è ... un essere di minore importanza, un'apparenza, significa non essere realmente. Essere « apparenza », assumersi un ruolo senza essere identità reale, porta alla spaventosa e drammatica contraddizione di questo tipo di rapporti che, pur avendo il potere di essere reali identità di vita comune, generano tuttavia solitudini interiori, perché si sono instaurati partendo dal convincimento che la loro eventuale dissoluzione sia parte costitutiva o « naturale » della loro creazione e, pertanto, siano solo forme superficiali delle vere identità interpersonali, miraggi dell'autentica comunione.

In un sistema divorzista tutto ciò porta a tre grandi disarticolazioni:

a) da un lato, questo sistema favorisce una progressiva trivializzazione del « sì » o consenso (è poco reale un'identità — sposo o sposa — che ha origine in un « sì » che si può ritrattare);

b) dall'altro lato, aumenta il convincimento che « sposarsi » è un atto di conformismo sociale, un « passare per lo sportello burocratico della legge » per ottenere un mero documento o « incartamen-



to » che sta e pertanto agisce al di fuori del soggetto, che non modifica in modo reale e profondo;

c) infine l'ambiguità: questo sistema finisce con l'attribuire il termine « matrimonio » in modo indiscriminato a un insieme di unioni molto diverse e contraddittorie, che hanno poco a che vedere con il reale significato naturale dell'unione legale.

Ne consegue che il significato naturale del matrimonio sfuma, mentre il nome « puramente formale e legale » del matrimonio viene attribuito a una serie di formule sessuali il cui unico denominatore comune risiede nel fatto che le parti sono iscritte nel registro legale e che pertanto hanno dei « documenti ». Dato che il contenuto reale di queste unioni è molto diverso e contraddittorio, e il loro unico punto in comune è la formalità di « passare attraverso la cerimonia nuziale e il registro legale », il matrimonio viene ridotto a una parola che indica solo una « formalità legale convenzionale », priva di contenuto preciso, concreto e delimitato. Questa è una delle cause della scomparsa di una definizione inequivocabile di matrimonio e, con essa, di una definizione di famiglia negli attuali sistemi giuridici civili. Questo stato di cose l'ho denominato *agonia del matrimonio legale*.

#### 4. Cosa significa sposarsi?

Per comprendere bene l'unione coniugale è necessario inquadrarla in uno scenario più reale rispetto a quel povero panorama creato sia dall'individualismo non solidale sia dal formalismo positivista del Diritto dello Stato, all'interno del quale l'« individuo » attende di essere « sposato o separato » dal potere sovrano dello Stato. Diamo uno sguardo allo scenario naturale dell'unione coniugale che non è altro che il processo amoroso della sovrana persona umana.

L'invito fondamentale dell'amore tra un uomo e una donna è quello di stare l'uno con l'altro, insieme. Si suole chiamare questa tendenza: dinamica dell'amore verso l'unione. Tuttavia tale unione ha diversi gradi d'intensità. Sentire il desiderio dell'unione, da un lato, e creare tale unione, come identità biografica, sono momenti molto diversi nello svolgimento di qualsiasi storia sentimentale. È necessario quindi distinguere questa *decisione costitutiva dell'unione coniugale* da tutti gli atti d'amore precedenti e successivi che ci sono stati o che ci saranno tra due persone che si amano. Gli innamorati, nella stessa misura in cui si amano, sentono l'invito a stare insieme,

a vivere insieme come espressione di un nuovo modo di essere: cessare di essere due e trasformarsi in « un unico noi ». Tuttavia desiderare ed essere non sono la stessa cosa. Questa nuova identità — essere sposi — non consiste nel mero « fatto » di vivere insieme.

Solo quando, mediante un atto *nuovo* delle loro volontà (un consenso), dopo aver riflettuto e in totale libertà, i due innamorati *decidono* che esiste quell'unione così profonda e completa a cui li invita il loro amore, tale unione viene stabilita. Questa *decisione costitutiva* — di per sé nuova, originale e irripetibile — non è tanto un altro dei modi passati o futuri di amarsi, quanto un *volere amarsi*. È un impegno di amore che rende impegnativo l'amore. Gli amanti sono coloro che si amano, gli sposi sono coloro che inoltre s'impegnano ad amarsi come modo di essere, come comune identità biografica. Questi ultimi hanno costituito « l'amarsi » nella loro definitiva comune identità di vita o unità biografica. L'« identità » è *essere* e l'essere richiede giustamente un *nome proprio*: « *sono sposo* ». Al contrario, dietro il semplice *fatto* di vivere insieme non vi è necessariamente l'*essere*, ma un semplice accadere o un'*apparenza*.

Forse è opportuno ricordare che l'amore tra un uomo e una donna, alla sua origine o nascita, è un dono *gratuito*. Ciò vuol dire che l'amore tra un uomo e una donna è un regalo. Qualcosa che può essere nato per svariatissime cause, ma non perché era *dovuto*. In principio quindi amare è qualcosa che non si deve, che si dà *gratis*. In questo senso si può dire in tutta sicurezza che è proprio dell'amore essere una libertà, un atto libero e gratuito, un dono o regalo. Mai un debito.

Ebbene, l'introduzione della gratuità dell'amore nel sistema della giustizia — questa dimensione tremendamente reale, della solidarietà tra gli uomini — è ora il nuovo elemento che ci consente di approfondire l'esame dei passi che trasformano l'amore — sempre attraverso una decisione volontaria — dal semplice fatto di nascere fino al livello di essere comune e reale identità biografica, dal mero accadere tra un uomo e una donna fino all'organizzarsi in una comunione di amore reciproco sancita dalla legge, o matrimonio. Quale trasformazione ha avuto luogo? Quali sono le fasi di questa trasformazione?

##### 5. *L'amore indissolubilmente fedele e fecondo come comune identità sancita dalla legge.*

La prima fase ci rimanda al profondo significato della sessualità umana. La mascolinità e la femminilità, come i due modi diversi e

complementari di essere ugualmente corpo umano, esprimono il primo livello di legame sponsale della persona umana. Questa, essendo padrona di se stessa, può — potere sovrano — *darsi realmente* a un'altra persona e *accettare in sé* un'altra persona, costituendosi in una *reciproca appartenenza come un modo reale di co-essere*, come comune identità biografica. Questo potere risiede solo nel rapporto di complementarietà che s'instaura tra la mascolinità e la femminilità umane. Ed esiste realmente — come potere di essere intima comunione — tra l'uomo e la donna. Non esiste nei surrogati, nelle alternative, nelle finzioni o di disfunzioni di tale rapporto. La mascolinità e la femminilità sono, tra di loro, la prima espressione del dono-accettazione proprio della condizione di persona dell'essere umano. Si tratta di un autentico potere sovrano di trasformarsi in essere-con o con-essere (identità comune: un unico noi) dal dualismo individuale iniziale.

La seconda fase ci rivela la sovranità dell'unione coniugale. L'uomo e la donna all'inizio, sono padroni di se stessi. La mascolinità e la femminilità appartengono solo ad essi in quanto uomo e in quanto donna. Nessuno li obbliga a donarsi, nessuno può donarsi loro veramente. Solo essi sono padroni di se stessi. Per questo la decisione di sposarsi — di unirsi in reciproca appartenenza — è libera. Per questo la decisione di donarsi e di accettarsi è per sua natura un autentico dono gratuito. Nessuna potestà o sovranità umana ha il potere di unirli come sposi. Questo potere di unirsi fra di loro come comunione intima di vita e di amore appartiene, in senso stretto, solo a loro.

Arriviamo così alla terza fase dello sviluppo coniugale. La verità del matrimonio — non la sua apparenza — consiste precisamente in quella comune decisione, che è un autentico atto comune di sovranità di un uomo e di una donna su se stessi, mediante la quale decidono di trasformare la gratuità originaria del loro amore (l'invito, la tendenza, il desiderio, il fatto di stare insieme) in vincolo di giustizia, in pegno d'amore fra di loro, come nuovo modo di co-essere. A partire da questa fase costitutiva, la sposa possiede l'uomo come prima possedeva la sua femminilità, e lo sposo possiede la donna come prima possedeva la sua mascolinità. Questo è il nucleo dell'autentica unione coniugale, ossia mediante il famoso « sì » le due persone cessano di essere gli unici padroni di se stesse per unirsi in possesso e appartenenza reciproci come nuova identità comune (sposi). L'amore fedele e fecondo si è trasformato in vincolo della loro identità comu-

ne e, per questo, in debito di giustizia fra di loro. *Il fatto di amarsi è diventato diritto: questo è il vincolo giuridico coniugale.*

Ne consegue che la comprensione autentica dell'unione coniugale porta a non concepire il famoso « sì nuziale » solo dal punto di vista dell'esclusiva attenzione alla libertà — mancanza di coazione — con cui due persone decidono di vivere insieme. Quando nonostante questo « sì », pronunciato liberamente, ognuno continua però ad appartenere solo a se stesso, ossia mantiene gelosamente la sovranità su se stesso e di conseguenza accetta il fatto di convivere solo quando gli conviene e lo soddisfa, allora manca la verità dell'unione coniugale.

Se non vi sono donatività e accettazione, come pegno reciproco di vita in comune, non vi sono donatività e accettazione reali; di conseguenza non si supera il livello di *mero fatto* dei rapporti fra i sessi, e ciò avviene perché senza donatività e accettazione reciproche, come autentico debito in giustizia, in realtà ognuno continua ad appartenere solo a se stesso, continua ad essere un'identità che riserva solo a se stessa la sua vita.

Di conseguenza possiamo concludere che gli amanti sono l'uomo e la donna per i quali l'amore è un dono gratuito che resta nell'ordine della gratuità. Gli sposi, invece, sono coloro che, amandosi e esercitando una sovranità su se stessi, hanno deciso di unirsi in appartenenza reciproca, di doversi dare amore, istituendo questo debito per la vita come il vincolo che articola la loro identità o nome comuni (sposi). Dato che si sono donati e accettati realmente, si sono dati l'uno all'altro, si sono trasformati nel « mio » di ognuno o, più precisamente, in un « unico noi », in una identità comune reciprocamente dovuta. Questa identità comune, in quanto vincolo dovuto, è il nuovo modo di essere: sposi. E sposi sono semplicemente *coloro che devono l'uno all'altro la comunione di vita e di amore*. E questo vincolo giuridico (fonte di reciproci diritti e doveri) è quello che crea tra di loro un modo preciso di essere, di amarsi, di convivere e di procreare: quello coniugale.

## 6. *La sovranità coniugale.*

Sono certo che il lettore ha percepito la linea di demarcazione fra l'unione di fatto e quella di diritto, fra gli amanti e gli sposi. Dopo che si è istituita l'unione coniugale, l'amore e il convivere sessualmente che prima erano un mero fatto, si trasformano in un istituzio-

ne o comunità sancita dalla legge la quale esprime con una moltitudine di atti e comportamenti della vita intima quotidiana (l'ordine dell'operare), il vincolo coniugale di base (l'ordine dell'essere). E ciò è avvenuto solo ed esclusivamente in virtù di uno straordinario potere sovrano detenuto da ogni uomo e da ogni donna che li rende capaci di costituirsi in quella istituzione — la comunità coniugale come modo di co-essere —, che è la prima e fondamentale forma di società umana. Nessun potere umano può imporre questa trasformazione. E nessun potere umano può proibirla, ignorarla, alterarla o sostituirla con un surrogato o un artificio culturale...

In tal modo, quindi, nell'«umile» interiorità dell'unione coniugale, accessibile a qualsiasi persona sprovvista di potere e di gloria «umane», si annida una straordinaria, specifica ed esclusiva *potestà sovrana*: il potere di generare diritto. Meglio ancora, il potere di generare il primo dei vincoli giuridici. Un autentico potere istituzionale: un potere capace di porre in essere vincoli giuridici reali che articolino la realizzazione sociale delle persone umane. In poche parole, la sovranità di creare la prima e fondamentale istituzione sociale umana, ossia il matrimonio.

Questa potestà sovrana ha come unici titolari l'uomo e la donna. Tale potestà sovrana è l'unica capace di generare la prima di tutte le istituzioni giuridiche e sociali: la famiglia fondata sul matrimonio. E questa potestà sovrana di istituire il matrimonio e, mediante esso, la famiglia, come articolazione dei rapporti sociali fondamentali della persona umana, non può essere attribuita alla sovranità dello Stato. Questa sovranità dell'uomo e della donna, che è il fondamento del *ius connubii*, non può essere ridotta e violata da quella politica. Per questa ragione, la sovranità della famiglia, fondata sul matrimonio, è un'*autentica bomba ad orologeria* per la tradizionale concezione assoluta della sovranità dello Stato.

### 7. *La sovranità della famiglia: una bomba ad orologeria.*

La famiglia sovrana è una bomba ad orologeria...? Ho paura di sì. Un'*autentica bomba ad orologeria*. Vediamo perché.

Nel corso della storia dell'elaborazione del concetto di sovranità tutti gli autori classici (Bodin, Spinoza, Hobbes, Sieyes, Burke, Rousseau, Kant...) sono stati subito d'accordo nel concepirla come un potere assoluto e indivisibile. Un sovrano — diceva Bodin già nel 1576 — cessa di esserlo se ammette accanto a lui un altro sovrano, poiché



la sovranità è un potere assoluto e pertanto la sua diversificazione è inapplicabile. Essendo questa la concezione che lo Stato ha della sua sovranità non sono forse prevedibili la brutalità e l'astuzia della sua reazione di fronte al previo potere sovrano dell'uomo e della donna che gli si presentano dinnanzi con la pretesa di generare, in modo sovrano, sotto il suo naso, niente meno che il primo dei vincoli giuridici, la prima delle istituzioni sociali: la famiglia fondata sul matrimonio?

Questa domanda svela un sorprendente scenario nell'interpretare le moderne riforme del diritto matrimoniale e della famiglia. Queste riforme sono state fatte « in nome della libertà del pluralismo ideologico dell'individuo ». Tuttavia, in realtà, non nascondono forse un abuso di sovranità da parte dello Stato che interviene nel campo della sessualità e del matrimonio, abuso connesso a una sottile alienazione della sovranità originaria della persona umana?

Se prendiamo, come chiave di lettura critica, la sovranità coniugale della persona, sorge il sospetto che, mediante le moderne riforme del Diritto matrimoniale e della famiglia, la sovranità dello Stato sia stata utilizzata come « dogma laico » per mascherare la dittatura ideologica di alcuni gruppi di potere ai quali interessa più l'individuo isolato-suddito della persona formata in seno a una famiglia sovrana. In base a ciò si sono seguite due linee convergenti.

Da una parte si è dato impulso, in modo esplicito e attivo, a ogni tipo di politica culturale volta a eliminare qualsiasi definizione precisa, reale e univoca del matrimonio e della famiglia nei sistemi giuridici, presentando questa chiara eliminazione come un progresso della cultura e della democrazia, dato che lo Stato non può imporre un modello di matrimonio e di famiglia. Dall'altra con un giro, tanto audace quanto cinico, questo stesso Stato si è attribuito, con soddisfazione, la sovranità di definire come matrimonio e famiglia qualsiasi tipo di convivenza, rapporto e unione, persino quella omosessuale, con il pretesto di dover accogliere senza pregiudizio, in seno al Diritto — espressione paradigmatica di sovranità statale — tutto ciò che ha condizione di fatto sociale.

Perché è stato necessario eliminare le nozioni di matrimonio e di famiglia fino a convincersi che la loro perdita rappresentava un progresso? Perché, allo stesso tempo, lo Stato, come un nuovo Adamo, si considera detentore della facoltà di denominare — definire — come matrimoniale e familiare qualsiasi fatto se questo interessa la sua sovranità?



Oserei suggerire, come risposta, la seguente ipotesi: il riconoscimento della vera identità del matrimonio e della famiglia equivale ad accettare il potere sovrano dei coniugi, la condizione di soggetto sociale essenziale della famiglia fondata sul matrimonio e l'esistenza di articolazioni sociali ed economiche fondamentali che la sovranità della famiglia esige. Se tutto questo fosse riconosciuto e accettato, di fronte al Leviatan o Dio terrestre si ergerebbe un altro sovrano, prioritario ed imponente: la famiglia fondata sul matrimonio.

Continuiamo con la nostra ipotesi. Il riconoscimento della famiglia sovrana, antecedente e più radicata della sovranità dello Stato, comporterebbe la sua accettazione come soggetto sociale essenziale. Tale accettazione non potrebbe essere innocua, ma produrrebbe molte conseguenze. Intanto, i membri della famiglia sovrana hanno un'identità e rapporti sociali più articolati. Rappresentano un tipo di cittadino radicato, seguito, meno individualista e solitario, con più personalità.

Il dovere di rispettare realmente i diritti fondamentali (i suoi contenuti materiali) della famiglia sovrana apporterebbe al sistema alcuni elementi nuovi ed essenziali per un profondo cambiamento verso un modello sociale ed economico più umano. E forse si può supporre che questi nuovi modelli di cittadino e di sistema limiterebbero decisamente l'altro modello sociale ed economico che gruppi che detengono il potere, trincerandosi dietro l'idea dell'assoluta sovranità statale, sono interessati ad imporre a un tipo di individuo - vassallo - invertebrato - sradicato - materialista. Un individuo condannato alla solitudine interiore e all'impotenza dinnanzi al sistema.

In sintesi: la sovranità della famiglia appare come una carica esplosiva per qualsiasi sistema socio-economico che alieni la persona. Ma allo stesso tempo — e questa è la conclusione che suggerisco — la sovranità della famiglia, fondata sul matrimonio, è una grande fonte di speranza per coloro che oggi stanno cercando la verità dell'amore e dei vincoli umani di solidarietà e di comunione. Ed è anche una grande fonte di speranza per coloro che sono disposti a creare una nuova società più umana.

JUAN IGNACIO ARRIETA

## LA POSIZIONE GIURIDICA DELLA FAMIGLIA NELL'ORDINAMENTO CANONICO (\*)

1. Trattazione del diritto di famiglia nell'ordinamento canonico. — 2. Risvolti critici. — 3. Spunti per il diritto di famiglia nel recente magistero: *a)* La famiglia come società primordiale della Chiesa; *b)* La famiglia come Chiesa domestica; *c)* La potenza costitutiva dello « ius connubi »; *d)* L'onore come forma di attuazione delle posizioni soggettive.

Questo intervento riguarda il riconoscimento della posizione giuridica della famiglia nell'ordinamento canonico, in rapporto al ruolo riservato ad essa nel disegno salvifico e nel compimento della missione affidata alla Chiesa.

L'ambito di riflessione è delimitato dalla normativa del nuovo Codice di diritto canonico del 1983 e, in particolare modo, dai recenti interventi magisteriali, presentati in maniera organica nell'esortazione apostolica *Familiaris consortio* e, ultimamente, nella Lettera alle Famiglie del mese di febbraio del 1994.

### 1. *Trattazione del diritto di famiglia nell'ordinamento canonico.*

Nel Codice di diritto canonico, come si sa, non esiste una specifica trattazione sistematica di quello che nel diritto civile dei paesi dalla nostra area culturale si denomina diritto di famiglia. Come accade in altri ordinamenti giuridici, le norme che interessano le diverse componenti del nucleo familiare si trovano sparse nei vari libri del

---

(\*) Relazione al Convegno « L'espressione canonica della Famiglia fondata sul matrimonio dinanzi al III millennio », organizzato dall'Istituto di Scienze per la Famiglia dell'Università di Navarra, Roma, Ateneo Romano della Santa Croce, 3-5 novembre 1994.

Codice di diritto canonico, nonché in altre norme ecclesiastiche. Questo fenomeno, in realtà, non rappresenta un grande problema, poiché, quando si parla di diritto di famiglia, la questione veramente importante non è quella di natura sistematica, di limitato valore giuridico in quanto tale, ma piuttosto quell'altra dell'esistenza o meno nell'ordinamento di norme e principi informatori di carattere fondamentale che, definendo gli elementi essenziali dell'istituto in questione, siano chiave ermeneutica per riorganizzare e dare armonia all'insieme di norme che lo riguardano (1).

Esistono nell'ordinamento canonico — ci si può domandare allora — tali principi informatori in grado di dare unità alle norme riguardanti il matrimonio e la famiglia? E, in caso di risposta affermativa, riescono tali principi a rendere un'idea adeguata della funzione riservata al matrimonio e alla famiglia nella Chiesa?

Come si ricorderà, gli auspici avanzati da un settore della dottrina canonistica negli anni della revisione del Codice pianobenedettino, perché venisse introdotta nel testo dell'allora *Lex Ecclesiae Fundamentalis* qualche norma di carattere fondamentale relativa alle situazioni giuridiche di cui è titolare la famiglia nell'ambito della Chiesa non ebbero particolare successo. Soltanto in un momento successivo, abbandonata l'idea di promulgare la menzionata Legge Fondamentale, il suggerimento di alcuni organi consultivi di incorporare al Libro II qualche norma relativa alla responsabilità ecclesiale dei fedeli laici uniti in matrimonio, diede luogo — attraverso una evoluzione dai significativi risvolti che adesso non è consentito di illustrare — al vigente can. 226, il cui paragrafo primo recita così: « *Qui in statu coniugali vivunt, iuxta propriam vocationem, peculiari officio tenentur per matrimonium et familiam ad aedificationem populi Dei allaborandi* ».

La dottrina canonica ha segnalato in seguito il valore costituzionale e la centralità di questo can. 226 nel sistema di norme canoniche relative al matrimonio e alla famiglia (2). L'immediato collega-

(1) Vedi in tale prospettiva J. HERVADA, *El matrimonio in facto esse. Su estructura jurídica*, in *Vetera et Nova* I, Pamplona 1991, p. 153 (anche in *Ius Canonicum* I, 1961, pp. 135-175); IDEM, *Cuestiones varias sobre el matrimonio*, in *Vetera et Nova* I, cit., pp. 545-674 (anche in *Ius Canonicum* XIII, 1973, pp. 11-86).

(2) Vid. in proposito, tra gli altri, E. CAPPELLINI, *Per un diritto della famiglia nell'ordinamento canonico*, in *Diritto, persona e vita sociale*, Scritti in memoria di Orio Giacchi, I, Milano, 1984, pp. 365-389; A. CASIRAGHI, *Il diritto di famiglia nel nuovo codice di diritto canonico*, in *Le Nouveau Code de Droit Canonique*, Actes du

mento di tale precetto con il can. 204 — che richiama il dovere battesimale di tutti i componenti del Popolo di Dio di attuare « secondo la condizione propria di ciascuno, la missione che Dio ha affidato alla Chiesa da compiere nel mondo » —, e con il can. 208 — che sancisce il principio di uguaglianza di tutti i battezzati nella dignità e nell'agire « secondo la condizione e i compiti propri di ciascuno » — sembra infatti conferire al menzionato precetto lo stesso valore costituzionale degli altri due che serve a specificare, per quanto concerne i fedeli uniti in matrimonio.

È attraverso il matrimonio e la famiglia, fattori costituzionali di varietà nell'ordinamento canonico, che i fedeli sposati adempiono in posizione di uguaglianza con gli altri fedeli il loro dovere battesimale di partecipare all'*aedificatio Ecclesiae*. La norma, tuttavia, pur rilevando l'attinenza costituzionale del matrimonio e della famiglia, nulla aggiunge invece circa il ruolo di tali istituzioni e circa il modo in cui intervengono nella strutturazione della Chiesa, limitandosi il secondo comma del precetto a sancire il diritto-dovere primario dei genitori riguardo l'educazione cristiana dei figli, argomento attraverso il quale si snodano in realtà i rapporti di paternità, filiazione e fratellanza nell'ambito familiare.

Nell'attuale sistema del Codice, il can. 226 sembra allora volere armonizzare le norme canoniche contenenti diritti e doveri delle persone riguardo al matrimonio e alla famiglia. Prima di tutto, serve a precisare l'attuazione da parte degli sposi dei restanti diritti e doveri costituzionali riconosciuti a tutti i fedeli — come ad es. il diritto-dovere alla comunione (can. 209), il dovere di partecipazione ai mezzi salvifici (can. 210), il diritto-dovere di apostolato (can. 211), il diritto a ricevere assistenza spirituale (can. 213), ecc. —, in quanto il matrimonio e la famiglia saranno per loro l'ambito specifico di espressione di tali situazioni giuridiche fondamentali.

Secondariamente, le restanti norme dell'ordinamento canonico si occupano di definire i rapporti soggettivi derivanti dal vincolo coniugale nonché dalla paternità e la filiazione, delineando le si-

---

V Congrès international de droit canonique, Ottawa, 1986, pp. 853-880; J.F. CASTAÑO, *Il diritto di famiglia nella Chiesa*, in *Angelicum*, 67, 1990, pp. 153-184. Vid. anche i vari contributi contenuti in AA.VV. *La famiglia e suoi diritti nella comunità civile e religiosa*, « Atti del VI colloquio giuridico 24-26 aprile 1986 », *Utrumque Ius*, n. 16, Roma, 1987.

tuazioni giuridiche dei soggetti <sup>(3)</sup>. In sintesi, si può dire che tali norme canoniche riguardano in modo particolare quattro questioni fondamentali:

— le condizioni e i requisiti di esercizio dello « ius connubi », costitutivo del matrimonio e della famiglia, che sembra attirare in maniera prevalente l'interesse dell'ordinamento della Chiesa in materia;

— i diritti e doveri reciproci derivanti dal vincolo matrimoniale, sulla base delle specifiche proprietà e beni del matrimonio;

— il sistema di diritti e doveri scaturenti dai rapporti di paternità e di filiazione, incentrati particolarmente sulla funzione educativa che compie la famiglia;

— infine, il sistema di diritti e doveri riguardanti i rapporti esterni al nucleo familiare, principalmente nei confronti dei titolari della funzione pubblica e dell'organizzazione ecclesiastica, per ciò che riguarda l'attuazione del ruolo educativo della famiglia e quindi il suo compito nell'iniziazione sacramentale <sup>(4)</sup>.

## 2. *Risvolti critici.*

Una considerazione globale della situazione descritta, da una parte, pare mettere in luce il predominante interesse dell'ordinamento canonico nel configurare le posizioni giuridiche dei soggetti per quanto concernono i rapporti di famiglia; dall'altra, pone invece la domanda se, al di là di tale delimitazione di posizioni individuali, sia stata tenuta in sufficiente conto la nuova realtà soprannaturale che viene a crearsi col matrimonio stesso e il modo specifico in cui tale realtà è in grado di riorganizzare il sistema di posizioni giuridiche individuali appartenenti al proprio ambito <sup>(5)</sup>.

<sup>(3)</sup> Un'organica trattazione dell'argomento la si può trovare in due recenti lavori di ricerca: G. EISENRING, *Comunidad conyugal y filiación en el ordenamiento canónico. Contribución a la sistematización del Derecho Canónico de Familia*, tesi dottorale *pro manuscripto*, Centro Accademico Romano della Santa Croce, Roma, 1988, pp. 277; M.B. TERZANO, *La patria potestad en el ordenamiento canónico. Contribución a la sistematización del Derecho Canónico de Familia*, tesi dottorale *pro manuscripto*, Centro Accademico Romano della Santa Croce, Roma, 1988, pp. 243. Vedi anche A. MORENO, *Sangre y libertad*, Madrid, 1994.

<sup>(4)</sup> Per l'influsso dell'intera problematica di cui parliamo nel momento costitutivo del matrimonio, vedi J. CARRERAS, *Las bodas: sexo, fiesta y derecho*, Madrid, 1994.

<sup>(5)</sup> Come segnala Hervada, « el vínculo de unión no es un derecho subjetivo sino una situación jurídica de comunicación y participación mutuas en las naturalezas » (J. HERVADA, *Cuestiones varias sobre el matrimonio*, in *Vetera et Nova* I, cit., p. 602).

Il recente magistero pontificio ha messo in evidenza che i diritti della famiglia, o meglio, le situazioni giuridiche di cui la famiglia è titolare, non sono semplicemente la somma matematica dei diritti delle persone che ne fanno parte, in quanto la famiglia è qualcosa in più della somma dei suoi componenti: essa possiede una soggettività nuova, titolare in modo del tutto originale di specifiche situazioni di rilevanza giuridica <sup>(6)</sup>.

Il discorso serve sia per il nucleo originario della famiglia, rappresentato dall'unione degli sposi, che per il suo pieno sviluppo potenziale attraverso i vincoli di paternità/maternità-filiazione-fraternità; e oltre all'ordinamento civile — del quale adesso non ci occupiamo —, riguarda in maniera ancora più rilevante l'ordinamento canonico e la struttura stessa della Chiesa, se va tenuto nel dovuto conto quanto il magistero ci insegna circa la dimensione sacramentale del matrimonio e la strutturazione della Chiesa attraverso i sacramenti. La famiglia così considerata rappresenta nella Chiesa un nuovo soggetto comunitario, che è titolare di situazioni giuridiche distinte da quelle singolarmente riferibili ai suoi componenti.

Il nuovo soggetto comunitario creatosi nella Chiesa attraverso l'esercizio dello *ius connubi* da parte dei battezzati, costituisce la cellula viva della società soprannaturale che è il Popolo di Dio, essendo perciò chiamata, con tutta proprietà, Chiesa domestica. In ché consistano gli elementi essenziali di questa Chiesa domestica; quali rapporti abbia il nuovo soggetto comunitario nell'ambito dell'intero Corpo di Cristo; e quale sia il ruolo che debba compiere tale comunità nella missione salvifica affidata alla Chiesa, saranno alcune delle questioni fondamentali che, in tale prospettiva, dovrà necessariamente porsi il canonista per trovare i principi di armonia delle norme canoniche riguardanti il matrimonio e la famiglia, conferendo la necessaria unità all'insieme di relazioni ecclesiali di rilevanza giuridica che nella famiglia cristiana vengono a crearsi.

A mio modo di vedere, il recente magistero circa la sacramentalità del matrimonio, ancorato ad una più sviluppata antropologia e ad un migliore approfondimento teologico-biblico del disegno divino sul matrimonio e la famiglia, non può non suscitare nella canonistica un sostanziale ripensamento dell'intero sistema giuridico che ci ri-

---

<sup>(6)</sup> Vedi GIOVANNI PAOLO II, *Lettera alle Famiglie*, del 2 febbraio 1994, n. 17; sulla rilevanza giuridica del rapporto matrimoniale, vedi le osservazioni di G. LO CASTRO, *Tre studi sul matrimonio*, pp. 31 ss.



guarda, in maniera in qualche modo analoga al modo in cui l'approfondimento sulla sacramentalità e la dimensione collegiale dell'episcopato ha riorganizzato profondamente dopo il Vaticano II l'esercizio della funzione episcopale ai suoi diversi livelli. Come nel caso dell'episcopato, la riflessione circa la sacramentalità del matrimonio sembra condurre alla necessità di ridefinire, in un nuovo contesto, le posizioni giuridiche soggettive che sorgono all'ombra del nucleo familiare.

Sembra anzitutto che l'adeguata risposta giuridico-canonica all'approfondimento sacramentale circa il matrimonio e la famiglia passi attraverso un equilibrio tra la considerazione delle situazioni giuridiche individuali dei soggetti personali — sulle quali, come dicevo, sembra incentrato il vigente ordinamento giuridico — e la consapevolezza di quale sia la dimensione giuridica alla quale appartiene la nuova realtà comunitaria.

Infatti, il nuovo soggetto che viene a crearsi nella Chiesa tramite il matrimonio è la famiglia e, di conseguenza, l'ambito in cui dovranno esercitarsi normalmente le situazioni giuridiche individuali da essa derivate, appartengono anche ad un contesto costituzionale diverso da quello in cui vengono esercitati, per esempio, i diritti fondamentali dei soggetti. Mentre questi ultimi, come abbiamo detto, si muovono nell'ambito dei principi costituzionali di uguaglianza e di varietà, e quindi, di libertà e di autonomia, il nuovo soggetto comunitario che è cellula della società ecclesiale, rientra nell'alveo del principio istituzionale della Chiesa e, di conseguenza, i rapporti giuridici che da esso scaturiscono comportano situazioni giuridiche originali, nonché forme anche nuove di attuazione.

Perciò, penso che un primo e non facile sforzo della dottrina canonica dovrà essere rivolto a inserire nell'adeguato contesto costituzionale canonico — in quello dei principi di uguaglianza e di varietà o in quello del principio istituzionale — ciascuna delle situazioni giuridiche che nella vigente normativa canonica vengono riconosciute o attribuite ai soggetti intervenienti nei rapporti di famiglia.

In questa prospettiva, il principio accolto nel can. 226, secondo cui il matrimonio e la famiglia sono l'ambito attraverso il quale i fedeli sposati adempiono il loro compito battesimale di partecipare all'*aedificatio Ecclesiae*, risulta ancora insufficiente per riorganizzare le norme canoniche relative al diritto di famiglia in maniera adeguata al ruolo che, secondo il recente magistero, tali istituzioni assumono nella società ecclesiale. Di conseguenza, dovendo prospettare alcuni

principi fondamentali organizzatori del diritto canonico di famiglia, dovremo per il momento attingere direttamente agli elementi di giuridicità ancora non formalizzati contenuti nel magistero ecclesiastico.

### 3. *Spunti per il diritto di famiglia nel recente magistero.*

In tal senso, sembra di utilità tornare nuovamente sui recenti interventi pontifici, nel tentativo di abbozzare alcune idee utili a questo proposito (7).

a) *La famiglia come società primordiale della Chiesa.* — D'una parte, come abbiamo detto, il magistero pontificio individua la famiglia cristiana come soggetto comunitario fondato nel matrimonio; come cellula sociale del Popolo di Dio che possiede all'interno della Chiesa specifici principi organizzativi e propri elementi di coesione derivati dall'unione sponsale dalla paternità e filiazione, nonché peculiari beni comuni che la distinguono, come ad esempio, la dedizione per il singolo, nella sua individualità. Si chiama perfino la famiglia « società primordiale e, in un certo senso, "sovrana" » (8), espressione che sembra volere indicare un qualche genere di autonomia e di parità all'interno della società ecclesiale nella trattazione delle cose che la riguardano.

Nell'ambito dell'educazione, ed è risaputo che nel panorama della Lettera alle Famiglie tale ambito riguarda l'intero processo di maturazione umana e di crescita spirituale del battezzato fino alla morte, si riconosce una competenza fondamentale alla famiglia, oltre la quale le restanti istituzioni intervengono legittimamente, trovando però un limite intrinseco e invalicabile di attuazione nel diritto prevalente dei genitori e nelle loro effettive possibilità. Per questo motivo si dice che « la Chiesa desidera educare soprattutto attraverso la famiglia, a ciò abilitata dal sacramento del matrimonio, con la "grazia di stato" che ne consegue e lo specifico "carisma" che è proprio dell'intera comunità familiare » (9).

---

(7) In prospettiva programmatica generale, illuminante anche in sede canonica, pare necessario segnalare: INSTITUTO DE CIENCIAS DE LA FAMILIA, *Documento 40 ONG's sobre La Familia*, Pamplona, 1995.

(8) Vedi GIOVANNI PAOLO II, *Lettera alle Famiglie*, n. 17.

(9) Vedi GIOVANNI PAOLO II, *Lettera alle Famiglie*, n. 16.

b) *La famiglia come Chiesa domestica*. — Per meglio comprendere i fondamenti, i contenuti e le caratteristiche della partecipazione della famiglia alla missione della Chiesa, la *Familiaris consortio* segnala la necessità di approfondire i vincoli che legano la famiglia alla Chiesa e fanno sì che essa sia « Chiesa domestica », cioè, « viva immagine e storica rappresentazione del mistero stesso della Chiesa » (10).

La considerazione sacramentale del matrimonio e della famiglia, segno dell'amore sponsale di Cristo con la Chiesa e manifestazione della vita trinitaria, porta perfino ad affermare che non è possibile « comprendere la Chiesa come Corpo mistico di Cristo, come segno dell'Alleanza dell'uomo con Dio in Cristo, come sacramento universale di salvezza, senza riferirsi al "grande mistero", congiunto alla creazione dell'uomo maschio e femmina ed alla vocazione di entrambi all'amore coniugale, alla paternità e alla maternità » (11). Di conseguenza, il Papa conclude segnalando che « la Chiesa universale, e in essa ogni Chiesa particolare, si rivela più immediatamente come sposa di Cristo nella "Chiesa domestica" e nell'amore in essa vissuto » (12). Non va, infatti, dimenticato che in tale cellula o nucleo familiare ritroviamo in maniera del tutto originale le fibre più elementari dell'esperienza di vita cristiana: la paternità e la filiazione, la fraternità e l'amore.

Certamente, i rapporti della « Chiesa domestica » con l'intero organismo della Chiesa non sono quelli di pienezza strutturale che, sulla base della duplice dimensione dell'episcopato, ritroviamo nel rapporto immanente tra il livello universale e quello particolare dell'unica Chiesa di Cristo (13). Sono, tuttavia — e seguono anche qui idee contenute nella Lettera alle Famiglie — rapporti tra istituzioni di comunione, vivificate dalla compartecipazione agli stessi beni salvifici della parola e dei sacramenti che, sul piano istituzionale, sembrano

(10) GIOVANNI PAOLO II, ex. ap. *Familiaris consortio* del 22 novembre 1981, AAS 73 (1981) pp. 81-191, n. 49. In argomento, vedi lo studio di D. TETAMANZI, *Famiglia Chiesa domestica*, in AA.VV., *La Familiaris Consortio*, Città del Vaticano, 1982, pp. 222-234.

(11) GIOVANNI PAOLO II, *Lettera alle Famiglie*, cit., n. 19.

(12) *Ibidem*.

(13) Vedi in argomento, E. CORECCO, *Il sacramento del matrimonio cardine della costituzione della Chiesa*, in AA.VV., *Diritto, persona e vita sociale. Scritti in memoria di Orio Giacchi*, vol. I, Milano 1984, particolarmente pp. 400 ss.; così come J.M. SCHEEBEN, *I misteri del cristianesimo*, Brescia, 1960, pp. 584 ss.

riprodurre il genere di rapporto organico esistente tra il sacerdozio regale e quello ministeriale, nel quale, mentre il primo ha una priorità sostanziale il secondo possiede soprattutto priorità funzionale <sup>(14)</sup>.

c) *La potenza costitutiva dello « ius connubi »*. — Se tale è la condizione della famiglia nel Popolo di Dio strutturato attraverso i sacramenti, e se essa è propriamente una Chiesa domestica attraverso la quale vive e si comprende la Chiesa di Cristo, particolare gravidanza ecclesiale riceve allora l'esercizio dello *ius connubi* da parte dei battezzati, in quanto viene a possedere un particolare potere costitutivo di Chiesa.

L'esercizio dello « ius connubi » diventa allora un fatto di rilevanza non soltanto personale, ma direttamente attinente la strutturazione della società ecclesiale. E ciò porta quanto meno a due generi di considerazioni.

La prima, che ci fa riconoscere a tale « ius connubi » esercitato nell'ambito della Chiesa una particolare capacità di creare nell'ordinamento canonico situazioni giuridiche di diritto e di potere, sia nell'ambito istituzionale della famiglia propriamente detta, sia rispetto alle altre istituzioni della Chiesa con cui entra in un rapporto di certa parità <sup>(15)</sup>.

La seconda osservazione, riguarda invece la particolare accuratezza con cui la Chiesa, e chi in essa è titolare della funzione pubblica, debba seguire l'adeguato esercizio concreto dello « ius connubi », dovendo mantenere attraverso la dedizione pastorale il difficile equilibrio tra l'ingiusta creazione artificiale di nuovi divieti, e l'ineluttabile dovere di vegliare per la vitalità delle nuove cellule ecclesiali che vengono a costituirsi. Fino a ché punto, ci si potrebbe domandare per esempio, il problema delle nullità matrimoniali per causa d'incapacità non è da risolvere anche approfondendo sulla responsabilità dell'organizzazione pastorale della Chiesa nel momento costitutivo del vincolo coniugale?

d) *L'onore come forma di attuazione delle posizioni soggettive*. — Abbiamo detto all'inizio di queste considerazioni che le situazioni soggettive di rilevanza giuridica che vengono a crearsi nell'ambito della famiglia avevano propri principi organizzativi e peculiari forme di attuazione. Tra i primi si potrebbero menzionare il ruolo dei genitori nel mo-

<sup>(14)</sup> In tale senso, vedi E. CORECCO, *Carisma*, in « Digesto delle discipline Pubblicistiche », II, Torino, 1987, p. 507; J. HERVADA, *La ley del Pueblo de Dios como ley para la libertad*, in « Persona, verità e morale », Roma, 1987, p. 386

<sup>(15)</sup> Cf. P.J. VILADRICH, *La famiglia « sovrana »*, L'Osservatore Romano del 15 giugno 1994, p. 5.

derare le posizioni dei figli, o il carattere di uguaglianza con cui viene esercitata l'autorità da parte loro <sup>(16)</sup>.

Per quanto riguarda invece le forme di attuazione delle situazioni giuridiche soggettive all'interno del nucleo familiare, particolare rilievo assume un passo al quale la più volte menzionata Lettera alle Famiglie dedica l'intero numero 15. In esso il Papa, seguendo la tradizionale formulazione del quarto comandamento, ci propone « l'onore », nel senso di onorare all'altro, come forma specifica delle situazioni di rilevanza giuridica provenienti dal matrimonio e dalla famiglia. Dice il Papa: « la famiglia è una comunità di relazioni interpersonali particolarmente intense: tra coniugi, tra genitori e figli, tra generazioni. È una comunità che va garantita in modo particolare. E Dio non trova garanzia migliore di questa: "Onora" » <sup>(17)</sup>.

Infatti, il contesto comunione basato sulla reciproca partecipazione di tutti i componenti del nucleo familiare alla ricerca del loro particolare bene comune, nell'amore e sostegno reciproco, difficilmente consentono che le situazioni di giustizia attive o passive proprie della comunità familiare possano essere in tutto inquadrare sotto l'individualistica forma di un diritto soggettivo. Qui riprende valore il richiamo esemplare all'esercizio in dimensione collegiale della funzione episcopale. Per questi soggetti, legati da un identico progetto comune, l'adeguato riconoscimento della persona dell'altro non può non portare ad un sistema del tutto peculiare di attuazione delle proprie situazioni giuridiche attive che l'istituto matrimoniale sembra apportare come uno dei principi informativi per meglio comprendere le situazioni soggettive in esso originate; un sistema, appunto, nel quale il riconoscimento e l'onore verso l'altro, l'amore e la voglia di comunione in somma, determinano in maniera decisiva i momenti e i modi di far valere le proprie pretese.

---

<sup>(16)</sup> Come giustamente ha osservato Díez-Picazo: « dentro del marco pluralista de subsistemas jurídicos extraestatales, cabría, finalmente, pensar que cada familia por decirlo de algún modo segrega o produce su propio Derecho. (...) En él se establecen reglas sobre los horarios de entrada y de salida, las comidas, los vestidos y cosas semejantes. Pero puede, sin duda, llegar mucho más lejos, pues en algún sentido posee una amplia esfera de competencia en todo lo que se refiere a lo que se puede llamar los modos de reproducción ideológica como la elección del sistema educativo y la iniciación en las prácticas religiosas o en las convicciones filosóficas o políticas » (L. Díez-Picazo, *Familia y Derecho*, Madrid, 1984, p. 23).

<sup>(17)</sup> GIOVANNI PAOLO II, *Lettera alle Famiglie*, cit., n. 15.



CARLOS J. ERRÁZURIZ M.

LA RILEVANZA CANONICA  
DELLA SACRAMENTALITÀ DEL MATRIMONIO  
E DELLA SUA DIMENSIONE FAMILIARE (\*)

1. Un paradosso. — 2. Le proposte tendenti a rivalutare la sacramentalità del matrimonio. — 3. Un'adeguata concezione della sacramentalità del matrimonio e della sua dimensione familiare. — 4. La rivisitazione di alcuni problemi canonistici legati alla sacramentalità del matrimonio. — 5. Il ruolo del matrimonio e della famiglia nel diritto della Chiesa.

1. *Un paradosso.*

Confrontandosi col quesito circa la rilevanza che l'attuale sistema matrimoniale canonico attribuisce alla dimensione sacramentale del matrimonio, sorge una duplice constatazione iniziale, in qualche modo paradossale.

Da un lato, la regolamentazione codiciale circa il matrimonio si trova nell'ambito dei sacramenti. Lo stesso can. 1055, perno dell'intera disciplina, nel suo primo paragrafo contiene proprio l'affermazione della dignità sacramentale dell'alleanza matrimoniale, e nel secondo paragrafo deduce la c.d. inseparabilità tra il contratto ed il sacramento; segue poi il can. 1056, in cui si dichiara la peculiare fermezza delle proprietà essenziali dell'unità e dell'indissolubilità nel matrimonio sacramentale <sup>(1)</sup>. Inoltre, la sacramentalità, in modo diretto o indiretto, riemerge più volte negli altri canoni sul matri-

---

(\*) Intervento ad una tavola rotonda nel Congresso su *L'espressione canonica della famiglia fondata sul matrimonio dinanzi al III millennio*, organizzato dall'Istituto di Scienze per la Famiglia dell'Università di Navarra in collaborazione con l'Ateneo Romano della Santa Croce, Roma, 3-5 novembre 1994.

<sup>(1)</sup> Viene in tal modo ricalcata, a questi effetti, la stessa struttura logica dei cann. 1012 e 1013 § 2 del CIC 1917.



monio, sia per fondare la giurisdizione della Chiesa in questo campo (cfr. cann. 1059; 1671), sia in rapporto alla disciplina canonica sulla pastorale e la liturgia matrimoniale (cfr. cann. 1063-1065; 1118-1120), sia in relazione alle diverse ipotesi in cui la propria situazione rispetto alla Chiesa Cattolica comporta delle conseguenze normative nella celebrazione del matrimonio (cfr. cann. 1071 § 1, 4 §; 1086; 1117; 1124-1129), sia per allusione esplicita (cfr. 1099 sull'errore circa la dignità sacramentale) o implicita (cfr. can. 1101 § 2 sulla simulazione) nell'ambito dei requisiti del consenso matrimoniale, sia infine a proposito dei c.d. effetti del matrimonio (cfr. cann. 1134-1136) o dello scioglimento del vincolo (cann. 1141-1150).

Tuttavia, risulta evidente che l'impianto giuridico-canonico di base contempla il matrimonio più nell'ottica della realtà naturale che in quella del suo inserimento nel disegno salvifico. In particolare, si può facilmente sentire la mancata rilevanza della sacramentalità per quel che attiene alle norme sulla capacità matrimoniale nonché sull'oggetto del consenso (cfr. can. 1057). In questo senso, i summenzionati riferimenti all'errore e all'esclusione in tema di sacramentalità colgono solo certe situazioni limite, ma non corrispondono ad un'esigenza positiva di capacità e di volontà rispetto alla dimensione sacramentale, nonché in relazione agli specifici diritti-doveri da essa scaturenti. Ne consegue una certa diffusa impressione secondo cui la sacramentalità resterebbe piuttosto ai margini della disciplina canonica matrimoniale, la quale invece sarebbe tuttora troppo impostata su criteri di diritto naturale, e pertanto non adeguatamente distinta dalla normativa civile<sup>(2)</sup> (che del resto, com'è ben noto, si è ispirata al modello canonico nel moderno diritto occidentale).

## 2. *Le proposte tendenti a rivalutare la sacramentalità del matrimonio.*

Negli ultimi decenni si è spesso tentato di rivalutare la sacramentalità del matrimonio, anche sul piano giuridico-canonico, me-

---

<sup>(2)</sup> In tal senso, cfr. E. CORECCO, *Le sacrament du mariage, pivot de la constitution de l'Église*, in ID., *Théologie et droit canon. Écrits pour une nouvelle théorie générale du droit canon*, a cura di F. FECHTER-B. WILDHABER-P. LE GAL, Fribourg Suisse 1990, p. 188.

dante l'accentuazione della necessità della fede soprannaturale per celebrare un matrimonio veramente cristiano, esigendola talvolta per la validità delle nozze, almeno come un presupposto di fatto perché i nubendi abbiano l'intenzione di fare ciò che fa la Chiesa nel matrimonio dei battezzati. In molti casi questa sottolineatura della fede è stata accompagnata da una tendenza verso una rivalutazione del matrimonio civile dei fedeli, la quale implicherebbe secondo alcuni la possibilità di intaccare il principio di inseparabilità tra contratto e sacramento, in modo che i fedeli potrebbero contrarre un matrimonio valido non sacramentale<sup>(3)</sup>. Anche se con sfumature e toni assai diversi, nella stessa direzione puntano in fondo alcune tendenze che, pur ribadendo la dottrina tradizionale secondo cui la fede non è richiesta *ad validitatem* per il matrimonio dei battezzati, propugnano una rielaborazione dell'esclusione della sacramentalità — concepita alla stregua di quella delle proprietà essenziali, e non più secondo i criteri tradizionali che esigono la prevalenza rispetto alla volontà di sposarsi —<sup>(4)</sup>, e più recentemente, in seguito alla promulgazione del nuovo Codice, cercano di delimitare l'*error determinans* circa la dignità sacramentale, esplicitamente indicato dal can. 1099<sup>(5)</sup>. Nello stesso senso, non mancano voci tendenti a riconoscere un rilievo di validità all'esclusione dell'educazione religiosa della prole<sup>(6)</sup>, o che propongono un riconoscimento della necessità di una proporzionata capacità per l'adempimento degli obblighi soprannaturali propri del matrimonio-sacramento<sup>(7)</sup>.

(3) Circa questa problematica la bibliografia è sterminata. Una sintesi aggiornata si trova in M.A. ORTIZ, *Sacramento y forma del matrimonio*, Pamplona (in corso di stampa).

(4) Cfr. ad es. Z. GROCHOLEWSKI, *Crisis doctrinae et iurisprudientiae rotalis circa exclusionem dignitatis sacramentalis in contractu matrimoniali*, in *Periodica*, 67 (1978), pp. 283-295. Di recente l'autore è tornato sul tema, ribadendo che a suo parere tale esclusione è poco probabile a causa dell'assenza di motivi pratici per compierla, e chiarendo che non occorre che i nubendi vogliano consapevolmente la sacramentalità, poiché basta che non la escludano. Cfr. *L'errore circa l'unità, l'indissolubilità e la sacramentalità del matrimonio*, in AA.VV., *Error determinans voluntatem (can. 1099)*, Città del Vaticano 1995, pp. 18-21.

(5) Cfr. ad es. M.F. POMPEDDA, *Mancanza di fede e consenso matrimoniale*, in *Quaderni Studio Rotale*, 2 (1987), pp. 41-71, e ora anche nei suoi *Studi di diritto matrimoniale canonico*, Milano 1993, pp. 397-448.

(6) Cfr. ad es. H. MUSSINGHOFF, *Ausschluß der Erziehung als Ebenichtigkeitgrund*, in *Archiv für katholisches Kirchenrecht*, 156 (1987), pp. 88 ss.

(7) Cfr. ad es. D. FALTIN, *L'esclusione della sacramentalità del matrimonio con particolare riferimento al matrimonio dei battezzati non credenti*, in *Quaderni Studio Rotale*, 4 (1989), pp. 38 s.

3. *Un'adeguata concezione della sacramentalità del matrimonio e della sua dimensione familiare.*

Non intendo adesso trattare questa problematica in maniera analitica, tentando di risolvere le varie questioni aperte la cui complessità non sfugge a nessuno. Preferisco avanzare qualche considerazione di fondo, il cui senso potrebbe riassumersi così: certamente occorre prendere assolutamente sul serio la sacramentalità del matrimonio nel diritto della Chiesa, ma ciò comporta anzitutto prendere le mosse da una concezione adeguata di tale sacramentalità.

In tal senso proporrei di rivisitare quella densa e penetrante presentazione della dignità sacramentale del matrimonio contenuta nel n. 11 della *Lumen gentium*: « E infine, i coniugi cristiani, in virtù del sacramento del matrimonio, col quale essi sono il segno del mistero di unità e di fecondo amore che intercorre fra Cristo e la Chiesa, e vi partecipano (cf. Ef 5, 32), si aiutano a vicenda per raggiungere la santità nella vita coniugale, nell'accettazione e nell'educazione della prole, e hanno così, nel loro stato di vita e nel loro ordine, il proprio dono in mezzo al Popolo di Dio. Da questo matrimonio, infatti, procede la famiglia, nella quale nascono i nuovi cittadini della società umana, i quali per la grazia dello Spirito Santo sono elevati col battesimo allo stato di figli di Dio, per perpetuare attraverso i secoli il suo Popolo. In questa che si potrebbe chiamare Chiesa domestica, i genitori devono essere per i loro figli, con la parola e con l'esempio, i primi annunciatori della fede, e secondare la vocazione propria di ognuno, e quella sacra in modo speciale ».

Alla luce di queste parole mi pare di poter fare alcune brevi precisazioni circa la sacramentalità del matrimonio. In primo luogo, la *Lumen gentium* la vede come una dimensione intrinseca al matrimonio, senza cedere minimamente ad una riduzione estrinseca d'indole rituale. Poi, nel situare negli stessi coniugi l'essere segno e partecipazione dell'unione di Cristo con la Chiesa, evidenzia che l'indole sacramentale non attiene soltanto al momento celebrativo dell'*in fieri*, ma anche e soprattutto al matrimonio in quanto realtà relazionale costituita una volta per sempre tra i coniugi, cioè a quel *consortium* o *communitas* d'amore dovuto secondo giustizia che è il matrimonio *in facto esse* <sup>(8)</sup>.

(8) Nell'ambito teologico rimane classica l'esposizione sulla sacramentalità del matrimonio di M.J. SCHEEBEN, *I Misteri del Cristianesimo*, trad. it., Brescia 1953,

Ma vi è ancor di più: la descrizione del sacramento del matrimonio si apre nel testo conciliare alla realtà della famiglia. Nel citato passo della Costituzione conciliare occupa un posto di specialissimo rilievo quello che, con le parole del titolo di questa tavola rotonda, si può chiamare « la dimensione familiare della sacramentalità del matrimonio ». Il testo è diventato celebre a motivo della sua riproposizione della famiglia come « Chiesa domestica ». Nella sua Lettera alle famiglie, Giovanni Paolo II dice che nella Lettera agli Efesini l'apostolo Paolo indica « il matrimonio, ed indirettamente la famiglia, come il "grande mistero" in riferimento a Cristo e alla Chiesa »<sup>(9)</sup>.

Con ciò non si tratta certamente di stravolgere la dottrina tradizionale sul settenario sacramentale, ipotizzando ad es. una sacramentalità autonoma del rapporto tra genitori e figli basato sulla procreazione umana (quest'ultima, pur dovendo essere legata ad atti liberi dei coniugi, non costituisce in sé un atto libero cui possa essere legata l'efficacia *ex opere operato* caratterizzante i sacramenti in senso proprio, poiché per il raggiungimento della prole non basta il volere). La dimensione familiare della sacramentalità del matrimonio deve fondarsi piuttosto su di una considerazione più completa della stessa realtà sacramentale del matrimonio, in cui appaia sempre più l'inscindibile nesso reale tra matrimonio e famiglia nell'economia della creazione, che non può non trovare totale riscontro in quella della redenzione. Se il matrimonio fonda la famiglia sul piano naturale, nel disegno salvifico ciò che fonda la dimensione cristologica ed ecclesiologica della famiglia è la dignità del matrimonio-sacramento. Sia la celebrazione nuziale che l'unione coniugale, così come il loro rapporto con la grazia, devono essere concepiti nella prospettiva della dimensione costitutivamente familiare del matrimonio, che nel suo farsi e nel suo viveri è del tutto inconcepibile senza l'apertura ai figli. La grazia sacramentale dei coniugi ridonda naturalmente anzitutto negli stessi figli (ma senza limitarsi ad essi, poiché l'efficacia salvifica del mistero del matrimonio e della famiglia implica l'apertura illimitata dell'intero mistero cristiano).

Siffatta comprensione familiare del « grande mistero » di cui parla san Paolo ci riporta ad una constatazione più a monte, implicita nel

---

pp. 438-452. In campo canonico si raccomanda per la sua profondità quella di J. HERVADA-P. LOMBARDA, *El Derecho del Pueblo de Dios*, vol. III-1, Pamplona 1973, pp. 137-176.

(9) 2 febbraio 1994, n. 19.

menzionato brano conciliare, ed esplicitata da Giovanni Paolo II nell'Esortazione apostolica *Familiaris consortio*: « Il sacramento del matrimonio ha questo di specifico fra tutti gli altri: di essere il sacramento di una realtà che già esiste nell'economia della creazione, di essere lo stesso patto coniugale istituito dal Creatore "al principio" »<sup>(10)</sup>. In questo senso il matrimonio rappresenta un singolarissimo punto di sutura tra natura e grazia, in cui una realtà naturale — in tutta la sua ricchezza e con tutte le sue dimensioni — viene ad essere assunta nei disegni salvifici al posto di un sacramento per mezzo del quale si attua « l'indole sacra e la struttura organica della comunità sacerdotale » (LG, 11) che è la Chiesa. Si potrebbe dire, in modo volutamente paradossale, che questo senso di naturalità di quella realtà elevata da Cristo alla dignità sacramentale va di pari passo con la comprensione della radicalità e completezza della sua trasformazione ad opera di Cristo Sposo che si rende intimamente presente nel matrimonio e nella famiglia<sup>(11)</sup>. Si riscopre così il senso del dono divino, indispensabile per capire la sacramentalità. Tale « dono sacramentale »<sup>(12)</sup> si trova in piena continuità con il dono del principio che è la realtà della famiglia di fondazione matrimoniale. Cercare di separare questi due doni, pur con il lodevolissimo intento di mettere in risalto il carattere soprannaturale del matrimonio cristiano in un contesto sociale secolarizzato, comporta ammettere una sorta di dualismo che è alieno dal vero senso cristiano. Ad una tale mentalità può facilmente conseguire sia l'ammissione di un matrimonio meramente profano sia una configurazione del matrimonio nella fede che si stacca da ogni fondamento naturale (espressa talvolta ad es. mediante una benedizione delle unioni irregolari).

#### 4. *La rivisitazione di alcuni problemi canonistici legati alla sacramentalità del matrimonio.*

Questi approfondimenti teologici sono di grande interesse per un'adeguata comprensione del rilievo canonico della sacramentalità del matrimonio.

<sup>(10)</sup> 22 novembre 1981, n. 68.

<sup>(11)</sup> Questa profonda armonia è perfettamente evidenziata da S. COTTA, *Sacramentalità e realtà esistenziale del matrimonio*, in AA.VV., *Famiglia, diritto e diritto di famiglia*, a cura di F. D'AGOSTINO, Milano 1985, pp. 15-34.

<sup>(12)</sup> L'espressione è adoperata nella già ricordata *Lettera alle Famiglie*, n. 19.



Anzitutto, mi pare che nelle varie questioni aperte circa la rilevanza della sacramentalità nel sistema matrimoniale canonico le precedenti riflessioni possano essere di non poco giovamento. A mio parere, risulta poco congruente con la ricordata peculiarità del sacramento del matrimonio evidenziata dalla *Familiaris consortio* il cercare di stabilire dei requisiti speciali di capacità e di volontà nei nubendi per sposarsi sacramentalmente, oppure il tentare di determinare un nuovo contenuto dell'oggetto del consenso matrimoniale. Ad essere sacramentalizzati in modo pieno e radicale sono tutti quegli elementi del matrimonio umano. Attribuire alla sacramentalità un rilievo giuridico autonomo a questi effetti implicherebbe cadere nell'ipotesi dei due matrimoni. Certamente la sacramentalità interpella la libertà umana per rispondere alla grazia, ma lo fa con quella generosità e con quel rispetto per tale libertà che consentono di comprendere l'esistenza di matrimoni sacramentali in cui l'obiettività del dono sacramentale (legato al carattere battesimale dei coniugi) resta infruttuosa, ma senza che perciò possa ritenersi inesistente la realtà umana e sacramentale del matrimonio (compresa sempre la sua intrinseca dimensione familiare).

Questa prospettiva rafforza, a mio avviso, la validità di certe soluzioni tradizionali, che forse non sono state finora convenientemente giustificate. Su questa linea, si può ricordare il tema della legittimità dell'introduzione di una forma canonica *ad validitatem*. Le perplessità a tale riguardo manifestatesi ai tempi del Concilio tridentino sotto il profilo sacramentale — attinenti l'intangibilità della forma essenziale dei sacramenti — e risolte attraverso l'analogia con gli impedimenti<sup>(13)</sup>, possono essere più agevolmente sciolte attraverso la considerazione della forma come espressione istituzionale della socialità umana delle nozze, con cui è in perfetta continuità l'ecclesialità del matrimonio dei battezzati. La determinazione dell'espressione visibile di quest'ultima può essere oggetto di interventi della normativa canonica, analoghi a quelli della società civile per qualunque matrimonio, senza che ciò implichi nessun'alterazione essenziale del segno sacramentale del matrimonio (al quale, peraltro, non è univocamente applicabile la dottrina dell'ilemorfismo sacramentale, dal momento che il segno sacramentale del matrimonio è già pienamente

---

(13) Cfr. L. CASTÁN LACOMA, *El origen del capítulo « Tametsi » del Concilio de Trento contra los matrimonios clandestinos*, in *Revista Española de Derecho Canónico*, 16 (1959), pp. 613-666.



determinato sul piano naturale, e non ha quindi bisogno di una ulteriore determinazione ad opera di certe formule sacramentali <sup>(14)</sup>).

Per quel che riguarda l'intenzione richiesta perché i cristiani si sposino validamente, l'impostazione enunciata conferma l'intuito della dottrina tradizionale che non prospettava un'intenzione specificamente sacramentale, e considerava che soltanto laddove l'intenzione di escludere la sacramentalità fosse prevalsa rispetto a quella di contrarre matrimonio, essa avrebbe avuto efficacia invalidante il consenso <sup>(15)</sup>. Per respingere il dono della sacramentalità del matrimonio tra battezzati, occorre pertanto rifiutare lo stesso matrimonio. L'eccezionalità di un tale atteggiamento estremo — veramente condizionante la volontà matrimoniale — non fa altro che confortare questa soluzione, poiché si evita così che i problemi di fede o di pratica religiosa possano intaccare direttamente la possibilità di unirsi in vero matrimonio (l'influsso indiretto, nella misura in cui l'allontanamento da Dio comporta anche una perdita di chiarezza e di vigore sul piano etico, è fin troppo evidente) <sup>(16)</sup>. Non va dimenticato quanto di buono e di connesso con il soprannaturale vi sia in un matrimonio valido ma infruttuoso <sup>(17)</sup>.

<sup>(14)</sup> Cfr. J. HERVADA-P. LOMBARDÍA, *El Derecho del Pueblo de Dios*, vol. III-1, cit., pp. 165 s.

<sup>(15)</sup> Si pronuncia in tal senso anche T. RINCÓN PÉREZ, *La exclusión de la sacramentalidad como capítulo autónomo de nulidad matrimonial*, in questa *Rivista*, 6 (1994), pp. 465-487. L'attuale giurisprudenza rotale non è uniforme al riguardo, come si desume dalle sentenze pubblicate nel recente volume *Sacramentalità e validità del matrimonio nella giurisprudenza del Tribunale della Rota Romana*, Città del Vaticano 1995, pp. 157-284, con una guida ragionata alla fine di C. GULLO (pp. 285-292).

<sup>(16)</sup> Mi sembra che la stessa soluzione, che riscopre il senso tradizionale del requisito della prevalenza, vada applicata pure all'*error determinans* circa la dignità sacramentale del matrimonio (cfr. can. 1099). Com'è ben noto, nel Codice del 1983 si allude alla sacramentalità in questo can. 1099, ed invece non si fa menzione di essa nel can. 1101 concernente l'esclusione con un positivo atto di volontà. Ciò si spiega per le ragioni di opportunità ecumenica che condussero ad omettere l'esplicitazione di qualunque efficacia invalidante dell'esclusione della sacramentalità, accontentandosi di un'allusione indiretta nel canone sull'errore. Principale fautore di una tale sorta di compromesso redazionale, affinché non si potesse dire che i matrimoni misti con protestanti fossero da ritenere nulli in molti casi, fu il Card. Ratzinger durante la Congregazione plenaria della Pontificia Commissione per la Revisione del CIC nel 1981 (cfr. Pontificium Consilium de legum textibus interpretandis - Acta et documenta Pontificiae Commissionis Codici Iuris Canonici recognoscendo, *Congregatio plenaria diebus 20-29 octobris 1981 habita*, Città del Vaticano 1991, pp. 452-460).

<sup>(17)</sup> Nello stesso n. 68 di *Familiaris consortio*, immediatamente dopo il brano riportato prima circa la specificità del matrimonio-sacramento in quanto sacramento di

Non essendo richiesta un'intenzione specificamente sacramentale, neppure può esigersi *ad validitatem* un'accettazione della dimensione soprannaturale dei doveri coniugali (come ad es. l'educazione cattolica della prole<sup>(18)</sup>). È sufficiente che la persona assuma liberamente l'impegno matrimoniale nella sua verità umana, e ciò rappresenta precisamente un canale sacramentale per la vita della grazia. Ancor meno convincente risulta postulare una capacità speciale nei battezzati nubendi per adempiere gli obblighi specificamente cristiani del matrimonio, poiché tale capacità è un dono soprannaturale che si elargisce gratuitamente con lo stesso sacramento matrimoniale — presupposto il dono radicale del battesimo — ai cristiani che esercitano la loro capacità naturale di sposarsi, e non comporta dunque nessuna ulteriore capacità umana oltre a quella richiesta per l'unione coniugale tra qualunque uomo e donna.

##### 5. *Il ruolo del matrimonio e della famiglia nel diritto della Chiesa.*

Ma la visione dell'intrinseca sacramentalità del matrimonio e della sua portata familiare non solo può gettare luce su questi dibattiti canonistici tradizionali o contemporanei. Essa è destinata soprattutto a fondare una rinnovata prospettiva di fondo riguardante il ruolo del matrimonio e della famiglia nel diritto della Chiesa. Sco-

---

una realtà già esistente nell'economia della creazione, si legge in proposito: « La decisione dunque dell'uomo e della donna di sposarsi secondo questo progetto divino, la decisione cioè di impegnare nel loro irrevocabile consenso coniugale tutta la loro vita in un amore indissolubile ed in una fedeltà incondizionata, implica realmente, anche se non in modo pienamente consapevole, un atteggiamento di profonda obbedienza alla volontà di Dio, che non può darsi senza la sua grazia. Essi sono già, pertanto, inseriti in un vero e proprio cammino di salvezza, che la celebrazione del sacramento e l'immediata preparazione alla medesima possono completare e portare a termine, data la rettitudine della loro intenzione ». Sono d'accordo con C. BURKE (*La sacramentalità del matrimonio: riflessioni canoniche*, in AA.VV., *Sacramentalità e validità del matrimonio*, cit., p. 155) nel considerare che questi insegnamenti della *Familiaris consortio* debbono far ritenere non accolte dal Magistero le tesi sulla fede nel sacramento del matrimonio contenute nel documento della Commissione Internazionale di Teologia, « *Foedus matrimoniale* ». *Propositiones de quibusdam quaestionibus doctrinalibus ad matrimonium christianum pertinentibus*, 1-6 dicembre 1977, specialmente al n. 2.3 (in *Enchiridion Vaticanum*, 6/492).

<sup>(18)</sup> In senso conforme, benché con motivazioni diverse non incompatibili con quella addotta da me, cfr. A. STANKIEWICZ, *L'esclusione della procreazione ed educazione della prole*, in AA.VV., *La simulazione del consenso matrimoniale canonico*, Città del Vaticano 1990, pp. 169-174.

prendo tutto il rilievo sacramentale di ciò che è la realtà naturale matrimonial-familiare, la loro dimensione di giustizia intraecclesiale si espande parallelamente davanti agli occhi del canonista. Egli non può più sentirsi appagato della sola risoluzione dei problemi di validità del patto coniugale, poiché è l'intera famiglia cristiana che gli si svela nella sua ecclesialità, ivi compresa la sua giuridicità canonica.

Ciò non significa operare una sorta di assorbimento dei c.d. effetti meramente civili del matrimonio nel sistema canonico: una tale ghetizzazione dei cristiani, per quanto potesse apparire attraente, li distinguerebbe dal resto della società civile in un modo certamente incompatibile con la dimensione secolare di tutta la Chiesa, e ancor di più con la specifica indole secolare dei fedeli laici (per contro, può essere molto opportuno attivare la dimensione giuridico-civile di certi aspetti dell'azione associata delle famiglie cristiane, come ad es. nelle loro iniziative scolastiche<sup>(19)</sup>). Si tratta invece di cogliere appieno la dimensione ecclesiale e canonica di quella trama di rapporti giuridici — intesi realisticamente come rapporti di giustizia — che rappresentano l'ossatura della famiglia (rapporti tra i coniugi, tra genitori e figli), di quegli altri rapporti da essi derivanti (tra parenti in tutte le direzioni), nonché dei rapporti aventi come soggetto le stesse famiglie, tra di loro e rispetto alla Chiesa (e dunque rispetto a tutti gli altri soggetti ecclesiali: dalla Chiesa universale alle comunità ecclesiali più piccole, senza dimenticare le realtà d'indole associativa).

Di fronte a questo panorama può facilmente sorgere l'impressione che si vada fuori dal campo propriamente giuridico, per sconfinare nelle ampiezze dell'azione apostolica e pastorale della Chiesa nell'ambito familiare. Certamente l'azione della Chiesa in questo campo supera di gran lunga gli aspetti giuridici, ma questi vanno colti adeguatamente, non cedendo ad una visione di stampo positivista che vede nel diritto solo una tecnica coercitiva. Il diritto ecclesiale di famiglia non può essere ridotto alle tecniche giuridico-canoniche (amministrative, processuali, penali, ecc.) da applicare in materia (le quali peraltro sono fondamentali per l'operatività specificamente giuridica, e, potendo essere migliorate, non vanno abbandonate, anzi andrebbero magari riestese a campi così delicati come

---

(19) Cfr. il mio art. *Le iniziative apostoliche dei fedeli nell'ambito dell'educazione. Profili canonistici*, in *Romana*, 6 (1990), pp. 279-294.

quello della separazione coniugale — pensando soprattutto ai problemi concernenti la cura dei bambini —, la cui giusta operatività civile lascia spesso a desiderare).

Bisogna recuperare il realismo e la positività della concezione classica del diritto come oggetto della virtù della giustizia, alla luce della quale anche il patologico ed il coattivo trovano il loro adeguato posto. È nella vita stessa dei coniugi e dei loro figli che va cercato il quotidiano del loro vivere la giustizia intraecclesiale nella sua dimensione familiare (quando ad es. i coniugi si aiutano reciprocamente e proprio in quanto tali a raggiungere la santità, e quando allevano con l'intera loro vita i figli nella fede, ma anche quando essi fanno partecipare tutta la Chiesa dei doni della loro Chiesa domestica, con una dimensione di giustizia in tale partecipazione <sup>(20)</sup>). Questa visione supera in radice ogni distacco tra diritto e vita (senza cadere però nella fallacia sociologista, che elimina l'essenziale dover essere del diritto).

Questa concezione può avere anche molte ripercussioni sul piano dell'operatività tecnica del diritto. Anzitutto, negli stessi processi di nullità matrimoniale, che non possono essere concepiti né attuati in modo che siano di fatto staccati dalla considerazione del bene integrale del matrimonio e della famiglia. In essi da sempre ha trovato spazio una mentalità veramente pastorale, che non si sofferma alla questione della sola validità del matrimonio, ma tiene conto anche di quella della liceità, e pertanto cerca di ottenere se possibile la convalidazione (cfr. can. 1676). Anche deve trovar posto una considerazione della situazione dei figli, e più a monte una mentalità che, essendo veramente convinta del bene del matrimonio e della famiglia, aiuti nella scoperta della verità quale unico autentico fondamento di ogni azione autenticamente pastorale in questo campo <sup>(21)</sup>. D'altra parte, il raccordo operativo tra il momento dell'ammissione alle nozze e quello dell'accertamento della sua esistenza fluisce anche naturale dall'impostazione che sto prospettando: l'eccessivo scarto tra gli esiti di tali momenti (una qualche differenza rimarrà sempre, essendo legata ai limiti umani) può rivelare difetti sia in un momento che nell'altro, e per tutt'e due è indispensabile una vera mentalità giuri-

---

<sup>(20)</sup> Si può riconoscere un rapporto ecclesiale di diritto-dovere tra tutte le famiglie cristiane avente come oggetto le esigenze giuridiche fondamentali del loro essere famiglie. Perciò, l'ingiustizia tra i coniugi e con i figli rappresenta anche un'ingiustizia più ampia, rispetto all'intera società ecclesiale.

<sup>(21)</sup> Sulla pastoralità del diritto della Chiesa, cfr. GIOVANNI PAOLO II, *Discorso alla Rota Romana*, 18 gennaio 1990, in AAS 82 (1990), pp. 872-877.

dico-canonica. Perciò, anche la giuridicità del procedimento di ammissione alle nozze riacquista tutto un significato, che va ben al di là di ogni mero formalismo vuoto e burocratico, e che include un sostegno pastorale per aiutare a suscitare veri atteggiamenti matrimonial-familiari nei nubendi.

Molte altre conseguenze si potrebbero far derivare da questa visione, ad es. nell'ambito della dimensione familiare dell'esercizio dei *tria munera Ecclesiae* da parte di tutti i fedeli, o sul piano dell'organizzazione ecclesiastica, laddove ha sempre meno senso una troppo rigida separazione tra il mondo giudiziario con i suoi interventi processuali ed il mondo della pastorale familiare (quasi come se il primo non fosse pastorale, ed il secondo non dovesse anche tener conto della costitutiva dimensione giuridica del matrimonio e della famiglia). Ma, ben conscio che queste mie riflessioni non pretendono di esaurire l'argomento, vorrei concluderle sottolineando che un diritto ecclesiale che davvero voglia situarsi al centro delle questioni ecclesiali deve attingere molto di più a quella che Giovanni Paolo II chiama la prima e la più importante via della Chiesa: la famiglia <sup>(22)</sup>. Così, tra l'altro, anche sotto questo profilo il diritto della Chiesa apparirà sempre più come un diritto veramente sacramentale, situato nel cuore stesso del mistero ecclesiale così come esso si realizza su questa terra.

---

(22) Cfr. *Lettera alle Famiglie*, cit., n. 2.

SANDRO GHERRO

SULLA SACRAMENTALITÀ DEL MATRIMONIO  
(IN FIERI E IN FACTO) (\*)

1. Premessa. — 2. Il matrimonio dalla « dualità » alla « familiarità ». — 3. Valenza pubblicistica del matrimonio-famiglia. — 4. Matrimonio ed essenzialità dell'impegno all'educazione cristiana dei figli.

1. Negli schemi d'indagine della canonistica, lo studio del *matrimonium in fieri* e del *matrimonium in facto* viene spesso impostato sul presupposto di una forte distinzione logico-essenziale tra il primo ed il secondo.

La riconduzione del consenso coniugale nell'ambito del negozio giuridico; e la considerazione del rapporto che ne deriva in termini di peculiarità per l'intreccio unico ed irripetibile dei diritti e dei doveri che lo determinano, hanno condotto ad approfondimenti settoriali di gran rilievo in sede di interpretazione normativa e all'individuazione di criteri sufficientemente sicuri per risolvere i quesiti giuridici proposti dalla concretezza della casistica; ma hanno anche infrapposto qualche ostacolo all'analisi del matrimonio-sacramento, alla valutazione globale degli elementi che lo costituiscono e ne determinano le articolazioni. Sulla necessità di studiare il matrimonio con la preoccupazione di procedere *da* e di addivenire *a* una visione unitaria dello stesso, intendendo qui intervenire, con l'intento di indicare qualche traccia di ulteriori riflessioni su quel « nucleo essenziale » che il Cristo ha assegnato al matrimonio dei suoi *fideles*.

In proposito varrà, intanto, ricordare gli assunti perentori di S. Paolo che definiva il matrimonio « *sacramentum ... magnum* » (1); di

---

(\*) È l'intervento nella IV « Tavola rotonda », tenutasi a Roma il 4 novembre 1994, nell'ambito del Congresso *L'Espressione canonica della famiglia fondata sul matrimonio dinanzi al III millennio*, Roma, 3-5 novembre 1994.

(1) S. PAOLO, *Lettera agli Efesini*, V, 22-32.



S. Agostino, secondo il quale « *bonum ... nuptiarum ... quod ad populum Dei pertinet (est) in sanctitate sacramenti* » (2); di S. Tommaso che sottolineava come il matrimonio vada annoverato tra i mezzi « *per quae gratiam consequimur* » (3). E varrà, in proposito, considerare la specificazione del Sanchez, secondo il quale « *quod sicut sacramentum Eucarestiae est sacramentum non tantum dum est in fieri, sed etiam dum est in facto ... sic sacramentum matrimonii est sacramentum dum est in fieri ... et etiam sacramentum postquam factum permanet...* » (4).

Quest'ultimo rilievo, del Sanchez, mi sembra, in realtà, ancora degno di particolare attenzione e tale da suggerire significative deduzioni dalle altre citate qualificazioni del matrimonio in termini sacramentali. A ben considerare, infatti, queste qualificazioni rendono molto sfumata la distinzione tra *matrimonium in fieri* e *matrimonium in facto*, giacché la sacramentalità del vincolo viene in esse unitariamente ricondotta all'essere del vincolo in funzione di salvezza: della salvezza cristiana che va conquistata con la disponibilità ad ascoltare la Parola e con l'impegno quotidiano alla sua realizzazione nella concretezza. Chi esprime il consenso matrimoniale professa questa disponibilità; e chi vive il rapporto di coniugio si realizza nell'« operativo » ad essa conforme, nel vivere, cioè, il « crisma di sacertà » proprio di uno *status* pensato e voluto dalla Provvidenza come strumento del suo disegno salvifico universale, dei singoli con tutti e di tutti come insieme di singoli.

Quando, dunque, delineiamo la ripartizione tra *matrimonium in fieri* e *matrimonium in facto*, ragioniamo in termini relativi, perché il primo ed il secondo non possono essere « assolutamente » (« ontologicamente ») divisi; e anche quando indichiamo la destinazione del consenso matrimoniale a determinare (come un *prius* rispetto a un *post*) un rapporto peculiare, o specificiamo che il primo è causa del secondo, oppure che il secondo è oggetto del primo, ragioniamo per approssimazione, giacché lo scambio del consenso matrimoniale implica cambiamento istantaneo di *status* e dunque per sé già comporta lo svolgimento sacramentale del rapporto, il *matrimonium in facto*.

(2) S. AUGUSTINI, *De bono coniugali*, cap. XXIV (MIGNE, PL, 394, 32).

(3) S. THOMAE, *Summa Theologica*, 1<sup>a</sup>, 2<sup>a</sup>e, qu. CVIII, art. II.

(4) SANCHEZ, *Disputationum de sancto matrimonio*, 1. II, disp. V, t.I, n. 7, Antuerpiae, MDCXXVI, p. 121.

2. La « correlazione » inscindibile che qui delinea evidentemente presuppone gli assunti normativi che il secondo *Codex* ha specificato e che la giurisprudenza ha adeguatamente approfondito tanto per definire ipotesi di patologia matrimoniale (e basti un accenno esemplificativo al can. 1095, n. 3); quanto per evidenziare l'importanza dell'indagine probatoria sul matrimonio rapporto onde giudicare la validità del vincolo. Tal genere di precetti e tale insegnamento del Tribunale Apostolico permettono infatti di chiarire la direzione di quelle « tracce » di ricerca che sopra preannunciavo: e di sottolineare un aspetto specifico dell'unità sacramentale corrente tra matrimonio negozio e matrimonio rapporto.

Intendo riflettere su ciò: che questa unità si proietta nella trasformazione dei singoli nubenti in una realtà che già, avvenuto lo scambio del loro consenso, implica « familiarità »; e correlazione di impegni e di doveri che sono reciproci, ma che anche trascendono la biunivoca essenza della relazione coniugale.

Cerco di spiegarmi meglio: evidenziando i momenti dell'accesso allo stato coniugale.

Nel primo momento, mentre pensa al matrimonio, ciascuno dei nubenti è *nel singolare*: medita, sente, spera avendo l'altro in considerazione, ma formandosi intellezioni autonome sull'altro per sé e su sé per l'altro, ragionando con il proprio intimo soltanto. Nel secondo momento i nubenti sono *nel duale*, in quanto vengono a sovrapporre le rispettive decisioni di contrarre il vincolo per farle valere come volontà matrimoniale in direzione univoca: qui essi già perdono l'autonomia propria della singolarità che si impone su un *quid* per determinarlo, per dirigerlo e plasmarlo; perché la volontà di ciascuno dei coniugi se è estrapolata dall'indicata sovrapposizione non ha, autonomamente, efficacia alcuna. Nel terzo momento, un istante dopo, gli sposi sono già oltre il duale, essendo proiettati *nel plurale*: essendo, in certo senso, le loro volontà, autonome o sovrapposte, non più libere né *in se*, né *inter se*.

La considerazione di questo « terzo momento » certamente non implica negazione della consistenza del matrimonio nell'intimità della relazione personologica, ma indica come il matrimonio medesimo determini elevazione del singolare e sublimazione del duale nel *ruolo naturale ed essenziale* degli sposi che ha la valenza pubblicitica della famiglia, *seminarium Ecclesiae*, cellula insostituibile della Chiesa mistero e cioè, in quanto « Chiesa domestica », misterioso luogo nel quale e per il quale si concretizza la collaborazione biologica e salvi-

fica con la Provvidenza creatrice. Ciò significa che tramite il consenso matrimoniale si determina la realtà di un « sistema », o, meglio, in termini più consoni al linguaggio giuridico, di un'« istituzione », fatta originariamente dai soli coniugi, ma che non muta di caratteristiche qualitative quando viene completata dai figli. Questi, infatti, non giungono per sommare persone a persone, bensì per inserirsi in un processo dinamico già qualificato di essenzialità. Il « sistema », o « istituzione », produce « effetti » che derivano dall'essere famigliare di ciascuno, ma che ciascuno per sé non saprebbe determinare.

3. Non si tratta di elucubrazioni meramente astratte, giacché l'indicata « consustanzialità » — se così può dire — in termini sacramentali del *matrimonium in fieri* e del *matrimonium in facto* conduce a chiarire le obbligazioni che il nubente assume quando esprime il consenso e, cioè, la struttura e le caratteristiche essenziali del negozio matrimoniale.

Ragionando, infatti, sul *ruolo ecclesiale* degli sposi, mi sembra di poter concludere come laddove addivengano al vincolo essi non contraggano soltanto obbligazioni vicendevoli, bensì anche doveri d'ordine pubblicistico, obblighi specifici, ed insieme diritti, nei confronti della *Societas Ecclesiae*. Il negozio matrimoniale, in altri termini, può essere ricondotto alla figura giuridica del sinallagma in termini del tutto relativi, perché il consenso matrimoniale comporta assunzioni di obblighi oltre il duale, oltre il « sese » « *tradere et accipere* » del can. 1057, perché è, tale consenso, causa della « famiglia » e dunque di una « struttura » — dell'indicato « sistema-istituzione » — che impegna oltre il rapporto coniugale: all'interno e fuori della famiglia stessa. In questo senso si può ribadire come il concetto di « fecondità » vada correlato al matrimonio con le ben note implicazioni quanto ai « fini » e all'« essenza » dello stesso in senso molto ampio, o, meglio, secondo una pluralità di significati.

La fecondità riguarda a un tempo i figli e i coniugi: ma anche la Chiesa che sul matrimonio e sulla famiglia si articola. Si tratta di fecondità biologica, conforme al « *crescite* » nel numero; ma anche di fecondità spirituale, in corrispondenza al comando divino di progredire nella capacità di amarlo e servirlo.

È questa seconda fecondità cui gli sposi devono tendere che qui sottolineo, per evidenziare la qualità e l'estensione dei diritti e dei doveri connessi alla sacramentalità in questione. La medesima implica vita « in sintonia » con il Cristo e l'orientamento a perseguirla è

fonte « diretta » di doveri e diritti: una fonte che solo parzialmente collima con l'altra inerente alla bilateralità sinallagmatica dello scambio del consenso da cui scaturiscono i doveri e gli *onera coniugalìa*.

Per questo motivo, forse, meglio si spiega anche l'irreversibilità dell'impegno coniugale. Certo, il consenso matrimoniale comporta donazione di sé: e chi dona più non ha, né può riprendere, se stesso, la propria libertà. Ma il concetto di dono non esclude la libertà di operarne la restituzione: quella degli sposi di « restituire l'altro all'altro », di divorziare. Se, però, si considera che il donarsi è sacro per la funzionalità ecclesiale del vivere con chi accetta il dono e a sua volta si dona; se si evidenzia che il consenso matrimoniale di ciascun coniuge comporta, per l'indicata sovrapposizione nel duale, impegno verso la Chiesa e la stessa divinità, dunque obbligazioni che hanno punti di riferimento diversi dagli stessi sposi, si spiega, così ragionando, come gli sposi non possano « restituirsi », in quanto non appartengono né a sé né altro, ma alla Chiesa e a Cristo.

4. Per lo stesso motivo, si può ancora dire, esclude l'essenza del matrimonio, perché ne rifiuta la funzione pubblicistica a questo inscindibilmente insita, e non soltanto lo simula nei confronti dell'altro coniuge, chi non esclude l'apertura alla prole in ordine all'aspetto biologico, ma limita il proprio impegno di paternità o di maternità al dato materiale, rifiutando, in via assoluta, la dedizione all'educazione cristianamente qualificata dei figli e, così, la funzionalità ecclesiale della famiglia e, cioè, la sacertà ad essa connessa (5).

Non si tratta di conclusioni nuove, se si considera come lo stesso Sanchez — di contro, bisogna ricordare, ad altra autorevolissima sentenza — affermasse: « *si quis contraheret non intendens se obligare ad educandam prolem, vel non impediendam, vel ad servandam fidem, esset irritum matrimonium* » (6). Dopo l'insegnamento conciliare (7), tuttavia, per il quale « l'istituto stesso del matrimonio e l'amore coniugale sono ordinati alla procreazione e all'educazione della prole », dovrebbero, queste conclusioni, essere rimeditate in ragione di nuovi presupposti e forse ricondotte al definitivo superamento di certe tesi dottrinali troppo legate agli schematismi della

(5) In proposito v. GHERRO, *Diritto matrimoniale canonico*, Padova 1985, 231.

(6) SANCHEZ, *Disputationum*, cit., l. 1, Disp. XXIX, n. 121, Ed. cit., p. 152.

(7) *Constitutio Apostolica « Gaudium et spes »*, 48.

concezione contrattualistica del matrimonio e, allora, troppo acriticamente, agli stereotipi della dogmatica giuridica. E ciò, appunto, quanto agli assunti di chi <sup>(8)</sup> nega la nullità del vincolo laddove risulti programmata l'astensione dall'educazione cristiana dei figli facendo leva sulla bilateralità degli impegni assunti con lo scambio del consenso coniugale e così pretermettendo la necessità di ragionare a margine della cennata sacramentalità del matrimonio e della famiglia « cellula della Chiesa ». E ciò anche, in altro ambito di problemi, circa il fondamento dei diritti della famiglia nei confronti della Chiesa, circa gli strumenti che questa deve garantire ai coniugi per far loro vivere il matrimonio « in sintonia » con la divinità, in funzione di ecclesialità, in armonia feconda con l'umana società.

---

<sup>(8)</sup> FUMAGALLI CARULLI, *Il matrimonio canonico dopo il concilio*, Milano 1978, 80 ss.

III. *Studi di diritto matrimoniale*



Pagina bianca

PABLO GEFAELL

IL MATRIMONIO CONDIZIONATO  
DURANTE LA CODIFICAZIONE PIO-BENEDETTINA  
fonte del c.826 CCEO

I. La fonte del c. 826 CCEO: perché cercarla nel CIC 1917? — II. *Iter* del canone sul matrimonio condizionato nel CIC 1917: 1. Le prime proposte di modifica: a) Le petizioni dell'episcopato; b) I voti preliminari; c) I lavori iniziali della Consulta. — 2. Il momento della proposta. — 3. Gli ostacoli alla proposta. — 4. La proposta diventa inaccettabile. — 5. La reazione dell'episcopato. — 6. Sparisce ogni riferimento alla proposta iniziale. — III. Considerazioni finali: 1. Visione « formalista » e visione « consensualista ». — 2. Consenso condizionato e diritto naturale. — 3. Possibili obiezioni al c. 826 CCEO. — 4. La soluzione si trova nella prova. — 5. Il c. 826 CCEO applicato ai latini? — IV. Conclusioni.

I. LA FONTE DEL C. 826 CCEO: PERCHÉ CERCARLA NEL CIC 1917?

Il presente lavoro prende spunto da un interscambio di vedute con un noto matrimonialista latino durante un congresso canonistico. Durante il suo intervento questo autore affermò che le norme orientali e quelle latine sul matrimonio condizionato si dovevano considerare identiche. Com'è risaputo, il c. 826 del CCEO ritiene invalido qualsiasi matrimonio celebrato sotto condizione, mentre il c. 1102 latino considera invalido soltanto il matrimonio contratto sotto condizione di futuro, tuttavia — diceva questo autore — le due normative sono uguali se si considera che, giuridicamente, la condizione vera e propria è soltanto quella di futuro incerta <sup>(1)</sup>, e quindi si deve presupporre che il ca-

---

<sup>(1)</sup> Cfr. A. REIFFENSTUEL, *Ius canonicum universum*, t. IV, Antuerpiae 1755, p. 84); F.X. WERNZ, *Ius Decretalium*, t. IV, Romae 1912, p. 83, n. 293, nota 4. Tuttavia, ci sono autori che propugnano di togliere questa divisione: cfr. J.M. GONZÁLEZ DEL VALLE, *La condición en el matrimonio canónico. En torno a una reciente*

none orientale si riferisca soltanto a quella, e non alle « condizioni » di presente o di passato (perché non sono tali). Invece, a nostro avviso, non era questa la *mens legislatoris* del CCEO, perché sembrava chiara la volontà di non accettare la validità del consenso emesso sotto qualsiasi condizione, anche quelle « improprie » di passato o di presente. Dunque, durante quella costruttiva discussione è sorto il reciproco impegno ad approfondire l'argomento.

Gli studi pubblicati finora sull'iter redazionale del c. 826 CCEO <sup>(2)</sup> hanno chiarito inequivocabilmente la disposizione normativa ivi compresa nel senso di includervi sia le condizioni di futuro sia le condizioni di passato e di presente <sup>(3)</sup> esigendo l'assenza di qualsiasi

*monografia*, in *Ius Canonicum*, 33 (1977), p. 69). Altri autori, invece, affermano che non può sopprimersi la distinzione: cfr. J. FORNÉS, *El consentimiento matrimonial y la condición « si proles nascetur » (consideraciones en torno al error, condición y dolo)*, in *Ius Canonicum*, 34 (1977), p. 268.

<sup>(2)</sup> K.T. GERINGER, *Die Bedingte Eheschließung im Recht der Katholischen Orientalischen Kirchen*, in *Archiv für Katholisches Kirchenrecht*, 160/I (1991) p. 68-82 (soprattutto p. 72-79). Cfr., anche, L.A. ROBITAILLE, *Conditioned Consent: Natural Law and Human Positive Law*, in *Studia Canonica*, 26 (1992), p. 75-110 (soprattutto p. 106-109); P. LORENZO, *Il matrimonio condizionato nel diritto della Chiesa orientale*, in *Il Diritto di famiglia e delle persone*, 22/3 (1993) p. 786-813 (soprattutto p. 799-813). L'articolo di P. Lorenzo presenta una lacuna nell'iter del c. 826 CCEO, dando un balzo dallo schema del 1980 al testo definitivo senza dare alcuna spiegazione (cfr. p. 8110-812); comunque, i passi intermedi si possono trovare nell'articolo di Lynda A. Robitaille (p. 106-109).

<sup>(3)</sup> Benché non presenti un studio per esteso dell'iter del c. 826 CCEO, mons. Prader, ribadisce questa affermazione, basandosi sul suo personale intervento nella redazione del canone: « La Commissione per la Revisione del Diritto Canonico Orientale, dopo approfondito studio delle fonti, è stata concorde nella decisione di sanzionare la nullità del matrimonio celebrato sotto qualsiasi condizione (J. PRADER, *La legislazione matrimoniale latina e orientale, problemi interecclesiali interconfessionali e interreligiosi*, Roma 1993, p. 44).

Infatti, in *Nuntia* si può leggere: « Esse si sottopongono ad un nuovo studio di comparazione con il can. 1056 § 1 dello schema latino che afferma che « matrimonium sub conditione de futuro valide c[on]trahi nequit ». Questo induce alcuni constultori a considerare unica soluzione accettabile per il diritto orientale la norma secondo cui « matrimonium sub quacumque conditione valide inire nequit ». (—) Se il § 1 dello schema latino sarà finalmente promulgato, cadono le principali obiezioni contro la proposta di stabilire nel Codice orientale con tutta chiarezza che « matrimonium sub conditione valide iniri nequit »... ». (*Nuntia* 15 (1983), p. 80). Quindi, con l'approvazione definitiva di questo testo, sembra chiara la volontà della Commissione orientale nel senso di stabilire che « l'apposizione di una condizione futura, presente o passata, comporta ipso facto la nullità del matrimonio » (J. PRADER, *Il consenso matrimoniale condizionato*, in AA.VV., *Il matrimonio nel Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium*, Città del Vaticano 1994, p. 280).

tipo di condizione come requisito per la *validità* del consenso matrimoniale. (Tuttavia, — come vedremo alla fine di questo lavoro — possono sollevarsi ancora dei dubbi sulla reale portata del c. 826 CCEO). Restava, comunque, il compito di individuare la fonte di questa normativa orientale: era una pura innovazione o si basava su qualche precedente diretto e chiaro? Su questo incentreremo il presente lavoro.

In primo luogo bisogna ricercare tra le possibili fonti più antiche. « Le Chiese orientali hanno sempre guardato con sospetto l'istituto latino del consenso matrimoniale condizionato, che ha la sua origine nel secolo XII, quando prevalse la concezione contrattualistica del matrimonio »<sup>(4)</sup>, e per questa ragione durante quasi diciotto secoli in oriente è stato sconosciuto l'istituto del matrimonio condizionato, non trovandosi perciò cause giudiziarie su questo capo di nullità fino al nostro secolo<sup>(5)</sup>. La maggioranza degli autori<sup>(6)</sup> affer-

(4) J. PRADER, *La legislazione*, p. 43.

(5) Cfr. F. GALTIER, *Le mariage. Discipline orientale et discipline occidentale. La Reforme du 2 Mai 1949*, Beirut 1950, p. 215; J. PRADER, *De consensu matrimoniale condionato*, in *Nuntia*, 6 (197880), p. 35.

(6) Infatti, stando alle ragioni di alcuni consultori della PCCICOR (cfr. P. LORENZO, *Il matrimonio condizionato*, p. 802-804) e di molti autori, fino al diciannovesimo secolo nel diritto canonico orientale esisteva la tradizione di non ammettere le condizioni nel matrimonio nel senso di considerare tali condizioni *uti non adiectae* (come non apposte) e dunque di presumere validi — benché illeciti — i matrimoni celebrati sotto condizione piuttosto che di considerarli tutti invalidi, come invece prevede l'attuale canone: « nelle Chiese orientali l'apposizione di condizioni al consenso matrimoniale fu sempre considerata irrilevante e perciò nulla la condizione e valido il matrimonio, ad eccezione della condizione contro la sostanza del matrimonio, che esclude il consenso ab intrinseco » (J. PRADER, *Il matrimonio in Oriente e in Occidente*, in *Kanonika* 1, Roma 1992, p. 187). « In Ecclesia Orientali matrimonia cum conditione inita in usu non sunt » (J. PAPP-SZILAGYI, *Enchiridion juris Ecclesiae orientalis catholicae pro usu auditorum theologiae, et eruditione cleri graeco catholici e propriis fontibus constructum*, Magno Varadini 1880, pars II § 119, p. 277). Inoltre, lo Zhishman aggiunge « Dig. XXVIII.7.20; « conditio pro non scripta accipienda est » » (J. ZHISHMAN, *Das Eherecht der orientalischen Kirche*, Wien 1864, p. 612, nota 5). Cfr. F.X. WERNZ, *Ius Decretalium*, n. 294, p. 85-86.

Cfr., anche, J. PRADER, *De consensu*, p. 35-37; M<sup>a</sup> J. VILLA, *El matrimonio condicional*, Madrid 1984, p. 41-42, nota 54); L.A. ROBITAILLE, *Conditioned Consent*, p. 97-98; J. ZHISHMAN, *Das Eherecht der orientalischen Kirche*, Wien 1864, p. 612; AE. HERMAN, *Adnotationes ad Motu proprio « Crebrae Allatae sunt »*, in *Periodica*, 38 (1949), p. 109; J. PRADER, *Il matrimonio condizionato*, p. 96; Cl. GALLAGHER, *Marriage and the Revised Canon Law for the Eastern Catholic Churches*, in *Studia Canonica*, 24 (1990), p. 82; E. DAVINO, *Il consenso matrimoniale canonico condizionato*,

ma che nella storia delle Chiese orientali, l'apposizione di condizioni al consenso matrimoniale si riteneva *uti non adiecta*, in modo che il matrimonio era da ritenersi sempre valido <sup>(7)</sup> (contrariamente a quello stabilito dal CCEO c.826) <sup>(8)</sup>. È certo che le condizioni *contra substantiam matrimonii* rendevano nullo il matrimonio anche nel Diritto orientale tradizionale, ma perché, in realtà, si trattava di esclusione del consenso *ab intrinseco* <sup>(9)</sup>.

*con particolare riferimento alle condizioni « de praeterito et de praesenti », in AA.VV., Il consenso matrimoniale condizionato. Dottrina e giurisprudenza rotale recente, Città del Vaticano 1993, p. 43-44.*

Cfr., anche, A. COUSSA, *Epitome praelectionum de iure ecclesiastico orientali*, vol. III, Romae 1950, n. 158, p. 179.

Nell'edizione del Motu Proprio *Crebrae Allatae* corredata delle fonti, il c. 83 riporta in calce diversi riferimenti che rimandano alle disposizioni di alcuni sinodi locali tardivi che, in linea di massima, o ritengono la condizione come non apposta o recepiscono la legislazione latina precodificata (Litt. Ap. m.p. datae *De disciplina Sacramenti Matrimonii pro Ecclesia orientali, adnotationibus fontium auctae cura Pontifici Consilii Codici iuris canonici orientalis redigendo*, Romae 1957, p. 26: « Can. 83: Syn. Armen., a. 1911, 564-567; Syn. prov. Alba-Iulien. et Fagarasien. Rumenorum, a. 1882, tit. IV, sect. I, cap. II, § 5 d); Syn. Sciarfen. Syrorum, a. 1888, cap. V, art. XV, § 3, n. 6 »). I testi di questi canoni sinodali sono riportati integralmente nell'articolo di J. PRADER, *Il matrimonio condizionato nel Diritto canonico orientale*, in AA.VV., *La definizione essenziale del matrimonio. Atti del colloquio romanistico-canonistico (13-16 marzo 1979)*, Roma 1980, p. 96-98, con le rispettive note.

<sup>(7)</sup> Pochi autori sostengono il contrario, vale a dire: che la Tradizione orientale sia stata orientata verso la nullità di ogni matrimonio condizionato, e questi autori non offrono nessuna prova al riguardo (cfr., p.es., D. LLAMAZARES, *Condición y matrimonio en el Derecho Canónico*, León 1976, p. 212; D. TIRAPU, *El consentimiento condicionado y el c. 1102 del Código de Derecho canónico*, in *Ius Canonicum*, 51 (1986) p. 325, nota 52).

<sup>(8)</sup> Per il diritto latino, invece, le parole « pro non adiecta habeatur » indicavano una presunzione *iuris tantum*, la quale ammette la prova contraria; per cui, se si provava che il consenso era stato soggetto a condizione seria, la validità o meno del matrimonio dipendeva dalla condizione apposta (cfr., p.es., D. TIRAPU, *El consentimiento condicionado*, p. 315-316).

<sup>(9)</sup> « Nelle Fonti della Pontificia Commissione per la redazione del Codex Iuris Canonici Orientalis, pubblicati fino all'anno 1415, si trovano due responsi pontifici (il primo dell'anno 1235, il secondo dell'anno 1373) che dichiarano essere invalidi i matrimoni contratti secondo l'abuso allora vigente in Slavonia e in Bosnia, sotto condizione « iuxta quam mulier coniungitur viro, si sibi placuerit in matrimonio retinenda » oppure « intentione (eam) dimittendi, si sibi placuerit », essendo tale condizione « contra matrimonii substantiam » » J. PRADER, *Il matrimonio condizionato nel Diritto orientale*, p. 95 e nota 22. Le Fonti citate dal Prader sono: « Fontes, Ser. III, vol. III, Typis Pol. Vat., 1950, n. 534; Fontes, Ser. III, vol. XII, Typis Univ. Gregorianae, 1956, p. 72, n. 115 » (*Ibid.*).

La Chiesa primitiva — sia orientale che latina — non ammetteva le condizioni nel matrimonio, come succedeva anche nel Diritto Romano. Il Diritto Romano classico ammise l'apposizione di condizioni per alcuni contratti, ma non per il matrimonio<sup>(10)</sup>. Poi, a partire dalla visione contrattualistica del matrimonio si è introdotta a poco a poco la possibilità di aggiungere a quest'ultimo delle condizioni<sup>(11)</sup>. Secondo molti autori<sup>(12)</sup>, le condizioni nella legislazione matrimoniale apparvero per la prima volta in alcuni testi del Decreto di Graziano<sup>(13)</sup>, non è però chiaro che quei testi si riferiscano alle con-

(10) Wernz lo esprimeva così « apud romanus antiquitus conditiones solummodo ultimis voluntatibus videntur fuisse appositae. Quae praxis nonnisi postea ad actus legitimos inter vivos fuit extensa, at textus quidam expressus de matrimonio conditionate celebrando in antiquo iure Romano non habetur » F.X. WERNZ, *Ius Decretalium*, t. IV, Prati 1912, p. 83, n. 294, nota 7. Cfr. anche J. PRADER, *Il matrimonio condizionato nel Diritto orientale*, p. 90; D. TIRAPU, *El consentimiento condicionado*, p. 314; D.G. OESTERLE, *De consensu matrimoniali in Iure pro Ecclesia Orientali*, in *Il Diritto ecclesiastico*, 61 (1950), p. 802.

(11) Cfr. M. ZUROWSKI, *Le développement de la notion canonique de la célébration conditionnelle du mariage*, in *Studia Canonica*, 11 (1977), p. 97. Alcuni autori mettono in rilievo che nel diritto giudaico c'era ormai una complessa normativa sui matrimoni condizionati (M<sup>a</sup> J. VILLA, *El matrimonio condicional*, p. 20-22).

(12) Cfr., p.es., F.X. WERNZ, *Ius Decretalium*, p. 83; G. OESTERLE, *De consensu matrimoniali in Iure pro Ecclesia Orientali*, p. 802; « Avant Gratien, on ne trouve pas de traces de mariages conditiones » (M. ZUROWSKI, *Le développement*, p. 98).

(13) GRATIANUS, *Decretum Magistri Gratiani*, in *Corpus Iuris Canonici*, editio Lipsiensis secunda, AE. FRIEDBERG (ed.), Pars prior, Leipzig 1879, riedizione: Graz 1955, C. 27, q. 2, c. 7, 8 e C. 32, q. 8, c. un.

Tuttavia, il Decreto di Graziano parla di un incerto « Concilio Africano », come fonte per la C. 27, q. 2, cc. 7 e 8, cosa che potrebbe essere interessante per il diritto orientale, dato che la maggioranza delle norme dei Concili di Cartagine furono accolte in Oriente. Purtroppo Wernz ci avverte che tale norma « in nullo Concilio Africano reperitur » (F.X. WERNZ, *Ius Decretalium*, p. 83, n. 294). Comunque, si possono trovare altri testi nella parte sistematica del Nomocanone di Fozio che parlano di *stipulationes* come qualcosa di simile alle condizioni apposte nella celebrazione del matrimonio (cfr. PHOTII C.P., *Nomocanon Photii. Tit. XIII, Cap. IV*, in AE. MIGNE, PG, vol. 104, p. 910 e 1194), che, benché raccolgano leggi del diritto civile romano post-classico, tuttavia dovrebbero avere un valore anche canonico, dovuto al fatto di trovarsi in un Nomocanone. Queste *stipulationes*, però, probabilmente non erano condizioni vere e proprie, se teniamo in conto altri esempi provenienti dai romanisti (Cfr. M. ZUROWSKI, *Le développement*, p. 96 e nota 25). « In Oriente le regole del diritto romano concernenti le condizioni nei negozi giuridici sono state applicate solo agli sponsali civili che si identificano con la costituzione della dote e con l'impegno di contrarre matrimonio futuro » (J. PRADER, *Il matrimonio condizionato nel Diritto orientale*, p. 94).



dizioni propriamente dette <sup>(14)</sup>. Furono, quindi, i glossatori e i decretisti ad interpretare questi testi — che per altro erano nel senso del *uti non adiecta* <sup>(15)</sup> — e a costruire l'istituto latino del matrimonio condizionato <sup>(16)</sup>. Dunque, nella tradizione legislativa orientale più antica non esistono fonti del c. 826 CCEO.

Oltre a questo, occorre prendere anche in considerazione la legislazione orientale più recente previa al CCEO. A questo riguardo, il c. 83 del m.p. *Crebrae Allatae* (CA) <sup>(17)</sup> costituisce il più vicino possibile precedente legislativo del CCEO c. 826. Tuttavia, questo canone del CA è stato oggetto di molteplici interpretazioni <sup>(18)</sup>, anche giurispru-

<sup>(14)</sup> « Mais il ne s'agissait pas là vraiment d'un mariage conditionnel, bien que le mot de "condition" figur dans le texte ». J. GAUDEMET, *Le mariage en occident. Les moeurs et le droit*, Paris 1987, p. 182. Cfr., anche, M. ZUROWSKI, *Le développement*, p. 98; L.G. WERN, *A New Condition Limiting Marriage*, in *The Jurist*, 34 (1974), p. 294.

<sup>(15)</sup> « E (si noti questo fatto) tali accenni sono nettamente negativi! Infatti sia nell'una che nell'altra « palea » si rigetta esplicitamente la ammissibilità di un contratto sotto condizione e si afferma che, se tale matrimonio verrà contratto, esso avrà senz'altro valore di matrimonio perfetto e la condizione cadrà nel nulla » (A. ODDI-BAGLIONI, *Il matrimonio condizionato*, Padova 1938, p. 8-9).

<sup>(16)</sup> Cfr., tra altri, A. LEUZZI, *La condizione del consenso matrimoniale canonico. Dalla disciplina del 1917 a quella attuale*, in *Apollinaris*, 66 (1993), p. 373; D. TRAPU, *El consentimiento condicionado*, p. 314, nota 6.

<sup>(17)</sup> AAS, 41 (1949), p. 107.

<sup>(18)</sup> Molti autori dedicano parte dei loro articoli a esporre le opinioni dei diversi canonisti a questo riguardo (p. es., P. HUIZING, *De consensu matrimoniali conditionato*, in *Periodica*, 55 (1966), p. 70-75; P. LORENZO, *Il matrimonio condizionato*, p. 790-799). Dopo aver confermato i dati riportati da questi autori, abbiamo cercato di integrarli, per quanto possibile, con le nostre ricerche.

Tre sono le impostazioni:

a) Autori a favore della semplice illiceità del matrimonio condizionato: F. GALTIER, *Le mariage*, p. 209 e 214; E. GRAZIANI, *Matrimonium sub conditione contrahi nequit*, in *Ephemerides Iuris Canonici*, 6 (1950), p. 221-230; V.J. POSPISHIL, *Code of Oriental Canon Law, The Law on Marriage: Interritual Marriage Law Problems*, Chicago 1962, p. 131; V.A. BERNÁRDEZ CANTÓN, *Curso de Derecho matrimonial canónico*, Madrid 1971, p. 255-256, nota 1; A. WUYTS, *Le nouveau droit matrimonial des Orientaux*, in *Nouvelle revue theologique*, 8 (1949), p. 837; M. ZUROWSKI, *Matrimonium sub conditione*, in *Periodica*, 64 (1975), p. 141-146; L. OLDANI, *Il diritto matrimoniale delle chiese orientali*, in *La scuola cattolica*, p. 354.

b) Autori che interpretavano il c. 83 CA nel senso dell'irrelevanza della condizione apposita. Il matrimonio così condizionato sarebbe valido o nullo nel foro interno secondo la condizione, ma non sarebbe impugnabile nel foro esterno per questo capitolo di nullità: cfr. G. OESTERLE, *De disciplina sacramenti matrimonii pro Ecclesia Orientali sub luce CIC*, in *Monitor Ecclesiasticus*, 76 (1951), p. 303; IDEM, *De consensu matrimoniali in Iure pro Ecclesia orientali*, p. 793-809.

denziali <sup>(19)</sup>, e per questo motivo non si può considerare come fonte

Anche il Card. Parecattil era di questo avviso, se prendiamo in considerazione l'osservazione che sollevò davanti al progetto del canone latino dello schema del 1980 (cfr. PCCICR, *Relatio complectens synthesim animadversionum ab Exc. mis Patribus Commissionis ad novissimum Schema Codicis Iuris canonici exhibitarum, cum responsionibus a Secretaria et Consultoribus datus*, Typis Poliglotis Vaticanis 1981, p. 258). Cfr., anche, A. D'ORS *Tres notas sobre el nuevo derecho matrimonial canónico*, in *La Ley*, 1984/1, p. 1108-1110.

AE. Herman mantiene un atteggiamento peculiare: da un lato concorda con Oesterle nel dichiarare che il c. 83 CA — secondo la tradizione orientale — *dovrebbe* essere interpretato nel senso del *uti non adiecta*: (AE. HERMAN, *De interpretatione can. 83 Motu proprio « Crebrae Allatae sunt »*, in *Monitor Ecclesiasticus*, 76 (1951), p. 510). Tuttavia, nello stesso articolo, Herman dubita, e — considerando che la Chiesa non può supplire il consenso dei contraenti — non nega la possibilità di accusare di nullità nel foro giudiziario il matrimonio condizionato (cfr. *Ibid.*, p. 514). Per questa ragione Herman può essere incluso nel gruppo di autori a favore della semplice illiceità (cfr. J. PRADER, *Il consenso matrimoniale condizionato*, p. 278-279).

c) Autori che interpretano il c. 83 CA nel senso della nullità di ogni matrimonio contratto sotto qualsiasi condizione: K. MÖRSDORF, *Lehrbuch des Kirchenrechts*, II, München-Paderborn-Wien 1967, p. 236; V. DEL GIUDICE, *Appunti circa il can. 1092 del Codex Iuris Canonico*, in *Il Diritto ecclesiastico*, 66 (1955), p. 11; I. GALASSI, *Il matrimonio condizionato nel diritto canonico orientale secondo la nuova disciplina*, in *Ephemerides Iuris Canonici*, 6 (1950), p. 231-238; G. DOSSETTI, *La formazione progressiva del negozio nel matrimonio canonico. (Contributo alla dottrina degli sponsali e del matrimonio condizionale)*, Bologna 1954, p. 129; A. DE LA HERA, *Acerca de la condición en el matrimonio canónico*, in *Ius canonicum*, 23 (1972), p. 451-464.; J. FORNÉS, *El consentimiento matrimonial y la condición*, p. 255-294; D. LLAMAZARES, *Condición y matrimonio*, p. 211-213; V. REINA, *El consentimiento matrimonial*, Barcelona 1974, p. 202-203; O. GIACCHI, *Il consenso nel matrimonio canonico*, Milano 1968, p. 265; J. MANS, *El consentimiento matrimonial*, Barcelona 1956, p. 256; D. STAFFA, *De conditione contra matrimonii substantiam*, Romae 1955, p. 33, nota 56; M.F. POMPEDDA, *Il consenso matrimoniale in AA.VV. Il matrimonio nel nuovo Codice di Diritto canonico*, Padova 1984, p. 81-82; E. DAVINO, *Il consenso matrimoniale canonico condizionato*, p. 44.

Pospishil oggi considera la norma del c. 826 CCEO come « a repetition found in the preceding law of *Crebrae Allatae* (c. 83) » (V.J. POSPISHIL, *Eastern Catholic marriage Law according to the Code of Canons of the Eastern Churches*, Brooklyn (NY) 1991, p. 357), ma non è chiaro se abbia cambiato idea circa l'interpretazione della norma del CA (*vide supra*).

<sup>(19)</sup> Nella giurisprudenza il c. 83 CA è stato interpretato prevalentemente nel senso di norma *ad liceitatem* (Cfr. J. PRADER, *Il matrimonio in Oriente e in Occidente*, p. 189-190; L.A. ROBITAILLE, *Conditioned Consent*, p. 105-106). Tuttavia, González del Valle indica che riguardo alla condizione nel diritto canonico orientale, la giurisprudenza optava anche per la soluzione secondo cui « siempre que la condición aflora en la celebración del matrimonio el matrimonio ha de considerarse nulo por defecto de forma; pero si no aflora en la celebración solemne, el matrimonio será nulo o no según la condición se cumpla o no » (J.M. GONZÁ-

legislativa chiara e sicura, al meno finché non si rendano pubblici i lavori di elaborazione del CA (20).

A nostro avviso, solo una fonte può essere ritenuta come il diretto precedente — se non legislativo almeno « ideativo » — del c. 826 CCEO: ossia la proposta, avanzata durante la codificazione piobenedettina, di ritenere invalido il consenso emesso sotto qualsiasi condizione, anche di presente e di passato. Durante i lavori della PCCICOR si è richiamata l'attenzione proprio su questo fatto, citando quasi letteralmente (21) il noto brano del Card. Gasparri — già Segretario della Commissione per la redazione del CIC del 1917 — che nel 1932 scriveva « Ex actis praeparatoriis ad Codicem, constat inter Consultores actum fuisse de irritando matrimonio sub qualibet conditione inito iuxta principium in recentioribus legislationibus receptum *actui legitimo conditio apponi non debet*. P. Wernz canonem relativum redegit omnesque Consultores, Praeside non escluso, assensum praebuerunt; sed postea canon redactus disparuit et loco ipsius rel. can. 1092 positus fuit, quin hac de re amplius mentio fiat in actis » (22).

Nel canone 826 del CCEO, la PCCICOR, prendendo in considerazione le esigenze del carattere sacro della benedizione nuziale, e della dignità di sacramento che ha il patto matrimoniale, e dalla esigenza di sincerità, totalità e incondizionalità della naturale donazione coniugale, ha portato fino in fondo queste esigenze con lo stabili-

---

LEZ DEL VALLE, *Derecho canónico matrimonial*, Pamplona 1983, p. 82). Quest'ultima opzione della giurisprudenza dovrà tenersi ben presente quando vedremo l'iter del CIC 1917.

(20) L'unico dato che abbiamo trovato riguardo l'iter del CA è un brano del Galtier che dice: « le texte du schéma préparatoire au Code Oriental porte en note les observations des Consultants représentant les diverses communautés qui signalent les points qui ne sont pas conformes à leur discipline; or le texte du C. 1092 y est reproduit sans aucune mention de discussion, ni modification. Les consultants ont donc estimé alors que ce texte qui distingue l'effet des diverses formes de conditions ne s'opposait pas au droit oriental en vigueur » (F. GALTIER, *Le mariage*, p. 214). Con questo dato si può affermare, certamente, che il diritto orientale fino allora *in vigore*, era coincidente — in linea di massima — con il latino (disciplina frutto dei sinodi sopra citati), ma non che il c. 83 CA sia in quella scia latinizzante (Cfr. V. DEL GIUDICE, *Appunti*, p. 11).

(21) J. PRADER, *De consensu*, p. 39. La citazione in *Nuntia* ha soltanto delle varianti grammaticali riguardo a quella originale: nel testo riportiamo letteralmente le parole del Gasparri.

(22) P. GASPARRI, *Tractatus canonicus de matrimonio*, vol. II, Romae 1932, n. 878, p. 73, nota 2.

re — per diritto positivo — un nuovo requisito per la validità giuridica del consenso matrimoniale: l'incondizionalità assoluta. La normativa orientale, dunque, basandosi su una tradizione che rifiutava le condizioni — in un modo o in un altro, ma comunque sempre in modo più radicale che nella Chiesa latina — è giunta alla normativa odierna giovandosi di una proposta nata in seno alla Commissione codificatrice pio-benedettina, che come vedremo si era posta queste stesse esigenze in maniera sorprendentemente parallela a quello che si è verificato solo ottanta anni più tardi.

Leggendo il citato brano di Gasparri ci siamo soffermati — incuriositi — su quell'inciso finale: « quin hac de re amplius mentio fiat in actis ». Parlando del canone proposto da Wernz, Prader ha scritto recentemente: « il canone così redatto sparì e non si è mai saputo per iniziativa di chi »<sup>(23)</sup>. Molti altri autori — recenti e non — raccolgono il riferimento alla proposta di Wernz, citata da Gasparri<sup>(24)</sup> ma non si soffermano su di essa, per mancanza di fonti al riguardo. L'autore che offre uno studio più completo è G. Oesterle, che — oltre al riferimento del Gasparri — presenta il testo del c. 397 dello schema del 1909 e il c. 1095 dello schema del 1916, e anche — senza riportare il testo — parla dello schema del 1913 per « sentito dire » (« prout benignissime mihi communicavit C.P. Roberti »<sup>(25)</sup>) Ma il testo del 1909 non è affatto il primo: ha alle spalle, infatti, un lungo lavoro precedente. È nostro proposito

(23) J. PRADER, *Il matrimonio in Oriente e in Occidente*, p. 186.

(24) Cfr. M. FERRABOSCHI, *Il matrimonio sotto condizione*, Padova 1937, p. 8; E. GRAZIANI, *Contributo allo studio della condizione nel diritto matrimoniale canonico*, in *Ephemerides Iuris Canonici*, 3 (1947), p. 485; V. DEL GIUDICE, *Qualche considerazione sulle condizioni de futuro di cui al can. 1092, n. 1 del Codex iuris Canonici*, in *Il Diritto ecclesiastico*, 60 (1949), p. 307, nota 1; F. GALTIER, *Le mariage*, p. 211; P. HUIZING, *De consensu*, p. 75; T. GARCÍA-BARBERENA, *El matrimonio condicionado. Problemas de iure condendo*, in *El consentimiento matrimonial*, boy, Salamanca 1976, p. 231; S. BERLINGÒ, *Motivi e prospettive per una riforma del can. 1092*, in *Ephemerides iuris canonici*, 34 (1978), p. 59; P. LORENZO, *Il matrimonio condizionato*, p. 806; J.M. SERRANO, *Il consenso matrimoniale condizionato*, in *La nuova legislazione matrimoniale canonica: il consenso: elementi essenziali, difetti, vizi*, Città del Vaticano 1986, p. 161-162; D. TIRAPU, *El consentimiento condicionado*, p. 326-327; CL. GALLAGHER, *Marriage and the Revised*, p. 81; A. LEUZZI, *La condizione del consenso matrimoniale canonico*, p. 374; J. FORNÉS, *Simulación y condición*, in *Ius Canonicum*, 65 (1993), p. 297.

(25) G. OESTERLE, *Praesumptio iuris aut fictio iuris?*, in *Ephemerides Iuris Canonici*, 2 (1946), p. 98-99, nota 6. Lynda A. Robitaille presenta anche il c. 397,

esporre cosa è successo nella Commissione che ha lavorato durante gli anni 1904-1917.

Benché gli schemi del processo di codificazione del codice piobenedettino non siano stati pubblicati — come invece era stato augurato dallo stesso S. Pio X nel 1904<sup>(26)</sup> e successivamente annunciato dal Roberti nel 1937<sup>(27)</sup> — nell'anno 1985 si è finalmente messo a disposizione degli studiosi il Fondo dell'Archivio Segreto Vaticano (ASV) in cui si trovano i lavori redazionali del *Codex Iuris canonici* latino del 1917 (d'ora in poi ASV.C)<sup>(28)</sup>. Questo fatto permette di sviluppare ricerche storiche su qualsiasi argomento riguardante questo corpo legale<sup>(29)</sup>, riparando così alla mancanza d'informazione che c'era finora su quella codificazione<sup>(30)</sup>. Nel caso specifico che ci riguarda (cioè, il c. 1092 del CIC 1917), abbiamo avuto la fortuna di trovare — non senza difficoltà — sostanzialmente quasi tutto il materiale concernente l'*iter* redazionale.

Approfittando dell'esperienza accumulata grazie ad un precedente lavoro sulla codificazione latina piobenedettina<sup>(31)</sup>, ci siamo assunti il compito di ricostruire l'*iter* redazionale del c. 1092 del CIC 1917, sul consenso matrimoniale condizionato. Questa ricerca è divenuta in certo qual modo appassionante, per le novità che vi emergevano.

ma la sua fonte, come ella stessa riconosce, è Oesterle « My source for this information comes primarily from D. G. Oesterle... ». (L.A. ROBITAILLE, *Conditioned Consent*, p. 83, nota 21 e p. 84).

<sup>(26)</sup> Cfr. PIUS PP. X. Motu proprio *Arduum sane munus*, in *ASS*, XXXVI, p. 551.

<sup>(27)</sup> Cfr. F. ROBERTI, *Codice Iuris Canonici Schemata De Processibus*, in *Acta Congressus Iuridici Internationalis*, vol. IV, Roma 1937, p. 29, nota 1.

<sup>(28)</sup> Il materiale si trova raggruppato in 96 scatole, e — in linea di massima — in ogni scatola esistono fascicoli, con pagine numerate. Tuttavia, dato che in molti casi o non esistono divisioni in fascicoli o non c'è numerazione di pagine, abbiamo optato verso il seguente metodo: se non si indica il fascicolo o la pagina vuol dire che il materiale si trova all'interno della scatola senza ordine.

<sup>(29)</sup> Cfr. ad es., i lavori di G. POSADA, *El concepto de potestad delegada en la codificación de 1917*, tesi dottorale del Centro Accademico Romano della Santa Croce, « pro manuscripto », Roma 1987; F. FALCHI, *I Chierici nel processo di formazione del codice Pio-Benedettino*, Padova 1987; J.P. RUISÁNCHEZ, *La potestad de orden en la codificación de 1917*, tesi dottorale del Centro Accademico Romano della Santa Croce, « pro manuscripto », Roma 1989.

<sup>(30)</sup> Cfr. M. FALCO, *Introduzione allo studio del Codex Iuris Canonici*, Torino 1925, p. 28-29.

<sup>(31)</sup> Cfr. P. GEFAELL, *El Régimen de la Potestad delegada de Jurisdicción en la Codificación de 1917*, Roma 1991.



## II. « ITER » DEL CANONE SUL MATRIMONIO CONDIZIONATO NEL CIC 1917.

In questa parte del lavoro cerchiamo semplicemente di mostrare come nacque e come morì — e perché — la proposta di abolire tutti i tipi di condizioni. Non toccheremo, dunque, i riferimenti alla disciplina sulle condizioni *turpes*, impossibili, necessarie, i modi, le cause, ecc., centrando il nostro interesse sulle proposte di stabilire la nullità o meno dei matrimoni sotto condizione di futuro e di quelli sotto condizione di passato o di presente.

### 1. Le prime proposte di modifica:

#### a) Le petizioni dell'episcopato:

Il primo dato interessante si trova nelle prime proposte pervenute a Roma da tutti i vescovi del mondo al fine di avviare il processo codificatore. Infatti, i *Postulata Episcoporum* della provincia ecclesiastica del Montreal indicano: « *Omnis conditio contractui matrimoniali apposta habeatur pro non adiecta. (Postulant Patres Prov. de Montreal)* » <sup>(32)</sup>.

Si proponeva, in questo modo, una soluzione radicale al complicato problema della normativa sul matrimonio condizionale nella disciplina latina, ma — come abbiamo visto — nel senso della più genuina tradizione orientale: ritenere ogni condizione come non apposta.

Questa proposta non fu presa in considerazione dai consultori incaricati di redigere i *voti* preliminari. Ma questo non significa che questi *voti* non mostrassero anche importanti proposte innovative.

#### b) I *voti* preliminari:

Nei lavori per la codificazione <sup>(33)</sup> ogni materia era affidata a due consultori <sup>(34)</sup>, che dovevano redigere i rispettivi *voti* <sup>(35)</sup> che sarebbero serviti poi come base per la discussione nella Commissione di Consultori (« la Consulta »). Per il nostro argomento, i *voti* sono stati incaricati a Palmieri e De Becker.

<sup>(32)</sup> *Postulata Episcoporum in ordinem digesta a R.mo P. Bernardino Klumpfer O.F.M., consultore*. Roma 1905, in ASV.C. Scatola 4, p. 178.

<sup>(33)</sup> PIUS PP. X, *motu proprio « Arde Sane Munus » De Ecclesiae legibus in unum redigendis*, 14 aprile 1904, in ASS, XXXVI, p. 549-551.

<sup>(34)</sup> Cfr. ASV.C., Scatola 1, Atta di distribuzione delle materie.

<sup>(35)</sup> Vale a dire, le proposte di canoni che servivano di base per iniziare le discussioni nel *Coetus* dei consultori. Cfr. G. NOVAL, *Codificationis Iuris Canonici, recensio historico-apologetica et Codicis Pius-Benedictinus notitia generalis*, Roma 1918, p. 27, n. 28.



b.1) *Il voto di Palmieri*: Domenico Palmieri, S.J. <sup>(36)</sup>, proponeva un canone molto innovativo, che al primo sguardo richiama alla mente il testo dell'attuale c. 1102 del CIC del 1983:

« 8. *In celebratione matrimonii consensus absolutus exprimendus est absque ulla conditione aut modo.*

*Quaecumque conditiones de re futura incerta apponantur, actus vitia- tur. Idem praestat modus, qui essentiae matrimonii adversetur.*

*Si quis interius sub conditione consentiat, eo iure regitur quo qui ficte consentit (c. 4).*

*Si quid praesens vel praeteritum aut certe futurum sub forma conditio- nis apponatur, actus statim valet, vel non valet »* <sup>(37)</sup>.

Palmieri, dunque, propone — riguardo al nostro tema — che qual- siasi vera condizione di futuro (lecita o meno) renda viziato il consenso matrimoniale, e se è stata posta soltanto nel foro interno debba ritenersi come simulazione del consenso. Inoltre, questo illustre teologo e filosofo, ammette le condizioni di passato e di presente. Come si vede è un chiarissimo precedente della normativa latina attuale, che probabilmente fu conosciuto dalla PCCICR <sup>(38)</sup>.

Palmieri, nelle sue *Adnotationes* al canone proposto, spiega il perché di questa innovazione: « *Adverto 1 §. matrimonia celebrata sub conditione exces- sisse ab usu: iam suo tempore aiebat Schmalzgrueber, fere inusitata esse 1. 4, tit. 5, n. 59. Videtur aetate Gregorii, cum minus sollemniter etiam clandestine ini- rentur matrimonia, in more fuisse adiacere conditiones: nunc codices civiles ma- trimonia conditionata non agnoscunt. Si quis conditiones honestas apponere ve- lit, eas sponsalibus apponat et non nisi impletis matrimonium ineat »* <sup>(39)</sup>.

<sup>(36)</sup> Domenico Palmieri, S.J., filosofo e teologo, nato nel 1829 e morto nel 1909, insegnò alla Gregoriana (1863-1879). Trasferitosi a Maastrich (1880-1887) tornò a Roma dove svolse incarichi di Teologo della Penitenziaria, Consultore del S. Ufficio e poi membro della Commissione per il Codice di diritto canonico. « Scrisse numerose opere, notevoli per profondità di dottrina e limpidezza di esposizione. (...) Di maggior valore sono le opere teologiche: ... *De matrimonio christiano*, Roma 1880 (...) curò la nuova edizione dell'*Opus theologicum morale* del Ballerini (3<sup>a</sup> ed., 7 voll. Prato 1898-1901) » (AA.VV., *Enciclopedia Cattolica*, vol. IX, Firenze 1952, col. 660).

<sup>(37)</sup> *Votum Rmi. P. Dominici Palmieri, S.I., Lib. III, tit. VII, De consensu matrimoniali*, Romae 1905, in ASV.C, Scatola 55: Verbali De Matrimonio (*Lib. III De Rebus*), p. 344 retro.

<sup>(38)</sup> Tutto l'ASV.C proviene, infatti, dall'archivio della PCCICR. (Cfr. Indice ASV.C, p. 1, nota marginale manoscritta e firmata da Mons. Moulis e da Mons. Herranz).

<sup>(39)</sup> *Votum Rmi. P. Dominici Palmieri, S.I., ...cit.*, p. 346 retro e 347.

Come già diceva Papp Szilagyi per gli orientali <sup>(40)</sup>, i matrimoni celebrati sotto condizione non sono più in uso anche tra i latini, dice Palmieri. E i codici civili non riconoscono i matrimoni condizionati, cosa che — come vedremo — è la principale ragione che Wernz addurrà più tardi.

Il testo del paragrafo secondo del canone proposto potrebbe sembrare un po' oscuro. Ma l'espressione « *actus vitiatur* » indica l'invalidità del matrimonio, come lo stesso Palmieri spiega: « *Itaque si conditiones impossibiles sunt, habeantur, quemadmodum vere sunt, tamquam ostendentes dissensum; si possibiles sunt et honestae (de turpibus iam dictum est), per se suspenderent assensum, ita ut, nondum verificata conditione, validum foret, quamvis illicitum, alterum matrimonium. Heic proponitur, ut alterum matrimonium nedum validum sed licitum habeatur irritato priore: quod magis congruit cum natura conditiones, quam quod pro nulla habeatur* » <sup>(41)</sup>.

Riguardo alle condizioni nel foro interno spiega: « *Atque haec de conditionibus expressis in celebrando matrimonio. Si intra animum mansit conditio, puto cum huiusmodi homine eodem pacto agendum esse ac cum ficte consentiente. Si demonstret conditionem vere adfuisse, matrimonium declarabitur nullum, quemadmodum fieret si eam expressisset, secus consentire debbit absolute* » <sup>(42)</sup>. Quindi, secondo la proposta del Palmieri, il matrimonio sarebbe nullo se venisse posta una condizione di futuro nel foro interno o nella celebrazione. Questo è importante, perché — come vedremo — Palmieri opinava il contrario di Wernz, e in questo legittimo contrasto di opinioni si trova — a nostro avviso — il nocciolo del problema.

Nella proposta di Palmieri, le condizioni di passato o di presente si ammettono senza problemi.

b.2) *Il voto del Rev.mo Giulio De Becker.* — Il voto dell'altro consultore incaricato è più conservatore e cerca di esporre, in linea di massima, la normativa precodificiale. Non mancano però alcune proposte innovative:

« *Can. VIII:*

§ 1. *Conditio suspensiva de futuro contingenti possibilis et honesta valide apponi non potest matrimonio nisi gravi ex causa, accedente Or-*

<sup>(40)</sup> *Vide supra*, nota 6 § 2.

<sup>(41)</sup> *Votum Rmi. P. Dominici Palmieri, S.I., ...cit.*, p. 346 retro e 347. Il sottolineato è nostro.

<sup>(42)</sup> *Ibid.*

*dinarii expresso consensu. Pendente conditione sic apposita, valor ipsius matrimonii in suspenso remanet; ipsa vero verificata, vel partibus ultro eidem renuntiantibus, valet matrimonium quin requiratur consensus renovatio. Moneatur tamen parochus qui matrimonio conditionate celebrato adfuit.*

§ 2. *Conditio suspensiva de futuro contingenti impossibilis vel turpis nullum reddit matrimonium sub tali conditione initum tam ante quam post adimpletam conditionem turpem.*

§ 3. *Conditio de futuro contra substantiam matrimonii quae ius mutuum et maritale coniugum in corpus excludat, seu contra proprietates essentielles matrimonii uti contra bonum physicum prolis vel bonum fidei coniugalis vel bonum sacramenti, adnexa consensui matrimoniali illum reddit nullum et irritum.*

*Modus tamen, sive sit turpis sive sit contra substantiam matrimonii, si realiter a conditione proprie dicta est distinctus, effectum irritandi consensus non habet* » (43).

Riguardo al nostro argomento, l'unica novità interessante è il requisito del §1 circa l'espresso consenso dell'Ordinario per la validità dell'apposizione della condizione di futuro onesta. Tuttavia, in questo testo non rimane chiaro se si voleva che la condizione apposta senza consenso dell'Ordinario rendesse nullo il matrimonio o piuttosto che si avesse per non apposta. Perciò, nelle *Adnotationes*, De Becker spiega: « *Unde in §1 proponitur ius hodie existens circa effectum iuridicum conditionis de futuro contingenti et honesta, iusta cap. 5 et 7 de condit. appos., nisi quod, hic etiam, proponatur sanctio irrationis si non intercesserit Ordinarii expressa permissio* » (44). Si trattava, quindi, di proporre la nullità dei matrimoni celebrati condizionalmente senza la espressa licenza dell'Ordinario.

#### c) I lavori iniziali della Consulta:

Cercando di integrare i voti di Palmieri e di De Becker, è stato redatto — probabilmente dallo stesso Gasparri — il primo schema d'ufficio (45):

(43) *Votum Rmi. Dni. Iulius De Becker, Lib. III, tit. VII, Caput VI De consensu Matrimoniali*, Romae 1905, in ASV.C., Scatola 55: *Verbali De Matrimonio (Lib. III De Rebus)*, p. 352. (I sottolineati sono dell'originale).

(44) IDEM, *Adnotationes. Ad Can. VIII* (ASV.C., Scatola 55, p. 356-357).

(45) Sulle proposte dei voti di Palmieri e De Becker si fece un primo schema d'ufficio, che diede la base al dibattito in seno alla Commissione dei Consultori. Non si trova traccia di qualche riunione per decidere il testo iniziale. Questo primo schema probabilmente fu redatto personalmente dallo stesso Gasparri.

« Can. 11:

§ 1. *Matrimonium initum sub conditione de praesenti vel de praeterito valet vel non valet, prout conditio existit vel non.*

§ 2. *Initum sub conditione de futuro necessario aut impossibili statim valet, nisi contraens verificationi conditionis consensus alligaverit.*

§ 3. *Initum sub conditione de futuro contingenti, etiam licita, est usque ab initio semper invalidum. can. 12: Nunquam permittatur expressioni consensus matrimonialis apponi aliquam conditionem, demonstrationem aut modum » (46).*

Come si può vedere, il c. 11 è — in sostanza — uguale a quello di Palmieri e quasi identico al c. 1102 del CIC 1983. Il § 2, che ritiene le condizioni de futuro necessarie o impossibili come non apposte, ammetteva prova in contrario (ma su questo non ci soffermiamo). Si trova anche un c. 12 che vieta — *ad liceitatem* — l'apposizione di condizioni nell'espressione del consenso (cioè in modo esterno e nella stessa celebrazione) (47).

Nella prima riunione della Consulta particolare (48) (4 gennaio 1906), il P. Wernz pone sul tappeto il problema delle condizioni *uti*

(46) *Schema d'ufficio n. I: tit. VII, cap. VI De consensu matrimoniali*, in ASV.C., Scatola 55: *Verbali De Matrimonio (Lib. III De Rebus)*, p. 359 retro.

(47) De Becker aveva proposto questo precedentemente, ma riferendosi alle condizioni contro la sostanza. « *Dicitur: "adnexa consensui matrimoniali" potius quam: "apposita in celebratione matrimonii". Sane, verissimum est quod, in foro externo, multo difficilius erit probare talem conditionem fuisse adnexam consensui, si id non fuerit factum in ipsa celebratione. Attamen, non desunt casus in quibus adiuncta sive proxima sive remota permittunt iudicare in foro externo consensus reapse fuisse tali conditioni adnexum, uti respondit S. Off. ad Episc. S. Alberti 9 Dec. 1874, et ad Ep. Nesquallien. 1877 (Collect. de Prop. Fide, 1301 et 1302, ad verbum "quod ultimum")* » (ASV.C., Scatola 55, p. 356-357, *Adnotationes*, § 3).

(48) Per la redazione delle prime bozze dei canoni su ogni argomento, c'erano apposite « Consulte parziali » (o « particolari ») più ristrette, dalle quali ogni volta venivano redatti i cosiddetti « Verbali ». Riguardo il nostro argomento, le Consulte parziali hanno avuto luogo tra il 4 gennaio e il 22 marzo 1906. I Consultori che vi prendevano parte, per la nostra materia, erano: Pompili, Bastien, Palmieri, Van Rossum, Sebastianelli, Wernz, e De Lai. Il Presidente di quella commissione di consultori era lo stesso Gasparri.

I Verbali, dattiloscritti o manoscritti, « constituyen una fuente de particular valor y certeza, al mostrarnos lo que efectivamente fue tratado y discutido en el estudio de los cánones. De todas maneras, y es un dato de interés, estas actas dejan traslucir el carácter de consulta que revistieron las sesiones de los consultores, y que permiten constatar el hecho de la intervención *decisiva* del cardenal Gasparri » (G. POSADA, *El concepto*, p. 21).

*non adiectis*, e, inoltre, si decide di dichiarare nulli i matrimoni contratti sotto condizione di futuro contingente o impossibile: « c. XI: (...) P. WERNZ dice che prima di dare una risoluzione alla questione accennata dal P. Palmieri dovrebbe risolversi la questione pregiudiziale del capo celebre de non adiectis. Egli crede a tal proposito che dovrebbe, per quanto è possibile, abolirsi la legge presuntiva sulle condizioni apposte al consenso matrimoniale, come si è abolito il matrimonio presunto.

« Dai più si conviene, (...) che sia dichiarato nullo quello contratto sub conditione de futuro contingente vel impossibili (...) »<sup>(49)</sup>.

Wernz dice di voler abolire la legge presuntiva sulle condizioni apposte (cioè di non presumerle *uti non adiectae*), ma — come vedremo — fu lui stesso a reintrodurre nel canone l'espressione « *pro non adiectis* »<sup>(50)</sup>.

Frutto di questa Consulta abbiamo il secondo schema d'ufficio<sup>(51)</sup>:

« *Can. 11: § 1. Matrimonium inutum sub conditione de praesenti vel de praeterito valet vel non valet, prout conditio existit vel non.*

§ 2. *Inutum sub conditione de futuro necessario statim valet.*

§ 3. *Inutum sub conditione de futuro impossibili aut de futuro contingenti, etiam licita, est ab initio invalidum (1).*

(1) *Quest'ultimo paragrafo modifica il Cap. ult. De conditionibus, etc., stabilendo la nullità del matrimonio anche nel caso di una condizione impossibile, o una condizione de futuro contingente turpe o anche lecita.*

*Can. 12: Parochus nunquam permittat in ipsa expressione consensus matrimonialis aliquam apponi conditionem »*<sup>(52)</sup>.

L'abolizione delle condizioni di futuro — anche di quelle lecite — era quindi ormai prevista dalla Consulta nel mese di gennaio

<sup>(49)</sup> *Consulta particolare del 4 gennaio 1906. Lib III, tit. VII, cap. VII De consensu matrimoniali*, in ASV.C, Scatola 55: *Verbali De Matrimonio (Lib. III De Rebus)*, p. 363.

<sup>(50)</sup> *Vide infra*, nota 119.

<sup>(51)</sup> Per plasmare gli accordi presi nella Consulta parziale si redigeva un apposito schema d'ufficio che veniva rivisto alla riunione successiva.

<sup>(52)</sup> *Schema d'ufficio n. II: L. III, tit. VII, cap. VI De consensu matrimoniali*, in ASV.C, Scatola 55: *Verbali De Matrimonio (Lib. III De Rebus)*, p. 377.



1906. Qualche mese dopo arriverà — in ritardo <sup>(53)</sup> — la richiesta dei vescovi della provincia Boema che postulavano per tale abolizione: « n. 37, *id Contrahere matrimonium sub conditione [suspensiva] omnino excludatur, quia aequiparatio cum aliis Sacramentis, quae conditionate ministrari possunt, haud sustineri potest. 18 februarii 1906. Leo Cardinalis de Skbrensky* » <sup>(54)</sup>.

Questa petizione, redatta dall'arcivescovo di Praga il 18 febbraio 1906, è arrivata alla Commissione probabilmente nel mese di marzo del 1906, e per questa ragione il suo influsso sulla Consulta deve valutarsi in quel momento della discussione.

Come vedremo in seguito, è molto probabile che tale richiesta sia stata causata dai problemi di armonia tra Chiesa e Stato sorti nell'ambito della legislazione civile dell'impero austriaco.

## 2. Il momento della proposta:

La Consulta dell'11 gennaio 1906 costituisce il nocciolo della proposta di totale abolizione delle condizioni, e — come vedremo — non è stato Wernz a proporla, come si è creduto fino ad oggi.

Sebastianelli <sup>(55)</sup> è il primo a chiedere qualche chiarimento: « SEBASTIANELLI *al can. 11 crederebbe espediente risolvere la nota controversia tra Pignatelli e Pitonio (cfr. Gasparri, De matrimonio, II, 1023)* » <sup>(56)</sup>.

Se vogliamo dare a queste parole tutta l'importanza che meritano, dobbiamo sapere quale era la suddetta controversia: Pitonio riteneva che per avere efficacia giuridica — la condizione doveva

<sup>(53)</sup> Alcuni *Postulata* arrivarono troppo tardi per essere raccolti nel volume di Klumpfer -sono i cosiddetti *Desiderata dei Vescovi giunte successivamente* (ASV.C., Scatola 96)- come fu il caso dell'interessante petizione dell'arcivescovo di Praga.

<sup>(54)</sup> *Desiderata dei Vescovi giunte successivamente: Vota quoad novam legum ecclesiasticarum codificationem ab episcopis Bohemiae proposita*, in ASV.C. Scatola 96, busta. n° X, fasc. s/n, p. 28.

<sup>(55)</sup> Guglielmo Sebastianelli (1855-1920) fu professore di Diritto canonico al Seminario Romano, Prelato e canonico di S. Maria Maggiore. Nel 1901 lasciò l'attività docente diventando poi prefetto degli studi, Uditore della S. Rota (1902), Consultore di diverse Sacre Congregazioni, membro della Commissione del Codice (1904) e finalmente Decano della S. Rota (1914). Pubblicò il volume *Praelectiones Iuris canonici* (Roma 1896 e 1905). Cfr. AA.VV. *Enciclopedia cattolica*, vol. XI, Firenze 1953, col. 208.

<sup>(56)</sup> *Consulta parziale dell'11 gennaio 1906*, in ASV.C., Scatola 55: *Verballi De Matrimonio (Lib. III De Rebus)*, p. 381.



essere apposta nella stessa celebrazione e nel foro esterno, mentre per Pignatelli bastava che la condizione fosse stata apposta prima e non revocata <sup>(57)</sup>. Questo particolare, apparentemente irrilevante, è necessario per capire quale fu lo scoglio che — a nostro parere — farà naufragare, nel futuro, la proposta che ancora non era nata.

Nella stessa riunione, Wernz aveva mostrato alcune difficoltà per la decisione di ritenere nulli i matrimoni contratti sotto condizione di futuro contingente lecita, ma, considerando che le legislazioni civili moderne non ammettono le condizioni, si era mostrato d'accordo col canone: « WERNZ *al can. 11 par. 3 nota come non è difficoltà per la prima parte, cioè quanto alla condizione de futuro impossibili e de futuro contingenti turpi, perché è curiosa la supposizione che quelle condizioni siano state dai contraenti apposte ioci causa. Piuttosto le difficoltà sta per la condizione de futuro contingenti, etiam licita. Osserva però che il diritto moderno non ammette le condizioni* » <sup>(58)</sup>.

Come abbiamo visto, il richiamo al diritto civile fu una delle ragioni più importanti per la proposta di totale abolizione. Wernz aveva già posto questa difficoltà di armonizzare diritto civile e diritto canonico nel suo *Ius Decretalium* <sup>(59)</sup>. Tuttavia, bisogna chiarire che il diritto austriaco (come altre legislazioni civili), al quale rimanda Wernz, non accettava i matrimoni *celebrati* condizionalmente, le condizioni che rimanevano nel foro interno erano ritenute come non apposte, con presunzione *iuris et de iure*.

In quella riunione Gasparri invoca anche la moralità come ragione per non accettare le condizioni di futuro: « MONS. PRESIDENTE aggiunge che la nullità del matrimonio anche nel caso di condizione de futuro contingenti lecita è voluta anche dalla moralità. Se i con-

<sup>(57)</sup> P. GASPARRI, *Tractatus de matrimonio*, vol. II, Roma 1904, n. 1023, p. 101.

<sup>(58)</sup> *Consulta parziale dell'11 gennaio 1906, ...cit.*

<sup>(59)</sup> « Cod. civ. Austr. § 59 aliaque iura moderna (...) conditionatam celebrationem matrimonii omnino non admittunt. Cfr. (...) Schere l.c. §112 i.f. et not.122, ubi refert gubernium Austriae frustra a Sede Apostolica petiisse un *generatim* conditionata matrimonii celebratio non amplius admitteretur » (F.X. WERNZ, *Ius Decretalium*, p. 80, n. 290, nota 2). E più avanti continua: « Cum iuxta modernos codices civiles matrimonium civile ne *valide* quidem in forma *conditionata* celebrari possit, ordinationes civiles de conditionato matrimonio civili non possunt ex professo tractari. (...) At inde quoque consequitur, quod ex *defectu conditionis* appositae v.g. formae religiosae postea servandae in foro *civili valor* matrimonii civilis non ubique felici cum exitu impugnari potest » (*Ibid.*, p. 102, n. 306).

*traenti sospendono il loro consenso matrimoniale, subordinandolo al verificarsi di una determinata condizione, ritardino invece la celebrazione del matrimonio* » <sup>(60)</sup>.

Gasparri aveva scritto anche su questi problemi morali in precedenza, non soltanto riguardo alle condizioni di futuro <sup>(61)</sup>, ma anche riguardo alle condizioni di passato o di presente <sup>(62)</sup>. Infatti, le parti così sposate o non sono coniugi ancora (condizione di futuro) o non sanno se lo sono o meno (condizioni di passato o presente) e per questa ragione non possono usare il matrimonio. Sarebbe dunque meglio che aspettassero a verificare la condizione prima di sposarsi, dice Gasparri.

Di fronte a questi problemi, arrivò il momento di proporre una soluzione drastica: « DE LAI propone che si esamini la questione, se si debbano abolire tutte le condizioni anche de praesenti e de praeterito, stabilendo che il matrimonio fatto sotto qualsiasi condizione sia ab initio invalidum.

WERNZ è favorevole alla proposta di Mons. De Lai. Si potrebbe cominciare colla proibizione di apporre condizioni di qualsiasi specie nella espressione del consenso matrimoniale, e poi aggiungere la clausola irritante per ogni caso. Nota come la Chiesa non potrebbe stabilire che sia valido un matrimonio, perché contratto sub conditione; ma può certamente dichiarare invalido per diritto positivo il matrimonio contratto sotto qualsiasi condizione » <sup>(63)</sup>.

Quindi, non è stato Wernz a proporre l'abolizione di tutte le condizioni, bensì Mons. De Lai <sup>(64)</sup>. Certamente, Wernz si è mostrato favo-

<sup>(60)</sup> *Consulta parziale dell'11 gennaio 1906, ...cit.*

<sup>(61)</sup> « ...ac quoniam vere nondum sunt coniuges, omnes actus coniugatis liciti solutisque prohibitis ipsis vetentur, et praesertim copula (...) Utraque pars tenetur expectare, quia haec obligatio est implicita » (P. GASPARRI, *Tractatus canonicus de matrimonio*, vol. II, Romae 1094, n. 988, p. 81).

<sup>(62)</sup> « ...conditio de praesenti vel praeterito (...) matrimonium statim valet a principio si conditio existit (...) Quandiu vero ignoratur, utrum conditio extet, necne, nefas est rei matrimoniali operam dare, quia periculo fornicationis coniuges sese exponerent » (*Ibid.*, n. 1022, p. 101).

<sup>(63)</sup> *Consulta parziale del 11 gennaio 1906*, in ASV.C., Scatola 55: Verballi De Matrimonio (Lib. III De Rebus), p. 381.

<sup>(64)</sup> Gaetano De Lai (1853-1928) fu filosofo, teologo, canonista e civilista. Nel 1903 era — tra altro — Segretario della Congregazione del Concilio. Nel 1904 fu nominato membro della Commissione per la formazione del CIC. Creato cardinale nel 1907 diviene Segretario della Congregazione Concistoriale (1908). Nel 1911 fu consacrato vescovo di S. Sabina. « Egli fu l'uomo forte, il personaggio chiave del pontificato di Pio X, superando forse per influenza e determinazione lo stesso Segretario di Stato, R. Merry del Val » (R. CERRATO, *De Lai, Gaetano*, in AA.VV., *Dizionario biografico degli italiani*, Roma 1988, vol. 36, p. 278-280).

revoles a questa proposta, ma — come si può cogliere dalle sue parole — non era affatto d'accordo nel dichiarare nulli i matrimoni sottoposti a qualsiasi condizione. Infatti, Wernz parla di *proibizione* generica, e poi, man mano, indica quali condizioni sarebbero irritanti, e soltanto se apposte *nell'espressione* del consenso (si ricordi la controversia tra Pignatello e Pitonio). Indica infine che la Chiesa non può supplire il consenso (avere per non apposta la condizione), ma può introdurre nuovi requisiti per la validità del consenso.

Il canone redatto dopo questa consulta dell'11 gennaio, ancora era rimasto immutato, ma nella nota in calce, oltre alle parole sopra riportate si aggiunse: « *Mons. De Lai e il P. Wernz vorrebbero semplificata la legislazione su questo punto, ponendo, invece dei canoni 11 e 12, il seguente: "Matrimonium sub quavis conditione sive de praesenti aut de praeterito sive de futuro, etiam licita, est ab initio invalidum" » (65).*

Nella successiva Consulta (25 gennaio) Gasparri aderisce alla proposta del canone perché semplificava la complicata normativa sulle condizioni, e ribadisce ancora che i nubenti devono aspettare la verifica della condizione prima di sposarsi. Wernz introduce in questo momento la nota frase sugli « atti legittimi »: « *Can. 11: MONS. PRESIDENTE dichiara di aderire al parere di P. Wernz e di Mons. De Lai, i quali vorrebbero la nullità del matrimonio contratto sotto qualsiasi condizione. Ciò semplifica molto questa difficile materia delle condizioni. I contraenti, prima di celebrare il matrimonio, aspettino di verificare la condizione.*

WERNZ osserva essere principio del diritto moderno che *actui legitimo conditio apponi non potest. Redigerebbe il canone così: « Matrimonium sub quavis conditione sive de praesenti aut de praeterito sive de futuro, etiam licita, valide contrahi nequit ». Tutti i Consultori convengono. Can. 12: Provisum in praecedenti » (66).*

Il testo proposto da Wernz sembra ammettere come invalidanti anche le condizioni interne, ma — come vedremo — non era questa la mente dell'illustre canonista.

Con il consenso di tutti fu introdotto il nuovo testo, e allora il c. 12 non aveva più ragione di essere, e per questo scomparì. Il nuovo schema d'ufficio era questo:

(65) *Schema d'ufficio n. III: Lib. III, tit. VII, cap. VI De consensu matrimoniali*, in ASV.C., Scatola 55: *Verbali De Matrimonio (Lib. III De Rebus)*, p. 438-439.

(66) *Consulta parziale del 25 gennaio 1906. ASV.C., Scatola 55: Verbali De Matrimonio (Lib. III De Rebus)*, p. 465 retro.

« Can. 13:

*Matrimonium sub quavis conditione sive de praesenti aut praeterito sive de futuro, etiam licita, valide contrahi nequit (1).*

(1) Questo canone modifica il Cap. ult. De Conditionibus, etc. Esso è stato approvato dalla Consulta all'unanimità, conformemente al principio: Actui legitimo conditio apponi non debet. Questa modificazione semplifica il diritto vigente, non sempre ragionevole, ma sempre assai complicato in questo punto ». (67)

La citazione del Wernz riguardo agli « atti legittimi » è stata poi ripetuta dagli autori fino ai nostri giorni. Proviene dal Diritto Romano (D. 50, 17, 77) riguardo a quei negozi giuridici che non ammettevano condizioni e che dovevano essere eseguiti in stretta conformità con le solennità stabilite dalla legge. Wernz aveva già precedentemente messo in rilievo questa regola del diritto (68), perciò si può constatare che l'illustre canonista vedeva l'assenza di condizioni come requisito « formale » dell'espressione del consenso, vale a dire: non si voleva ammettere la cosiddetta condizione « in formam deductam ». Fra il testo della nota al canone e quello che aveva indicato Wernz c'è soltanto una piccola differenza. Nel testo indicato da Wernz si diceva che negli atti legittimi « conditio apponi non potest », invece la nota recita: « conditio apponi non debet ». Secondo lo spirito della legge civile e del diritto romano sarebbe corretto dire che non si può porre condizioni a questi negozi, avendo, cioè, riguardo alla validità (ossia, ciò che si voleva introdurre col canone) (69).

### 3. *Gli ostacoli alla proposta.*

Abbiamo visto che già c'erano dei segni che facevano preludere difficoltà.

Il 5 febbraio 1906, iniziano i veri problemi per la sopravvivenza della proposta di De Lai e Wernz. Ed è molto significativo che sia

(67) *Schema d'ufficio n. IV: Lib. III, tit. VII, cap. VI De Consensu matrimoniali*, in ASV.C., Scatola 55: *Verballi De Matrimonio (Lib. III De Rebus)*, p. 481.

(68) « Conditio in matrimonio contrahendo parum convenienter apponatur, quippe qui optimo iure potius iis videatur esse adnumerandus actibus legitimis, « »qui non recipiunt... conditionem ». Cfr. L. 77.D. de R.I. L.17. iunct. *Arns-Sevafini* l.c. §68. not. 1; *Pirbing* in R.I. 50. in Sext. » (F.X. WERNZ, *Ius Decretalium*, p. 83, n. 294, nota 8).

(69) Infatti, il testo di D. 50, 17, 77 dice così: « actus legitimi, qui non recipiunt condicionem, in totum vitiantur per condicionis appositionem ».

stato lo stesso Wernz a porsi una buona parte dei problemi. Tuttavia, Sebastianelli e Palmieri sollevarono le prime proposte contrarie: « *Can. 13: SEBASTIANELLI vorrebbe ristretto il canone alle sole condizioni di futuro, perché quelle de praesenti e de praeterito sono condizioni impropriamente dette. PALMIERI conviene.* »

*Gli altri Consultori mantengono il canone uti iacet, perché anche le condizioni de praesenti e de praeterito fanno difficoltà nel contratto matrimoniale.*

SEBASTIANELLI aggiungerebbe « *sive ante sive in ipsa celebratione apposita* », per troncane la nota questione tra Pignatelli e Pitonio »<sup>(70)</sup>.

Si voleva ritornare alla proposta iniziale di Palmieri, permettendo le condizioni di passato e di presente, perché non sono vere e proprie condizioni (come diceva quel matrimonialista cui si fa cenno all'inizio di questo lavoro!).

Inoltre si propone che si dica chiaramente che le condizioni invalidanti sono quelle apposte in qualunque momento, e non solo quelle espresse nella celebrazione. Cioè, l'opinione del Palmieri — che in principio riguardava soltanto le condizioni di futuro, ma che qui si estende a tutte le condizioni — momentaneamente s'impone a quella del Wernz, dando una portata molto più radicale al canone.

La prima proposta non si ammette — per il momento — ma la seconda si includerà nel testo del canone come si può vedere nello schema successivo:

« *Can. 13: Matrimonium sub quavis conditione sive de praesenti aut de praeterito sive de futuro, etiam licita, vel ante celebrationem vel in ipsa celebratione matrimonii apposita, valide contrahi nequit* »<sup>(71)</sup>.

Nella seguente Consulta (15 marzo), Sebastianelli torna a chiedere di restringere il canone alle sole condizioni di futuro. Forse questa insistenza è dovuta anche al fatto che era sopraggiunta la petizione dell'arcivescovo di Praga<sup>(72)</sup>.

Wernz, visto che si era introdotta la clausola « *sive ante celebrationem vel in ipsa celebratione* », non vede più bene che il matrimonio sia dichiarato nullo quando la condizione non si è apposta nella cele-

<sup>(70)</sup> *Consulta parziale del 15 febbraio 1906*, in ASV.C., Scatola 55: Verbali De Matrimonio (Lib. III De Rebus), p. 497 retro.

<sup>(71)</sup> *Schema d'ufficio n. V: Lib. III, tit. VII, cap. VI De Consensu matrimoniali*, in ASV.C., Scatola 55: Verbali De Matrimonio (Lib. III De Rebus), p. 533.

<sup>(72)</sup> *Vide supra*, nota 54.



brazione. Abbiamo visto come la sua proposta originaria era di ritenere nullo il matrimonio in cui *nella celebrazione* si era apposta *esternamente* una condizione. Ora, davanti ai cambiamenti del testo, vuole tornare indietro, e a lui si accostano — in certo modo — Pompili e Palmieri: « *Can. 13: (...) WERNZ propone le seguenti difficoltà per il canone in questione: 1. — L'esclusione della forma condizionata nel matrimonio è presa dai protestanti, e ritenuta nei Codici civili sotto pena di nullità; ma la Chiesa ha ritenuto per secoli la forma condizionata, conformemente ai principi del diritto romano. 2. — D'altra parte, di fatto attualmente quasi mai nella Chiesa cattolica si celebrano matrimoni, nei quali la condizione si esprima in ipsa celebratione; onde per casi rarissimi si stabilirebbe un nuovo impedimento dirimente. 3. — Ma soprattutto colle parole « vel ante celebrationem » si apre la porta a un'infinità di processi per nullità di matrimonio. Inoltre ciò non è conforme al can. 6 par. 1. — onde egli concepirebbe il canone così: "Matrimonium sub quavis conditione in ipsa celebratione matrimonii apposita valide contrahi nequit", perché veramente l'apposizione della condizione è sconveniente per la dignità del sacramento. Ma vorrebbe altresì che fosse proposta ai Cardinali una seconda redazione concepita, secondo l'Istruzione Austriaca, nel modo seguente: "Par. 1 — Ut consensus sub conditione detur, non nisi de expressa Episcopi licentia admitti potest. Quam licentiam Episcopus non concedat, nisi ob gravissimas causas et de conditione in ipsa declaratione consensus apponenda per scripturam publicam constet et in libro matrimoniali mentio conditionis appositae fiat. — Par. 2 — Conditiones, quae in consensus declaratione haud exprimuntur, pro non adiectis habentur" » <sup>(73)</sup>.*

Si vede chiaramente l'intenzione del Wernz: limitare la nullità ai casi di celebrazione con condizione esterna, e ritenere le altre come non apposte. Wernz, quindi, ritratta anche la proposta che aveva fatto il 4 gennaio di abolire la legge presuntiva sulle condizioni <sup>(74)</sup>.

<sup>(73)</sup> *Consulta parziale del 15 marzo 1906, in ASV.C, Scatola 55: Verbali De Matrimonio (Lib. III De Rebus), p. 543. (Il risaltato è nostro). Infatti, come indica il Prader, « una tale disposizione che considera nulla l'apposizione della condizione al consenso matrimoniale (...) si trova anche nella « Instructio de causis matrimonialibus in usu iudiciorum ecclesiasticorum Imperii austriaci » approvata dalla Santa Sede il 4 maggio 1855: « condiciones, quae in consensus declaratione haud exprimuntur, pro non appositis habendae sunt » §55 [citando S. AICHNER, *Compendium iuris ecclesiastici*, ed. undecima, Brixinae 1911, p. 611] » (J. PRADER, *Il consenso matrimoniale condizionato*, p. 276, nota 11.*

<sup>(74)</sup> *Vide supra*, nota 49.



Altri consultori, propongono lo stesso, ma vanno ancora più oltre: « POMPILI limiterebbe il canone dello schema alle condizioni apposte in ipsa celebratione matrimonii, e aggiungerebbe un secondo paragrafo, dicendo "Si apponantur ante matrimonii celebrationem, habentur pro non adiectis", s'intende praesumptione iuris et de iure.

PALMIERI conviene di escludere qualunque condizione nella celebrazione del matrimonio, e non sarebbe alieno di aggiungere il par. 2 formulato da Mons. Pompili » (75).

Si propone, dunque che le condizioni del foro interno si ritengano come non apposte, senza dare in questi casi la possibilità di impugnazione nel foro giudiziario (perché vogliono che si tratti di presunzione *iuris et de iure*). Questo è l'inizio della fine della proposta. Più avanti vedremo che il testo approvato non voleva esprimere presunzione *iuris et de iure*, ma non era affatto chiaro.

Lo schema d'ufficio n. IV ancora non aveva ricevuto queste modifiche nel testo, ma nella nota:

« Can. 13:

*Matrimonium sub quavis conditione sive de praesenti aut praeterito sive de futuro, etam licita, vel ante celebrationem vel in ipsa celebratione matrimonii apposita, valide contrahi nequit* (1).

(1) Questo canone modifica il Cap. ult. De Conditionibus, etc. Esso è stato approvato dalla Consulta all'unanimità, conformemente al principio: Actui legitimo conditio apponi non debet. Questa modificazione semplifica il diritto vigente, non sempre ragionevole, ma sempre assai complicato in questo punto. — Mons. Sebastianelli restringerebbe il canone alle sole condizioni de futuro, che sono condizioni propriamente dette, sopprimendo le parole: ... sive de praesenti aut praeterito sive. Il P. Wernz sopprimerebbe anche le parole: ... vel ante celebrationem vel, ed aggiungerebbe un § 2. Quaelibet conditio ante matrimonii celebrationem apposita est illicita et pro non adiecta habetur » (76).

L'opinione di Wernz circa l'*in ipsa celebratione* prevalse finalmente su quella di Palmieri. Infatti, nella successiva riunione sono state approvate queste proposte. Sebastianelli, però, continua a chiedere che siano limitate alle condizioni di futuro: « Can. 13: Si convie-

(75) Consulta parziale del 15 marzo 1906, ...cit.

(76) Schema d'ufficio n. VI: Lib. III, tit. VII, cap. VI De consensu matrimoniali, in ASV.C., Scatola 55: Verbali De Matrimonio (Lib. III De Rebus), p. 549. L'evidenziato è nostro.

ne di porre che il matrimonio sia invalido se IN IPSA CELEBRATIONE MATRIMONII è stata apposta una condizione. Mons. SEBASTIANELLI però, conforme a quanto già espresse nelle passate Consulte, vorrebbe che la nullità del matrimonio fosse stabilita solamente per l'apposizione delle condizioni propriamente dette, ossia de futuro.

Quanto alle condizioni apposte ANTE CELEBRATIONEM MATRIMONII, si conviene di porre che esse si abbiano (come presunzione) PRO NON ADIECTIS » (77).

E così si trova nello schema inviato alla Consulta Generale (78):

« Can. 13:

§ 1. *Matrimonium sub quavis conditione sive de praesente aut praeterito sive de futuro, etiam licita, in ipsa celebratione matrimonii apposta, valide contrahi nequit.*

§ 2. *Quaelibet conditio ante matrimonii celebrationem apposta pro non adiecta habeatur (1).*

(1) Questo canone modifica il Cap. ult. De Conditionibus, etc. Esso è stato approvato dalla Consulta all'unanimità, conformemente al principio: Actui legitimo conditio apponi non debet. Questa modificazione semplifica il diritto vigente, non sempre ragionevole, ma sempre assai complicato in questo punto. — Mons. Sebastianelli restringerebbe il primo paragrafo alle sole condizioni de futuro, che sono condizioni propriamente dette, sopprimendo le parole: ... sive de praesenti aut praeterito sive » (79).

Tra i consultori della Consulta Generale, Pezzani, Eschbach e Noval erano d'accordo con il canone; Pillet, Montes ed un altro anonimo erano favorevoli alla proposta di Sebastianelli di limitare la nullità alle condizioni di futuro. Infine, Meliti esprimeva i suoi dubbi ed un altro anonimo riteneva molto grave la disposizione proposta nel canone (80).

(77) Consulta parziale del 22 marzo 1906, in ASV.C., Scatola 55: Verbali De Matrimonio (Lib. III De Rebus), p. 559.

(78) Finito il lavoro su ogni parte del Codice, lo schema della Consulta era presentato alla « Consulta Generale » o « Adunanza plenaria » della Commissione dei Consultori dove venivano sollevate le dovute osservazioni ai canoni proposti.

(79) Schema finale inviato alla Consulta Generale: Lib. III, tit. VII, cap. VI De consensu matrimoniali, in ASV.C., Scatola 55: Verbali De Matrimonio (Lib. III De Rebus), p. 581.

(80) Cfr. Osservazioni dei Consultori sul titolo « De matrimonio », cap. VI-XII., in ASV.C. Scatola 56, fascicolo 1, s/n (manoscritti).

#### 4. *La proposta diventa inaccettabile.*

Queste osservazioni della Consulta Generale non modificarono il testo del canone, che passò immutato<sup>(81)</sup> alla prima Congregazione dei Cardinali<sup>(82)</sup> (21 maggio 1906). Gasparri spiegò le ragioni per questa modifica del diritto precedente, trovando il consenso dei Cardinali Vives e Cavicchioni, ma Ferrata e Gennari ritenevano eccessivo andare fino alla nullità: « FERRATA trova però eccessivo di andare fino alla nullità del matrimonio. Si limiterebbe a porre un precetto al parroco di non ammettere le condizioni nella celebrazione del matrimonio. GENNARI inclina anch'egli a porre piuttosto un precetto al parroco »<sup>(83)</sup>.

Inoltre, Gasparri fece notare che l'espressione « *pro non adiecta habeatur* » doveva intendersi nel senso di presunzione *iuris tantum* e non *iuris et de iure* (come invece pretendevano Pompili e Palmieri<sup>(84)</sup>) e che, se si provava la condizione non verificata, la Chiesa non poteva supplire il consenso. Ma Ferrata chiedeva che questo fosse detto più chiaramente, e Cavagnis propose una formula al riguardo<sup>(85)</sup>. In fin dei conti aveva prevalso la idea di Wernz di limi-

(81) In realtà, non abbiamo certezza se lo schema trasmesso dalla Consulta Generale alla Commissione di Cardinali manca nell'ASV.C. o se questo non sia diverso da quello ricevuto dalla Consulta generale.

(82) Sulla Commissione di Cardinali cfr. P. GASPARRI, *Storia della Codificazione del Diritto Canonico per la Chiesa Latina*, in *Acta Congressus Iuridici Internationalis*, v. IV, Roma, 1937, p. 8. Per i singoli argomenti, questa Commissione si riuniva in gruppi ristretti nelle « Congregazioni particolari ». Per la nostra materia il gruppo ristretto era composto dai Cardinali Ferrata, Gennari, Cavicchioni, Vives, Cavagnis. Mons. Gasparri era il Segretario e Mons. Pacelli (poi papa Pio XII) svolgeva il ruolo di assistente.

Come per la prima fase, dopo ogni seduta si redigeva un relativo schema d'ufficio. Per il nostro argomento ci furono due Congregazioni particolari nei mesi di maggio e luglio del 1906. Finito il lavoro di ogni parte del libro III De Rebus, nel 1909 venne stampato il primo schema ufficiale di questo libro, allo stesso modo si procedette per gli altri libri, in diversi momenti.

(83) *Congregazione particolare del 21 maggio 1906*, in ASV.C., Scatola 56: Verbali delle Congregazioni particolari. « De matrimonio ».

(84) *Vide supra*, nota 74.

(85) « Mons. Segretario fa notare come la frase "*pro non adiecta habeatur*", desunta dalla decretale di Gregorio IX in questa materia deve evidentemente intendersi nel senso di una *praesumptio iuris*, che vale finché non si provi che la condizione sia stata veramente apposta, perché in questo caso se la condizione di fatto non si verificasse, mancherebbe il consenso matrimoniale, che dalla legge ecclesiastica non può essere supplito. FERRATA vorrebbe che ciò fosse espresso con dizione più chiara, affine di evitare il pericolo che quella frase sia intesa nel senso che in

tare la nullità ai matrimoni sotto condizione espressa nella celebrazione. La cosa però si complicava ogni volta di più riguardo alle condizioni apposte prima della celebrazione e non revocate. Infatti: come sarebbero regolate queste condizioni interne? Posto che era stato deciso che la clausola *pro non adiectae* era una presunzione *iuris tantum*, e quindi ammetteva prova in contrario, in realtà per questi tipi di condizioni dovrebbe rimanere in vigore tutta la disciplina latina tradizionale. Così lo decisero i Cardinali: « *Gli Emi. adottano questa formula, e convengono che, poiché le diverse condizioni (lecite, turpi, contra substantiam matrimonii, ecc.) hanno effetti diversi, occorre qui riassumere la dottrina canonica su questo punto* »<sup>(86)</sup>.

A nostro avviso questo è stato il colpo di grazia per la morte della proposta normativa. Lo schema d'ufficio n. II, frutto di questa decisione, è molto confuso e purtroppo non fu modificato: il testo si trova immutato nella sostanza (con variazioni grammaticali e diverse numerazioni) nel primo schema ufficiale del 1909 e in quello del 1913<sup>(87)</sup> inviato a tutti i vescovi per le loro osservazioni, (testo conosciuto già da Oesterle<sup>(88)</sup>).

Il testo del canone era questo:

« *Can. 99:*

§ 1. *Matrimonium sub quavis conditione, etiam de praesenti aut praeterito, in ipsa celebratione matrimonii apposita, valide contrahi nequit.*

§ 2. *Apposita ante matrimonii celebrationem nec revocata, conditio si est necessaria vel impossibilis vel turpis, praesumptione iuris habetur pro non adiecta; si est de futuro licita, valorem matrimonii suspendit; si est contra substantiam, matrimonium reddit eo ipso nullum* »<sup>(89)</sup>.

---

ogni caso la condizione debba considerarsi per non apposta ed il matrimonio aversi per valido. CAVAGNIS propone la seguente formula "Adiectio conditionis ante matrimonium non praesumitur, sed probanda est" » (*Congregazione particolare del 21 maggio 1906, ...cit.*).

<sup>(86)</sup> *Congregazione particolare del 21 maggio 1906, ...cit.*

<sup>(87)</sup> Nel 1913 fu stampato uno schema del libro III, completato con le fonti di ogni canone. Lo schema del 1913 fu inviato a tutto l'episcopato e ai Superiori Regolari affinché presentassero le loro osservazioni. Per gli altri libri accade lo stesso ma in date diverse, cfr. P. GASPARRI, *Storia della Codificazione*, p. 8. Ad es., lo schema del Libro II è stato inviato nel 1912. Cfr. P. GEFAELL, *El Régimen*, p. 16.

<sup>(88)</sup> *Vide supra*, nota 25.

<sup>(89)</sup> *Schema d'ufficio n° II. L.III, tit. VII, cap.VI, can. 99*, in ASV.C., Scatola 56: Sezione particolare: Verbali delle Congregazioni particolari: « De matrimonio ».

Si può constatare che il paragrafo secondo è un riassunto della dottrina di Gregorio IX sulle condizioni<sup>(90)</sup>, la quale è valida solo per le condizioni non espresse nella celebrazione, mentre il paragrafo primo dichiara nulli tutti i matrimoni nella cui celebrazione sia stata espressa una condizione. Questi mutamenti, che man mano sono stati introdotti hanno reso l'iniziale proposta priva di ogni valore logico e chiarificatore.

##### 5. *La reazione dell'episcopato.*

Le osservazioni dei vescovi allo schema del 1913<sup>(91)</sup> furono una valanga di proteste. La maggioranza furono contrarie alla proposta perché non si capiva il perché del diverso trattamento per le condizioni apposte nella celebrazione e per quelle apposte prima e non revocate, e trovavano delle difficoltà per stabilire giuridicamente il momento dell'inizio della « celebrazione » del matrimonio. Le parole dei Cardinali Billot e Lorenzelli sono paradigmatiche:

*« Cardinalis Billot, qui monet esse praemitendum modum contrahendi matrimonium sub conditione, praesertim si conditio sit de futuro, regulariter esse omnino illicitum, subiungit: "loquendo autem de validitate, videtur introduci novum impedimentum dirimens de iure ecclesiastico, distinctione autem facta inter conditionem appositam in ipsa celebratione matrimonii, et appositam ante matrimonii celebrationem. Porro res est in qua multa opus esset deliberatione, praesertim quia nata est multis dubiis, imo inextricabilis ambagibus locum dare. Nam quaero: Ille qui conditionem tunc primum apponit, cum ecclesiam ingreditur, aut cum iam sistit coram altari, aut cum iam advenit parochus sponsorum consensus requisiturus, apponitne conditionem ante celebrationem, aut*

---

Cfr. *Primo Schema ufficiale del Liber Tertius de Rebus. Anno 1909*, can. 397, in ASV.C., Scatola 86 (Bozze del Card. Gasparri), p. 154 [per la data cfr. l'indice del ASV.C., Scatola 86]; ed anche, *Schema Codicis iuris canonici (Liber III) cum notis Petri Card. Gasparri. Romae 1913*, can. 373, in ASV.C. Scatola 86 (Bozze del Card. Gasparri), p. 153. Negli schemi del 1909 e del 1913 si aggiungono le fonti.

<sup>(90)</sup> Così lo fa notare Gasparri nella Congregazione particolare del 16 luglio 1906. Cap. VI. De consensu matrimoniali (schema n. II), in ASV.C., Scatola 56: « can. 99 § 2: Mons. Segretario [Gasparri] dice che questo paragrafo riproduce la dottrina di Gregorio IX in cap. ult. De conditionibus ».

<sup>(91)</sup> Come accadde per gli altri libri, le osservazioni allo schema del 1913 furono raccolte nel volume stampato « *Riassunto delle osservazioni dei Vescovi e Superiori Regolari al Libro III del Codice* ». ASV.C. Scatola 60 (d'ora in poi sarà chiamato *Osservazioni*).



*in ipsa celebratione matrimonii? In quo praeciso puncto incipit celebratio? etc. etc. Melius quidem esset, ut mihi videtur, aut nihil innovare, aut matrimonia sub conditione contracta ex toto abrogare". Cardinalis Lorenzelli "non apparet, inquit, magna differentia inter conditionem appositam in ipsa celebratione et appositam ante celebrationem et non revocatum, ita ut illa semper invalidet, haec aliquando suspendat valorem matrimonii" »<sup>(92)</sup>.*

Billot, dunque, poneva il dilemma: il nuovo canone o doveva non mutare affatto la normativa finora vigente oppure abrogare totalmente i matrimoni contratti sotto condizione, ma non fare dei distinguo che soltanto producono dubbi e inestricabili ambiguità.

Tra le altre risposte arrivate dalle provincie ecclesiastiche, oltre ad esprimere la perplessità per il diverso trattamento delle due fattispecie, ci sono diverse soluzioni proposte in alternativa al canone: *a*) quelli che propongono il contrario a quanto stabilito nel canone, cioè, ammettere soltanto le condizioni espresse nella celebrazione (Episcopo Lincinen.); *b*) quelli che propongono che si considerino tutte come non apposte (episcopi S. Hippoliti); *c*) fu anche proposto di considerare come non apposta soltanto la condizione che non sia stata notificata all'altra parte, ed inoltre ristabilire l'istituto del matrimonio presunto (provincia Leopoldien.); *d*) altri chiedevano che la proibizione fosse una norma soltanto *ad liceitatem* (episcopus Licien.); *e*) una provincia ha chiesto semplicemente di togliere il primo paragrafo, tornando così alla disciplina tradizionale (Provincia Cameracen.); *f*) Ma l'unica proposta approvata, e poi plasmata nel canone dello schema del 1914, fu quella della provincia Olomucen.: « *Provincia Olomucen. ita reformaret canonem: § 1. In ipsa matrimonii celebratione nulla conditio apponatur; secus invalide contrahitur matrimonium. § 2. Si constat conditionem ante matrimonii celebrationem fuisse appositam nec tempore consensus praestiti revocatum; 1°.* Conditio necessaria vel impossibilis vel turpis iuris praesumptione pro non adiecta habeatur; 2°. *Si nec turpis sit nec impossibilis, conditio de praesenti aut de praeterito, ea verificata, matrimonium validum est, secus non; 3°.* Si de futuro licita, valorem matrimonii suspendit, usque dum impleatur vel non; 4°. *Si sit contra substantiam matrimonii, contractus matrimonialis nullus est* »<sup>(93)</sup>.

Infatti, soltanto a margine di questa osservazione si legge, scritto a mano: « approvato ». Gasparri, dunque, accettò unicamente quel-

<sup>(92)</sup> Cfr. *Osservazioni*, p. 160-162.

<sup>(93)</sup> Per tutti questi testi cfr. *Ibid.*



l'osservazione coincidente nella sostanza — benché con più precisione tecnica — con il testo del canone finora approvato dalla Commissione cardinalizia.

Per redigere il canone dello schema del 1914 Gasparri scrisse a mano <sup>(94)</sup> il nuovo testo accanto a quello dello schema precedente del 1913:

« can. 1099:

§ 1. *Matrimonium sub quavis conditione in ipsa consensus manifestatione espressa apposita, valide contrahi nequit.*

§ 2. *Conditio apposita ante matrimonii celebrationem nec revocata:*

1° *Si sit de futuro necessaria vel impossibilis vel turpis, sed non contra substantiam, pro non adiecta habeatur;*

2° *Si sit de futuro licita, valorem matrimonii suspendit;*

3° *Si sit de futuro contra substantiam matrimonium reddit invalidum;*

4° *Si sit de praeterito vel de praesenti, matrimonium valet vel non prout conditio vera est vel falsa »* <sup>(95)</sup>.

Questo testo si trova letteralmente (ma col numero 1095) nello schema del 1914 <sup>(96)</sup>. Con lo stesso numero 1095 e stesso testo si trova anche nello schema del 1916 <sup>(97)</sup>.

## 6. *Sparisce ogni riferimento alla proposta iniziale.*

Come si può vedere, il primo paragrafo del c. 1095 dello schema di 1916, faceva ancora accenno all'iniziale proposta di abolire ogni tipo di

<sup>(94)</sup> Gasparri, basandosi sulle *Osservazioni*, e sulle successive discussioni della Commissione dei Cardinali, mutava i canoni scrivendo a mano un nuovo testo, frutto delle delibere, accanto al canone dello schema che era stato sottoposto ad esame. Sono, dunque, fonti di grande interesse le *Bozze del Card. Gasparri*, vale a dire: i diversi schemi del 1913, 1914, e 1916 usati dal Gasparri per annotare a mano i nuovi canoni (cfr. ASV.C scatole 86 e 87. « Bozze del Card. Gasparri »). In queste *Bozze* si può constatare quello che lui stesso dichiarò: « in verità questa redazione unica io la facevo a mio modo... » (P. GASPARRI, *Storia della Codificazione*, p. 7).

<sup>(95)</sup> *Testo redatto a mano da Gasparri, accanto al canone 373 dello schema del 1913*, in ASV.C. Scatola 86: Schema codicis iuris canonici (Liber III), cum notis Petri Card. Gasparri. Romae 1913, p. 153.

<sup>(96)</sup> *Schema codicis iuris canonici. Liber tertius*. (anno 1914?). ASV.C. Scatola 87. p. 151. (Per la data cfr. l'indice dell'ASV.C., Scatola 87). Questo schema aggiunge, in calce, anche le fonti.

<sup>(97)</sup> *Schema Codex Iuris Canonici. Romae 1916*, in ASV.C. Scatola 87. p. 458-459. Lo schema del 1916 è il primo che unifica tutte le parti fino allora redatte nei diversi schemi parziali.

condizione nella celebrazione del matrimonio, tuttavia questo primo paragrafo non si trova nel testo definitivo del c. 1092 del CIC 1917 <sup>(98)</sup>, che è il seguente:

« *Can. 1092:*

*Conditio semel apposita et non revocata:*

1° *Si sit de futuro necessaria vel impossibilis vel turpis, sed non contra matrimonii substantiam, pro non adiecta habeatur;*

2° *Si de futuro contra matrimonii substantiam, illud reddit invalidum;*

3° *Si de futuro licita, valorem matrimonii suspendit;*

4° *Si de praeterito vel de praesenti, matrimonium erit validum vel non, prout id quod conditioni subest, existit vel non »* <sup>(99)</sup>.

Qual è la ragione della scomparsa del primo paragrafo? Innanzi tutto si deve avere in conto la citata proposta della provincia Caceracen., che in quel momento non fu accolta. Ma vi è stata anche un'altra critica dell'ultima ora, in forma di voto privato, manoscritto, nel quale si esponevano dure critiche al testo del canone 1095. L'osservazione è datata 8 dicembre 1916, e quindi è arrivata alla Commissione dopo lo schema del 1916 <sup>(100)</sup>. G. Palica, autore di questa osservazione al c. 1095, tra molte altre precisazioni diceva:

« *Difatti il caso che si suppone nel canone, che la condizione venga apposta nell'atto stesso della celebrazione del matrimonio non avverrà di fatto mai o quasi mai, attese le consuetudine vigenti, e gli sposi si guarderanno bene dall'esporsi in modo così flagrante alla nullità comminata.*

*Rimangono invece senza alcuna sanzione ed in balia delle antiche regole, nel modo con cui furono interpretate fino ad ora, tutti gli altri*

<sup>(98)</sup> Tra il testo dello schema completo del 1916 e quello del definitivo CIC 1917 ci sono notevoli diversità. Sappiamo che — per il libro II — esiste uno schema datato nello stesso anno della promulgazione del Codice, diverso dallo schema del 1916 e addirittura diverso dal testo definitivo (cfr. P. GEFAELL, *El Régimen*, p. 16), ma per il libro III non abbiamo trovato altro schema.

<sup>(99)</sup> *Codex Iuris Canonici Pii X Pontificis Maximi iussu digestus Benedicti Papae XV auctoritate promulgatus. Romae 1917*, in *AAS*, 9/2 (1917), p. 215.

<sup>(100)</sup> Trapelata tra i fogli manoscritti dentro una busta datata « 1905 », abbiamo trovato questa lunga (20 cartelle) osservazione al canone dello schema del 1916, di un tale Sac. G. Palica che scriveva nel giorno dell'Immacolata, 8 dicembre 1916: cfr. *Osservazione al can. 1095. del Sac. G. Palica (Roma, 8 dicembre 1916)*, in *ASV.C. Scatola 56. busta n. III. Sezione particolare (CIC. 1905 [sic!])*, *Voti dei consultori manoscritti*. Questa critica al canone potrebbe spiegare i cambiamenti dell'ultima ora.

*casi nei quali, come nella fattispecie proposta in principio, la condizione e aggiunta privatamente e prima del matrimonio.*

*Per questi casi — e segnatamente quando si tratta di condizione de praesenti — mi sembra che l'unico rimedio sia quello di stabilire che la condizione, qualunque essa sia — fatta eccezione per le condizioni turpi contra substantiam — apposta al matrimonio in qualsiasi tempo, debba ritenersi come non apposta, vitiatur, cioè et non vitiat matrimonium. Dico in qualsiasi tempo, perché in questa regola generale dovrebbe essere compreso anche il caso di condizione posta nell'atto stesso della celebrazione. E si noti bene ciò in forza di una presunzione che dovrebbe essere non iuris tantum, ma "iuris et de iure" »<sup>(101)</sup>.*

Dopo aver esposto la dottrina sul matrimonio condizionato, seguendo il Wernz per i canonisti, ed il Bianchi e il Ricci per i civilisti, spiega che la ragione per cui prima si ammetteva il matrimonio condizionato era dovuta all'esistenza del correttivo del matrimonio presunto:

*« Ma si dirà: la legge canonica che considera come non apposte le condizione illecite non contrarie alla sostanza e che voi vorreste estesa a qualsiasi condizione parimenti non contraria alla sostanza, non costituisce in ultima analisi che una praesumptio iuris, presunzione che deve cedere, come è noto, di fronte alla verità. E quindi se i contraenti hanno veramente legato la loro volontà all'esistenza della condizione, la condizione si sostiene, e non può essere altrimenti, perché nessuno potrebbe supplire al consenso dei contraenti quando la condizione non si verificasse, ed ecco che gli inconvenienti lamentati rinascono e sono inevitabili. — Voi invece volete che la presunzione sia iuris et de iure. Questo è troppo e voi volete una cosa impossibile.*

*Rispondo che, se non prendo un abbaglio, non manca un esempio precisamente di ciò, ed è anzi un esempio tale, che, se bene si considera, ci dà, a mio parere, la spiegazione adeguata della disciplina del matrimonio condizionato, disciplina che poteva in passato avere la sua ragione di essere, perché trovava un correttivo nella legge stessa, ma che avrebbe dovuto cessare col venir meno del correttivo stesso. Intendo parlare del matrimonio presunto, abolito prima indirettamente in forza del capo Tametsi del Concilio di Trento e poi, anche nei luoghi esenti dal capo Tametsi, in parte formalmente, ed in parte, secondo molti, virtualmente dal decreto Consensus mutuus di Leone XIII.*

<sup>(101)</sup> Osservazione al can. 1095. del Sac. G. Palica..., cit.

*Tutti ricordano i tre casi del matrimonio presunto. Di essi, due interessano la nostra questione. La Chiesa presumeva praesumptione iuris et de iure che il congresso tra l'uomo e la donna dopo gli sponsali o dopo il matrimonio condizionato procedesse da affetto coniugale. Quanto al matrimonio condizionato sappiamo che il caso, secondo la lettera contemplava l'ipotesi della condizione de futuro contingenti et honesta, dalla quale si presumeva che i contraenti pel fatto stesso dell'unione sessuale avessero receduto.*

*Ma è chiaro che secondo lo spirito di quei sacri canoni lo stesso a pari, se non a fortiori, avrebbe dovuto dirsi del matrimonio sotto condizione de praesente, di guisa che anche in questa ultima ipotesi il congresso avrebbe dovuto presumersi avvenuto per affetto coniugale, e con recesso tacito dalla condizione. La ragione di tutto ciò era che in ultima analisi la Chiesa non presumeva, né poteva legalizzare il peccato e perciò presumeva, praesumptione iuris et de iure il contrario.*

*Ora, io, dico, i sacri canoni possono bene ammettere per un eccesso di delicato rispetto alla libertà individuale il matrimonio condizionato de futuro o de praesenti, finché, per il senso morale da cui sono animati i cristiani, i medesimi sacri canoni si trovano in grado di applicare al matrimonio così celebrato il correttivo del matrimonio presunto. Ma una volta abolito quest'ultimo, si doveva intendere virtualmente abolito anche il matrimonio condizionato, che solo in grazia di quel correttivo poteva sostenersi come in qualche modo morale. Il provvedimento dunque che oggi sommessamente invoco sembra ben lungi dall'essere ingiustificato (...).*

*(...) Che se in casi particolari ciò avvenisse e la volontà di un contraente o di entrambi fosse veramente legata alla condizione che non si verifica, il conflitto erompente tra foro interno e foro esterno potrebbe e dovrebbe facilmente comporsi, ingiungendo a costoro di emettere coram Deo e segretamente quel consenso assoluto a cui sono obbligati, e se non lo fanno sibi imputent »<sup>(102)</sup>.*

In fin dei conti, propone una opinione molto simile a quella che anni dopo propugnerà Oesterle<sup>(103)</sup>, e in linea con la tradizione orientale. Palica finisce proponendo un testo per il canone in questi termini:

<sup>(102)</sup> *Ibid.*

<sup>(103)</sup> « In foro externo talis appositio in iure orientali non existit; de internis non iudicat praetor. Orientales sub conditione contrahentes componant suam conscientiam cum confessore » ((G. OESTERLE, *De disciplina sacramenti matrimonii pro Ecclesia Orientali...*, p. 303 [vide supra, nota 18 b])).

« Canone 1095:

Soppressione del paragrafo 1°

Modificazione del § 2°:

*Matrimonium sine ulla conditione celebrandum est. Quod si de facto conditio aliqua apponatur sive ante matrimonium, sive in ipsa matrimonii celebratione, ea pro non adiecta habetur praesumptione iuris et de iure.*

*Conditio autem quae sit de futuro contra matrimonii substantiam, illud reddit invalidum »* <sup>(104)</sup>.

A nostro avviso, l'ennesima proposta di cancellare il primo paragrafo diede l'ultima spinta alla Commissione per decidersi a sopprimere il polemico testo <sup>(105)</sup>, ma la proposta di ritenere le condizioni per non apposte, con presunzione *iuris et de iure* non trovò risposta.

### III. CONSIDERAZIONI FINALI.

Prima di passare alle conclusioni, vorremmo fare qualche considerazione sul matrimonio condizionato che sia valida per valutare anche la normativa attuale.

#### 1. *Visione « formalista » e visione « consensualista ».*

Nell'*iter* del c. 1092 del CIC del 1917, durante la discussione circa l'introduzione del carattere irritante delle condizioni per il matrimonio, si potrebbe dire che c'è stata una controversia tra la visione « consensualista » e la visione « formalista » delle condizioni. Cercheremo di spiegarci meglio. Se la condizione rendesse nullo il matrimonio soltanto se apposta nel foro esterno e durante la cerimonia matrimoniale (cioè, se si trattasse di condizione « in formam deductam »), si dovrebbe pensare di essere di fronte a una nullità provocata per difetto di forma: questa era la posizione di

<sup>(104)</sup> Osservazione al can. 1095 del Sac. G. Palica..., cit..

<sup>(105)</sup> Nel libro postcodiciale di Wernz-Vidal si legge laconicamente: « Nihil autem refert quoad effectum iuridicum, utrum conditio apposita fuerit in actu celebrationis, an antea nec revocata (...) utrum apposita fuerit publice an occulte, ita ut in foro externo probari non possit. At conditionis occulte appositae et in foro externo non probatae in hoc foro nulla habenda est ratio » (F.X. WERNZ -P. VIDAL, *Ius Canonicum*, t. V, Romae 1946, p. 649, n. 514). Indica dunque gli stessi criteri del paragrafo scomparso del canone.



Wernz<sup>(106)</sup>. Se, invece, la condizione avesse efficacia invalidante anche se apposta unicamente nel foro interno, allora saremmo davanti a una nullità prodotta da un vizio del consenso: questa — a nostro avviso — era l'impostazione del Palmieri. Alcuni autori più recenti tendono a valutare l'attuale norma sulle condizioni piuttosto come vizio del consenso<sup>(107)</sup> introdotto per diritto positivo alla stregua del *dolus* o del *metus*, e non come mero impedimento estrinseco o mancanza di forma, perché nell'ottica personalistica non si capisce che la donazione personale all'altro sia condizionata all'esistenza di una qualità o circostanza che si voglia *al di sopra della stessa persona dell'altro*. Infatti, se si pone una condizione (di passato, presente o futuro, fa lo stesso) questo significa che si vuole sottoporre la donazione di sé all'esistenza di quella condizione, *che ha più importanza che lo stesso matrimonio*. Molto bene lo indica Pompedda: « ...abbia inteso celebrare il matrimonio condizionandone la validità ad una circostanza, sulla cui esistenza è incerto e al cui verificarsi egli annette tanto valore da anteporla allo stesso matrimonio »<sup>(108)</sup>.

Vista l'evoluzione della proposta avanzata durante la codificazione pio-benedettina, qualcuno potrebbe sollevare il dubbio se le condizioni a cui si riferisce il c. 826 CCEO siano soltanto quelle apposte nel foro esterno nella stessa espressione del consenso durante la celebrazione del matrimonio oppure ne siano incluse anche quelle meramente interne. E questo dubbio potrebbe poggiarsi sul fatto che il

---

<sup>(106)</sup> Cfr. quanto esposto al riguardo nella parte II di questo lavoro. Questa impostazione si scorge anche in queste parole del Wernz: « *conditio vero apponi solet in externa manifestatione sive forma consensus* » (F.X. WERNZ, *Ius Decretalium*, p. 81, n. 291). Dopo il CIC del 1917, l'Istruzione *Sacrosantum matrimonii* (AAS, (1941), p. 904) richiedeva la licenza dell'Ordinario per l'apposizione della condizione (cioè nel foro esterno), e questo è stato raccolto nel c.1102 §3 del CIC del 1983. Ma in questi casi si tratta di requisito *ad liceitatem*, non dunque *ad validitatem*, come invece aveva chiesto De Becker [vide supra, nota 43].

<sup>(107)</sup> Tirapu, p.es., scrive: « el antiguo c. 1092 del Código de 1917, si bien estaba en el capítulo del consentimiento matrimonial, estaba colocado tras los requisitos de validez del acto de contraer (...); esta posición inducía a pensar en el tema de la condición como un elemento presente en la celebración del matrimonio, en el acto de prestar el consentimiento, olvidando el carácter del consentimiento condicionado y la posibilidad de poner la condición al consentimiento de modo virtual. (...) Sistemáticamente parece más adecuado situar el consentimiento condicionado como anomalía del consentimiento que considerar la condición como una circunstancia o elemento apuesto en el acto de expresión del consentimiento » (D. TIRAPU, *El consentimiento condicionado*, p. 336-337).

<sup>(108)</sup> M.F. POMPEDDA, *Il consenso matrimoniale*, p. 88.



canone orientale parla di « *celebrare* sotto condizione »<sup>(109)</sup>. Infatti, sembra che adoperando la parola « celebrare » ci si limiti alle condizioni espresse nella celebrazione. Se si ammettesse che il c. 826 CCEO stabilisca la nullità del matrimonio soltanto quando è celebrato sotto una condizione « in formam deductam », allora bisognerebbe ricorrere alle categorie latine del c. 1102 per giudicare sulla validità di un consenso sottoposto a condizione unicamente nel foro interno. Ma ritengo che l'*iter* di codificazione del c. 826 CCEO non lasci spazio ai dubbi, e che risulti chiaro che il canone riguarda anche le condizioni apposte nel foro interno<sup>(110)</sup>. Per giudicare l'espressione « *celebrare* sotto condizione » bisogna tenere conto del contesto generale del codice orientale, che evita ogni riferimento al verbo « contrarre » per scostarsi da una visione del matrimonio come mero « contratto ». Perciò, si può dedurre che, in questo contesto, l'espressione « celebrare » si riferisca al fatto di prestare il consenso, nel senso più generico: sia interno che esterno.

## 2. *Consenso condizionato e diritto naturale.*

Benché, finora, molti autori ritengano che, per diritto naturale, « nel matrimonio condizionale « si riscontra in realtà una volontà matrimoniale effettiva ed attuale, ancorché subordinata nella sua efficacia ad un evento condizionante » »<sup>(111)</sup>; tuttavia, la natura irritante delle condizioni nel consenso matrimoniale dev'essere sottoposta a una profonda riflessione.

Forse ancora è troppo presto per esprimere un giudizio definitivo sull'argomento, ma nel futuro potrebbe succedere qualcosa di simile a quello che è successo quando si parlava del *metus* come vizio del consenso stabilito soltanto per diritto positivo, e per tanto applicabile soltanto ai cattolici: una posteriore riflessione ha indotto il Pontificio Consiglio per l'interpretazione autentica dei testi legislativi ad allargare questa norma ai matrimoni degli acattolici<sup>(112)</sup>, lasciando intendere così che il *metus* attinge in certo modo dal diritto

<sup>(109)</sup> CCEO c. 826: « Matrimonium sub condicione valide *celebrari* non potest ».

<sup>(110)</sup> Infatti, i consultori parlavano di « *qualsiasi* condizione » (*vide supra*, nota 3).

<sup>(111)</sup> M.F. POMPEDDA, *Il consenso matrimoniale*, p. 83. (la citazione che fa Pompedda è di P.A. Bonet).

<sup>(112)</sup> AAS, 79 (1987), p. 1132.

naturale. Anche sul dolo c'è in corso una vivace disputa dottrinale e giurisprudenziale riguardo alla sua retroattività o meno, cioè, riguardo alla sua relazione col diritto naturale.

Riguardo al nostro tema, crediamo si possa dire che nella mente di quello che appone la condizione si verifica un processo psicologico assai simile alla simulazione parziale del consenso. Sarebbe, anche, un supposto di nullità alquanto vicino alla nullità del matrimonio per errore sulla qualità direttamente e principalmente intesa. A mio avviso, infatti, in questi casi è difficile pensare ad un consenso valido, perché l'oggetto del consenso diventa direttamente e principalmente la qualità ricercata, mentre la persona dell'altro è voluta in maniera secondaria e indiretta, cosa che ritengo incompatibile con la genuina donazione coniugale<sup>(113)</sup>. Lo stesso ragionamento vale per il caso dell'apposizione di una condizione *sine qua non*: si vuole — con atto positivo di volontà — l'esistenza di quella condizione al di sopra della persona dell'altro. Il matrimonio si vuole « subordinato » alla condizione, mentre — a nostro parere — il matrimonio non lo si può veramente volere come qualcosa di secondario. Per questo sembra che il fatto di apporre condizioni al consenso matrimoniale è segno di mancanza di una vera volontà matrimoniale, almeno nella maggioranza dei casi, se non di tutti.

Riteniamo dunque che la coraggiosa scelta legislativa del c. 826 CCEO, sia in armonia con la più genuina dottrina personalistica, che permea tutto il codice orientale.

### 3. Possibili obiezioni al c. 826 CCEO.

La norma che dichiara nulli tutti i matrimoni condizionati, qualunque sia la condizione, sebbene molto coraggiosa, tuttavia ha sollevato molti interrogativi. Infatti, si pongono non piccoli problemi, come hanno ben messo in risalto Gallagher e Pospishil. Se, p.es., c'è stata una condizione, forse addirittura verificata, e il matrimonio pro-

---

(113) « L'unione coniugale (...) può essere compresa e spiegata pienamente solo ricorrendo ai valori della « persona » e del « dono » (...). La persona non può mai essere considerata un mezzo per raggiungere uno scopo; (...). Essa è e dev'essere solo il fine di ogni atto. Soltanto allora l'azione corrisponde alla vera dignità della persona » GIOVANNI PAOLO II, Lettera alle famiglie « *Gratissimam sane* », 2 febbraio 1995, in *AAS* 86 (1994), p. 888 e 889 (la traduzione italiana è dell'edizione dell'*Osservatore Romano. Documenti*, p. 37 e 39). Cfr., anche, P. GEFAELL, *Nota alla sentenza c. Funghini del 14 ottobre 1992*, in *Ius Ecclesiae*, 5 (1993), p. 595.

cede felicemente da anni... o se dopo l'apposizione della condizione ancora non accertata si decide di rescinderla... forse il matrimonio deve essere considerato nullo? Nel diritto orientale non si può facilmente parlare di rinnovo interno del consenso senza una nuova benedizione nuziale, e per questa ragione questi autori si domandano se non sia necessario osservare la tradizione orientale del *uti non adiecta* <sup>(114)</sup>, e Pospishil arriva perfino a chiedere la revisione del canone: « This canon is in need of revision » <sup>(115)</sup>. La revisione di un canone appena nato sembra un po' troppo frettolosa <sup>(116)</sup>.

Questi problemi forse si potrebbero risolvere ripristinando in qualche modo l'istituto del matrimonio presunto il quale è stato richiamato più volte in questo lavoro <sup>(117)</sup>, ma ciò porta con sé non piccoli problemi. Tuttavia crediamo che non sia necessario ricorrere a questo.

#### 4. *La soluzione si trova nella prova.*

Si teme, forse, che un matrimonio protratto felicemente per anni, con figli ecc., possa essere dichiarato nullo se si accerta che fu sottoposto a condizione, anche se verificata. I criteri giurisprudenziali per la prova della condizione, però, rendono questo pericolo quasi inesistente <sup>(118)</sup>. « This proof is usually extremely difficult, and if there is not absolute proof the tribunal must consider the condition as a mode, cause, or demonstration, rather than a true condition » <sup>(119)</sup>. Infatti, se la parte che afferma di aver apposto la condizione, non esita a consumare il matrimonio, vive pacificamente per lunghi anni con l'altra, e infine si separa per un motivo che non sia direttamente l'essersi accorto della mancanza della qualità posta come condizione, l'esistenza di tale condizione non può essere provata.

<sup>(114)</sup> Cl. GALLAGHER, *Marriage in the Revised*, p. 81-82.

<sup>(115)</sup> V.J. POSPISHIL, *Eastern Catholic Marriage Law*, p. 359.

<sup>(116)</sup> In realtà questo autore scrisse queste parole quando il CCEO ancora non era stato promulgato, basandosi sullo schema del 1986 (si può costatare questo perché alle volte cita il canone con il numero antico). Se abbiamo questo in mente, la sua affermazione è più comprensibile.

<sup>(117)</sup> Ad esempio, *vide supra*, nota 101.

<sup>(118)</sup> Riguardo questi criteri giurisprudenziali, cfr. AA.VV., *Il consenso matrimoniale condizionato. Dottrina e giurisprudenza rotale recente*, Città del Vaticano 1993.

<sup>(119)</sup> L.A. ROBITAILLE, *Conditioned Consent*, p. 86.

Se poi fosse possibile provare l'esistenza della condizione, significherebbe che le circostanze del matrimonio erano così precarie dall'inizio, piene di dubbi e diffidenza tra le parti, da costituire veramente prove esterne dell'esistenza di un consenso viziato *ab initio*, non veramente matrimoniale. L'apparenza di vita matrimoniale durante un periodo più o meno lungo è compatibile anche con l'esistenza di simulazione, *metus*, ecc., ma sempre all'interno di un contesto di « patologia » matrimoniale che spesso (non sempre però: giudicare su questo spetta ai giudici) è dovuta ad una « anomalia di partenza », cioè ad una anomalia nell'emissione nel consenso. E in questi casi è giusto che il matrimonio sia dichiarato nullo, perché corrisponde a realtà.

Spetterà alla giurisprudenza constatare se l'esistenza del nuovo c. 826 del CCEO produrrà, o meno, un aumento nel numero di nullità per condizione apposta. Crediamo che, se si esigono strettamente i criteri giurisprudenziali per la prova dell'esistenza della condizione, il numero dei casi accertati non saranno molti di più di quelli finora arrivati alla nullità per condizione non adempiuta.

##### 5. *Il c. 826 CCEO applicato ai latini?*

Se la ragione per dichiarare nullo il matrimonio sotto qualsiasi condizione promana non da un requisito formale bensì da un vizio del consenso, crediamo che le ragioni che hanno indotto ad introdurre questa norma nel codice orientale siano validissime anche per i latini.

Del Giudice aveva chiesto questa unificazione di disciplina quarantun anni fa: « Al punto che sono le cose non credo azzardato auspicare la unificazione della disciplina, quanto alla soggetta materia, del diritto matrimoniale riguardante la Chiesa latina e di quello relativo alla Chiesa orientale, adottando anche per la prima una disposizione non diversa da quella del can. 83 del CA, in sostituzione di quella che è attualmente inclusa nel can. 1092 del Codex »<sup>(120)</sup>. (Si ricordi che Del Giudice era tra gli autori che ritenevano il c. 83 CA come invalidante in ogni caso).

Anche oggi, tra i latini, « many canonist were disapointed with this paragrah [c. 1102 § 2 CIC 1983] because they felt that past and present conditions should render a marriage invalid for the same rea-

<sup>(120)</sup> V. DEL GIUDICE, *Qualche considerazione*, p. 11.

sons that future conditions do » (121). Infatti, l'incertezza soggettiva che causa l'apposizione della condizione è la stessa sia per le condizioni di futuro che per quelle di passato o di presente (122). Sono anche uguali, nella pratica, i problemi morali per usare il matrimonio così celebrato. E, soprattutto, l'imperfezione della donazione sincera di sé, che l'apposizione di qualsiasi condizione al proprio consenso significa, si trova sia nelle condizioni di futuro che nelle condizioni di passato e di presente.

È meglio che i fidanzati aspettino a verificare la condizione, come diceva Gasparri durante la codificazione (123) e come ripete ancor oggi Örsy: « It is difficult to conceive of any situation where the conditioning of the consent would be warranted for a serious reason. If the problem is in some lack of information, the marriage should be delayed until it can be obtained » (124). Inoltre, l'apposizione di condizioni al fine di tutelarsi da eventuali inganni, oggi non è più necessaria dopo l'introduzione del nuovo canone sul dolo.

Tuttavia, se da un lato, sarebbe conveniente che il canone 826 fosse applicato anche ai non orientali, d'altro canto questo non significa che allo stato attuale della legislazione latina — sia giuridicamente corretto usare il canone orientale per giudicare gli occidentali.

Infatti, è vero che, da un lato il Romano Pontefice considera che il CCEO, il CIC 1983 e la *Pastor Bonus* formano un'unità dentro il Diritto Canonico della Chiesa universale (125) e da questa realtà possono scaturire, certamente, importanti conseguenze. Dall'altro, però questi due codici hanno ambiti di applicazione loro propri. Per il nostro argomento, la più importante conseguenza dell'unità dell'ordinamento canonico, concerne quel che possiamo chiamare l'influsso concettuale ed ermenutico esistente tra le diverse componenti « del-

(121) L.A. ROBITAILLE, *Conditioned Consent*, p. 95.

(122) « L'incertezza oggettiva dell'evento considerato nella condizione « de futuro » e quella puramente soggettiva aventesi nelle altre non diversificano in realtà le due situazioni » (M.F. POMPEDDA, *Il consenso matrimoniale*, p. 84).

(123) *Vide supra*, nota 66.

(124) L. ÖRSY, *Marriage in Canon Law. Texts and Comments. Reflections and Questions*, Wilmington Delaware 1988, p. 146.

(125) Nel discorso al Sinodo dei vescovi, durante la presentazione del CCEO, Giovanni Paolo II disse: « Nel presentare a questa Assemblea, così rappresentativa della Chiesa universale, il Codice, che regola la disciplina ecclesiastica comune a tutte le Chiese orientali cattoliche, lo considero parte integrale dell'unico *Corpus iuris canonici* » (n. 8). Cfr. *Insegnamenti di Giovanni Paolo II*, XIII, 2, p. 936-937. Traduzione italiana in *L'Osservatore Romano*, 26 ottobre 1990, p. 5 e 6.



l'unico *Corpus iuris canonici* ». E questo si verifica particolarmente tra le due compilazioni codiciali. Tuttavia, l'ambito proprio di applicazione dei singoli codici si evince sin dall'inizio, infatti, il c. 1 CCEO stabilisce che « i canoni di questo codice riguardano tutte e sole le Chiese orientali cattoliche, a meno che, per quanto riguarda le relazioni con la Chiesa latina, non sia espressamente stabilito diversamente » (cfr., anche, c. 1 CIC 1983). Per questa ragione i due codici non possono costituire fonte suppletoria di diritto in caso di lacune di legge (c. 19 CIC 1983) <sup>(126)</sup>. Malgrado tutto, dal raffronto tra i codici nasceranno sempre nuove idee per migliorare l'altra disciplina, non automaticamente però, ma sempre attraverso appositi atti legislativi, come infatti sta già accadendo <sup>(127)</sup>.

Se abbiamo questo presente, dobbiamo constatare che la norma latina del c. 1102 accetta chiaramente le condizioni di passato e di presente: non si tratta, dunque, di riempire lacune legislative ricorrendo all'analogia legale (c. 19 CIC 1983), e nemmeno di fare l'interpretazione sulla norma oscura ricorrendo ai luoghi paralleli (c. 17 CIC 1983). Per questa ragione, finché non sia derogata, i latini si reggeranno alla norma del c. 1102.

Affermo tutto ciò perché, a mio avviso, la spiegazione data da Dolores García Hervás per applicare ai latini la norma orientale sulle condizioni <sup>(128)</sup> — benché molto suggestiva — non è accettabile. Infatti, ella parte dalla falsa ipotesi che non si può concepire un unico ordinamento giuridico con due codici, e per questa ragione l'unico codice universalmente valido per tutti i cattolici sarebbe quello latino, mentre quello orientale soltanto sussidiario: perciò non un vero codice ma una legge speciale sottoposta al codice latino. Una singola

---

<sup>(126)</sup> Non sono del tutto d'accordo con J. ABBAS, *Canonical Interpretation by recourse to « parallel passages »: a comparative study of the Latin and Eastern Codes*, in *The Jurist*, 51 (1991), p. 295-296, quando applica i criteri di interdipendenza tra i due Codici riguardo alle lacune di legge (c. 19 CIC 83); sì, però, quando applica i luoghi paralleli per l'interpretazione (c. 17 CIC 83). Anche Fürst ritiene troppo ampio l'uso che fa Abbas di questa tecnica (cfr. C.G. FÜRST, *Interdipendenza del Diritto Canonico Latino ed Orientale*, in AA.VV. *Il Diritto Canonico Orientale nell'ordinamento ecclesiale*, a cura di K. Bharanikulangara, Città del Vaticano 1995, p. 16, nota 18).

<sup>(127)</sup> Come è successo, ad es., con il Rescritto *ex audientia Sanctissimi* della Segreteria di Stato del 26 novembre 1992, che stabilisce per i latini una norma identica a quella del CCEO c. 112, prima inesistente nella disciplina latina (AAS, 85 (1992), p. 81).

<sup>(128)</sup> D. GARCÍA HERVÁS, *La significación para la Iglesia del nuevo Código Oriental*, in *Atti del Congresso internazionale « Incontro fra canoni d'oriente e d'occidente »*, a cura di R. Coppola, Bari 1994, p. 41-47.



norma di questa legge speciale (il CCEO) — prosegue questa canonista — può significare non soltanto una particolarità legislativa rispondente alle caratteristiche di uno specifico ceto (gli orientali) ma costituire un vero sviluppo della *mens* dell'unico legislatore riguardo ad una materia comune — come quella della condizione — che pertanto muterebbe automaticamente anche la legge universale (ossia, il CIC). Certo, può darsi che per il nostro argomento ci sia stato un vero approfondimento della questione da parte del legislatore, ma ritengo che tecnicamente questo non può significare un'applicazione automatica nell'ambito latino. La spiegazione data da García Hervás non tiene conto del carattere analogico del concetto di « codice » nel Diritto Canonico, concetto che non può essere giudicato unicamente con criteri civilistici.

Non sono neanche del tutto d'accordo con l'affermazione del Geringer secondo cui, in un matrimonio tra cattolici, uno orientale e l'altro latino, se il latino aveva apposto una condizione di passato o di presente, il matrimonio sarebbe sempre nullo, indipendentemente da chi sia colui che ha posto la condizione. Se non ho capito male, la ragione sarebbe perché in materia di consenso si deve giudicare secondo la legislazione più ampia, quella cioè del c. 826 CCEO <sup>(129)</sup>. Ritengo non convincente la ragione addotta da questo autore per applicare ai latini la norma orientale. In primo luogo: perché considerare « più ampia » la norma orientale? Non sarà forse « più stretta »? Infatti, se il matrimonio gode del favore del diritto (c. 1060 CIC 1983, e c. 779 CCEO) una norma più irritante di un'altra è da ritenersi più stretta. In secondo luogo: come abbiamo visto, le norme del codice latino non possono essere applicate agli orientali né viceversa, a meno che si dica espressamente. Le parti nel matrimonio sono regolate ognuna dal suo proprio diritto tranne che per la forma

<sup>(129)</sup> « Dagegen spricht freilich der Wortlaut des c. 826 CCEO, der schlicht jede bedingte Eheschließung, an der ein Orientale beteiligt ist - und abhängig davon, welcher Partner die Bedingung stellt -, für nichtig erklärt. Tatsächlich wird man zwar eine unterschiedliche Regelung von Ehehindernissen (z.B. c. 1089 CIC/1983 im Vergleich zu 806 CCEO), die ja der Person anhaften, unterschiedlich - auch hinsichtlich der Gültigkeit des Eheschließungsaktes - bewerten müssen. Wenn aber, wie im Falle eines Konsensmangels (aber auch im Falle eines Frommangels, wenn etwa die *benedictio sacerdotalis* nach c. 828 §2 CCEO fehlt), unmittelbar der Eheschließungsakt betroffen ist, wird man wohl das weitergehende Recht anwenden müssen. Im Falle der bedingten Eheschließung zwischen lateinischen und orientalischen Katholiken müßte daher c. 826 CCEO angewandt werden, welcher Teil auch immer die Bedingung setzt » (K.T. GERINGER, *Die Bedinge*, p. 83, nota 66).

(poiché la forma canonica è un atto esterno unico) <sup>(130)</sup>. Se consideriamo le condizioni irritanti come faceva il Wernz (impostazione formalistica), allora forse sarebbe valido il ragionamento del Geringer. Ma il consenso interno di ognuna delle parti è regolato dal diritto proprio.

Si potrebbe accettare l'allargamento automatico ai latini della norma orientale soltanto se si dimostrasse, con ragionamenti irrefutabili, che l'apposizione di condizioni al consenso sia assolutamente incompatibile col diritto naturale sul matrimonio. Finora abbiamo espresso il nostro pensiero a favore di questa tesi, ma finché non si consolidi una giurisprudenza rotale in questo senso, o il Legislatore si pronunci al riguardo, nei tribunali inferiori non si può pretendere di giudicare nelle cause di nullità matrimoniale seguendo l'interpretazione del Geringer o della García Hervás.

#### IV. CONCLUSIONI.

Questo studio apre molte possibilità ad ulteriori approfondimenti, ma per il momento possiamo fare la somma delle conclusioni in alcuni punti fondamentali:

1. Non si trovano fonti legislative dirette del c. 826 CCEO. Infatti: *a)* tutte le fonti del diritto orientale tradizionale parlano delle condizioni *uti non adiectae*, e non come invalidanti; *b)* il c. 83 del CA non costituisce una fonte sicura perché sottoposto a interpretazioni svariate sia dalla dottrina sia dalla giurisprudenza.

2. Rimane soltanto una possibile fonte diretta, che non è legislativa perché mai arrivò a promulgarsi: la proposta avanzata in seno alla Commissione per la codificazione pio-benedettina.

3. Nell'*iter* del c. 1092 del CIC 1917, la prima proposta di Palmieri nel 1904, coincide nella sostanza, con quanto stabilito settantove anni dopo nel c. 1102 del CIC del 1983.

4. Non è stato proprio il P. Wernz, ma Mons. De Lai, quello che ha proposto l'idea di abolire le condizioni, dichiarando nullo ogni matrimonio contratto sotto qualsiasi condizione. Wernz — è vero — appoggiò la proposta di De Lai, ma voleva limitare la nullità ai casi di apposizione di condizioni nell'atto stesso della celebrazione del matrimonio. Ci fu un certo contrasto riguardo all'equiparazione circa l'efficacia invalidante delle condizioni interne e di quelle

---

<sup>(130)</sup> Cfr. J. PRADER, *Il consenso matrimoniale condizionato*, p. 281.

espresse nella celebrazione. Questo fece sì che Wernz cercasse di introdurre chiaramente la sua idea indicando che le condizioni non espresse nella celebrazione dovevano avervi per non apposte.

5. La clausola « *pro non adiecta habeatur* » è stata ritenuta come presunzione *iuris tantum*, e, conseguentemente, i Cardinali decisero di toglierla e di trattare le condizioni interne secondo i complicati parametri della dottrina tradizionale latina. Questo fu la fine della proposta. Ci fu, infatti, una reazione forte nell'episcopato, che non si spiegava perché la condizione espressa nella celebrazione rendeva nullo il matrimonio in qualunque caso e invece, se apposta soltanto nel foro interno, dipendeva dal verificarsi o meno della condizione.

6. Tutto ciò considerato, si può dire che il fatto di non portare fino in fondo l'iniziale idea di dichiarare la nullità del matrimonio sotto condizione, anche di quella apposta nel foro interno, portò alla morte della stessa proposta. Proposta che tornò alla vita dopo più di ottanta anni, col c. 826 del CCEO.

7. L'attuale c. 826 CCEO si potrebbe applicare anche ai latini soltanto se la riflessione del Legislatore o la costante giurisprudenza rotale, sulla scia della dottrina personalista, arrivasse a ritenere che l'apposizione di condizioni al consenso matrimoniale fosse contraria al diritto naturale sul matrimonio, equiparando questo capo a quello della simulazione o dell'errore su una qualità direttamente e principalmente intesa.

Per finire, vorrei citare un brano di Oesterle che mi sembra molto intuitivo, se si tengono in conto i pochi dati che aveva questo autore. Oesterle analizza lo schema del 1916 e poi il testo definitivo del CIC del 1917 e conclude:

« *Schemata clare distinguunt inter condicionem in ipsa celebratione matrimonii adiectam et inter condicionem ante celebrationem matrimonii adiectam; primam eliminavit ipse Codex; altera conservata fuit in c. 1092. (...) Curnam Codex adhuc schema a. 1916 mutavit? Ne Cardinalis Gasparri quidem rationem indicare potuit.*

*Vera mens celeberrimi canonistae Wernz haec mihi fuisse videtur: omne matrimonium sub quavis conditione initum valide inire nequit. (...) Sed postea in schemata fuit introducta illa inutilis sub ratione practica distinctio inter appositionem condicionis in ipsa consensus manifestatione et ante matrimonii celebrationem. Quae distinctio fuit mors illius canonis, quem conceperat pro suo summo ingenio ill. P. Wernz » <sup>(131)</sup>.*

<sup>(131)</sup> G. OESTERLE, *Praesumptio iuris aut fictio iuris?*, p. 100.

Oesterle critica la « inutile distinzione » tra le condizioni espresse nella celebrazione e quelle non espresse, e la ritiene come la vera causa della morte dell'originale proposta del Wernz. Certamente Oesterle indica molto bene la ragione della morte della proposta, ma non sapeva che Wernz era proprio il promotore della distinzione che portò ai cambiamenti che provocarono quella morte!

Pagina bianca

ODILI HILARY OKEKE

CHRISTIAN CELEBRATION OF MARRIAGE  
IN AFRICA REVISITED

*Introduction.*

At the Special Assembly of the Synod of Bishops for Africa, popularly called the African Synod, some African Bishops brought up the problems which many African Christians experience in getting married in the Church and called for a marriage rite for Africa. Some African Bishops had made similar calls in the 1979 Synod of Bishops on the Family. Some have advocated the recognition of the African traditional marriage ceremony so that such a celebration becomes the accepted marriage for African Catholics (1). The insistent and persistent call of Africans for a look at the form for celebrating the sacrament of marriage calls for a study of the issues involved. The present study is an attempt to answer that call. The perspective of the present study is canonical.

A cursory look at relevant ecclesiastical legislation from the Second Vatican Council to the present shows that the universal law has made provisions for local rites of marriage. The 1983 Code of Canon Law has in canon 1120 encapsulated the norms given in the Roman rite of marriage and repeated by Pope John Paul II in the Apostolic Exhortation *Familiaris consortio* (2). This canon gives the

---

(1) See the interventions of Gabriel Zubeir Wako (Archbishop of Khartoum, Sudan), and Henry Karlen (Bishop of Bulawayo, Zimbabwe) in the 1979 Synod of Bishops in *AFER* 23 (Feb.-April 1981), 57-60; See also the interventions of Bishop Ephraim Obot (Idah, Nigeria), Bishop Michael Cleary (Banjul, The Gambia), Bishop Raphael S. Mwana'a Nzeki Ndingi (Nakuru, Kenya), Bishop Alberto Setele (Inhambane, Mozambique), Cardinal Frederic Etsou-Nzabi-Bamungwabi, C.I.C.M., (Archbishop of Kinshasa, Zaire), and Bishop Victor Tonye Bakot (Edéa, Cameroun).

(2) JOHN PAUL II, Apostolic Exhortation, *Familiaris consortio*, 22nd November, 1981, n. 67.



Episcopal Conferences the faculty to prepare their own liturgical rite of marriage which, while agreeing with the local usages, must include the canonical form of marriage. The objective of this essay is to see how far the implementation of this norm will satisfy the desire of Africans for an authentically African Christian marriage rite. A corollary question which will be investigated is whether African Christians still need the canonical form of marriage.

*Preliminary Clarifications.*

Canonical systematics on marriage constructs marriage on a tripod given in canon 1057, § 1: « A marriage is brought into being by the lawfully manifested consent of persons who are legally capable ». In the tightly worded canon, the legislator applies the theory of juridical acts given in canon 124. A juridical act is valid if it is performed by a person who is legally capable, and if the act contains those elements which constitute the essence of the act, as well as the formalities and requirement which the law prescribes for the validity of the act.

Applying this norm to marriage it is seen that marriage comes into existence by the personal matrimonial consent of the parties who are legally capable and this consent must be manifested in the way prescribed for validity by law. Here we have the essential juridical structure of matrimonial law-matrimonial impediments, matrimonial consent and matrimonial form. This structure presupposes, of course, the essential dogmatics of marriage, that is, its nature and essential properties. In this essay, we are looking at the legal manifestation of marriage consent.

The legal manifestation of consent has two aspects which people sometimes tend to mix up: the canonical form and the liturgical form or rite. While theology deals with the sacramental form, Canon Law regulates the canonical and liturgical form both of which are required by law but with different juridical consequences as given in the chapter, *De forma celebrationis matrimonii*. The first form of celebration of marriage is the substantial or canonical form. The 1983 Code of Canon Law gives the prescription of the canonical form in canon 1108, 1:

Only those marriages are valid which are contracted in the presence of the local Ordinary or parish priest or deacon delegated by either of them, who, in the presence of two

witnesses, assists, in accordance however with the rules set out in the following canons, and without prejudice to the exceptions mentioned in cann. 144, 1112 § 1, 1116 and 1127 §§ 1-2.

This canon goes back to the Tridentine decree *Tametsi* which imposed the requirement of the active presence of the parish priest or any other priest with the permission of the parish priest or the Ordinary and two or three nonqualified witnesses *ad validitatem*:

Qui aliter quam praesente parochi, vel alio sacerdote de ipsius parochi seu Ordinarii licentia, et duobus testibus matrimonium contrahere attentabunt: eos sancta Synodus ad sic contrahendum omnino inhabiles reddit, et huiusmodi contractus irritus et nullos esse decernit, prout eos praesenti decreto irritos facit et annullat <sup>(3)</sup>.

The compulsory tridentine juridical form of marriage was introduced to fight the evil of clandestine marriages which the holy Church of God prohibits — *ex iustissimis causis illa semper detestata est atque prohibuit* <sup>(4)</sup>. The tridentine law had three shortcomings: 1) the Decree required only the presence of the parish priest or Ordinary; 2) this presence could be merely *passive* and either could be presence at the celebration of the marriage of the subject anywhere; 3) and the Decree was in force only in those territories where it had been promulgated. These three shortcomings were remedied by the Decree *Ne Temere* of 1907 which was promulgated for the whole Church and which made the presence of the parish priest or Ordinary *active* and the faculty of the parish priest or Ordinary to assist at marriage territorially circumscribed <sup>(5)</sup>. Canon 1094 of the 1917 Code and canon 1108 of the present Code adopted the discipline of *Ne Temere*.

The kernel of this norm is the active presence of a qualified person and two non-qualified witnesses in the ordinary situation envisaged by the canon. In the ordinary situation in which a catholic is involved <sup>(6)</sup>.

<sup>(3)</sup> Council of Trent, Session XXIV: *Decretum super reformatione circa matrimonium*, « *Tametsi* » DZ 1816.

<sup>(4)</sup> *Ibid.* no. 1813.

<sup>(5)</sup> Congregation for the Council, Decree « *Ne Temere* », DZ 3469-3474.

<sup>(6)</sup> According to canon 1117, the canonical form is prescribed *ad validitatem* if at least one of the parties was baptised in the Catholic Church or received into it and

The marriage can only come into being through the assistance of this qualified person. This person is said to assist at the manifestation of matrimonial consent, if he or she, being present, asks the contracting parties to manifest their consent and in the name of the Church receives it (can. 1108, § 2). The qualified person (*testis qualificatus*) can be the local Ordinary or the parish priest who act ex-officio and with ordinary power and within their territory (can. 1109). Personal Ordinaries and personal parish priests assist by virtue of their office within the limits of their jurisdiction at marriages in which at least one of the partners is their subject (can. 1110). Others who are qualified to assist are priests and deacons delegated by either the local Ordinary or the parish priest according to the norms of law to assist at the marriage (can. 1111). Canon 1112 gives the conditions for the delegation of a lay person to become a qualified assistant at a marriage. Before the diocesan Bishop can delegate a lay person, it has to be verified that there are neither priests nor deacons and the Bishops' Conference must have given its prior approval and the permission of the Apostolic See has been obtained. When these conditions have been met, a lay person delegated by the diocesan Bishop can be a qualified person whose active presence is required for the valid manifestation of matrimonial consent.

Besides the active presence of a qualified person, the law requires the presence of two witnesses. There is no qualification for the two witnesses. But it is sufficient that they have the general capacity required of witnesses, that is, that they enjoy use of reason and the « capacity of reasonable perception of the marriage at which they are assisting » (?). It is juridically required that their presence be simultaneous and contemporaneous with that of the qualified person.

Canon 1108 contains exceptions to the norm in the canons listed in it. Canon 144 provides for the supply by the Church of power to assist in marriage in case of common error and in positive

---

has not by a formal act defected from it, without prejudice to the possibility of dispensation in the case of mixed marriages as provided for in canon 1127, § 2. The juridical understanding and relevance of the formal act of defection is studied by ALEX STENSON in: *The Concept and Implications of the Formal Act of Defection of Canon 1117*, *Studia Canonica* 21(1987), 175-194.

(?) E. CAPARROS, M. THÉRIAULT and J. THORN, eds., *Code of Canon Law Annotated* (Montréal: Wilson & Lafleur, 1993), p. 701.

and probable doubt, canon 1116 establishes what is known as the extraordinary canonical form, by which a couple can validly manifest the matrimonial consent without the active presence of a qualified person. If those who are qualified persons for assistance at the celebration of marriage cannot be present or be approached without grave inconvenience either in danger of death or if it is prudently foreseen that the state of affairs will continue for a month, the marriage can be validly celebrated in the presence of witnesses only. Canon 1127 § 2 grants the local Ordinary of the Catholic party the faculty to dispense from the observance of the canonical form in mixed marriage if there are grave difficulties in the way of observing it, provided some public form of celebration of marriage is required for validity.

Theoretically speaking, both the ordinary and extraordinary forms of celebration of marriage can be validly used without any prescribed liturgical rite. But as John Paul II stated: « Christian marriage normally requires a liturgical celebration expressing in social and community form the essentially ecclesial and sacramental nature of the conjugal covenant between baptized persons »<sup>(8)</sup>. Canon 1119 prescribes the use of liturgical rite for the celebration of marriage apart from a case of necessity. According to that canon, the celebration of marriage has to be done according to the rites in liturgical books approved by the Church, or which are acknowledged by lawful customs. The first point to be made is that the liturgical form of marriage is not essential for validity since the canon does not expressly mention validity (can. 10). Secondly, there is a provision for rites which are acknowledged by lawful customs. The customs meant here are ecclesiastical customs (cans. 23-27).

The liturgical rite that is in use in the Latin Church is the Roman rite. According to liturgical laws, marriage is normally to be celebrated within Mass or with a liturgy of the Word<sup>(9)</sup>. It consists of questioning the parties about their readiness and freedom, exchange of consent, exchange of the wedding rings and nuptial blessings. The heart of the celebration is the exchange of consent. According to canon 1104, § 2, the spouses are to express the matrimonial consent in words; if, however, they cannot speak, then

---

(8) JOHN PAUL II, Apostolic Exhortation, *Familiaris consortio*, no. 67.

(9) ANNIBALE BUGNINI, *The Reform of Liturgy 1948-1975* (Collegeville: Liturgical Press, 1990), p. 697.

by equivalent signs. In the Roman rite the manifestation of consent is done with the following formula:

I, (Name of the party), take you, (Name of the spouse) for my lawful husband/wife, to have and to hold, from this day forward, for better, for worse, for richer, for poorer, in sickness and in health, until death do us part <sup>(10)</sup>.

A critical look at the formula shows that it needs to be updated to reflect the new Code and modern sensibilities. According to the new Code, matrimonial consent is « an act of will by which a man and a woman by an irrevocable covenant mutually give and accept one another for the purpose of establishing a marriage » (can. 1057 § 2). In the formula of consent, the parties take without giving. The proposed formula should read: « I, (Name) give you myself as your husband/wife and accept you (Name of the other spouse) as my husband/wife... » In that way, the *mutua donatio et acceptatio* is clearly expressed. The other point is a matter of being positive. It may sound better to say « all the days of our lives » instead of « until death do us part » to express the lifelong character of marriage as a « partnership of their whole life » (canon 1055, § 1).

In the wake of the openness of the Catholic Church to the realisation that the Church, and even the Latin Church is a multicultural reality, the Second Vatican Council allowed the competent, territorial ecclesiastical authority to prepare its own rite, suited to the usages of people and place which must include the necessary active presence of the assisting priest <sup>(11)</sup>. The 1969 Rite of Marriage permitted the adaptation of the Roman Rite in local rituals in the questioning of the parties, the actual words of consent and other signs such as exchange of rings, holding of hands and even permitted the drawing up of a new rite proper and suited to a region, provided that the rite conforms to « the law that the priest assisting at such marriages must ask for and receive the consent of the contracting parties, and the nuptial blessing should be given » <sup>(12)</sup>.

---

<sup>(10)</sup> *The Rites of the Catholic Church* (as Revised by the Decree of the Second Vatican Council and Published by Authority of Pope Paul VI) (New York: Pueblo Publishing Co, 1976), p. 542.

<sup>(11)</sup> Second Vatican Council, The Constitution on Liturgy *Sacrosanctum Concilium*, no. 77.

<sup>(12)</sup> *The Rites* vol. I, p. 538.



A further concession was made to peoples among whom marriages take place in the home and sometimes over a period of several days for these customs to be adapted to the Christian spirit and to the liturgy<sup>(13)</sup>. By this concession, it is possible to celebrate the marriage in the home of the spouses even though canon 1109 of 1917 Code and canon 1118 of the 1983 Code prescribe that the celebration should normally take place in a church or oratory. Canon 1118, § 2 gives the local Ordinary the power to allow a marriage to be celebrated in another suitable place which can be the home of the parties.

John Paul II recognised that the celebration of Christian marriage could be done in the sphere of ancestral cultures or traditions following the principles laid down<sup>(14)</sup>. The norm of the Council is reproduced by canon 1120 which specified the competent authority as the Episcopal Conferences and replaced the « priest assisting » with the « person assisting » in line with the opening given for the assistance of not only deacons but also lay people.

The path to the inculturation of the Roman rite has been recently given by the Congregation for Divine Worship and Discipline of Sacraments. In this document, whatever inculturation must be compatible with the true and authentic spirit of the liturgy, always respecting the substantial unity of the Roman rite as expressed in the liturgical books, meaning that the document envisages not inculturation but adaptation of the Roman rite to the usages of other cultures<sup>(15)</sup>. Specifically on marriage, the document states that it is the marriage rite that calls for the greatest adaptation so as not to be foreign to social customs and reiterates the faculty of each Episcopal Conference « to prepare its proper marriage rite, which must always conform to the law which requires that the ordained minister or the assisting layperson, according to the case, must ask for and obtain the consent of the contracting parties and give them the nuptial blessing »<sup>(16)</sup>. This rite to be prepared by the Episcopal Conference must obviously bring out

---

(13) *Ibid.*

(14) JOHN PAUL II, *Familiaris consortio*, no. 67.

(15) Congregation for Divine Worship and Discipline of Sacraments, *The Roman Liturgy and Inculturation: IVth Instruction for the Right Application of the Conciliar Constitution on the Liturgy*, nn. 37-40, (Rome 1994), p. 18.

(16) *Ibid.*, p. 26.



clearly the Christian meaning of marriage, emphasize the grace of the sacrament and underline the duties of the spouses <sup>(17)</sup>.

We have presented in a summary fashion the universal norms on the form of celebration of marriage. We will now see how these norms can be applied in the socio-cultural context of Africa.

### *The Situation in Africa.*

Generally, canonical and liturgical forms of celebration of marriage have gone together so that in the minds of people they form one and the same thing. They need not be. The canonico-liturgical celebration is usually called church marriage or wedding or « white wedding ». This celebration is precisely the source of difficulty which Africans experience in marriage. The problem arises because they have gone through what is to them a real marriage ceremony — the traditional or customary marriage. On account of the problem, many African Catholics either cohabit before the church marriage or refuse to perform it. This results in many Catholics being married according to their traditional rites, and living in « irregular unions » because of the fact that they have not observed the canonical form. This situation prevents them from receiving the sacraments.

It may be useful to analyse just exactly of what the traditional marriage consists. The traditional form of marriage is a complex and phased marriage process by which traditionally and socially recognised marriage is entered into. It is made up of visits, exchange of gifts and different rituals which vary from one locality to another. There are some elements which are more or less common to most of the communities of Sub-Saharan Africa. Taking the Igbo people of Southern Nigeria as an example, we can see that the traditional celebration is public, community-based, highly symbolic and very meaningful. Four common stages in the traditional marriage process have been identified by a commissioned study of the Interdiocesan Liturgical Commission of Igbo-speaking Areas of Nigeria (IDLC-ISA) <sup>(18)</sup>:

- i) Preliminary Visits (Knocking at the door) in which the relations of the young man go to the house of the girl to ask in oblique ways and signs for the hand of the girl in

<sup>(17)</sup> *Ibid.*

<sup>(18)</sup> Inter-diocesan Liturgical Commission of Igbo-speaking Areas of Nigeria.

marriage. At the ceremonies, the elders on the two sides discuss. The initial consent of the girl is manifested privately to her parents or guardians who then gives the suitor and his people the go-ahead to continue their visit. In the meantime, both families carry out exhaustive investigation into each other's family to determine their suitability, the social purity and health of the family line, their behaviour, fruitfulness and marriage records.

ii) Settlement and Payment of Bridewealth (*Ngo* or *Aku mwanyi*) which is central and universal in marriage in Igboland. The two families speaking to each other through a mutually accepted intermediary (the middleman) negotiate the amount or goods or services to be given by the family of the suitor for their daughter. The two families are fully aware that they are not engaged in a trade for the woman is neither sold nor bought. The money or goods given is symbolic and remains the token of the existence of the marital bond between the two families. In the event of the failure of the marriage through any cause, the Bridewealth is returned to the family of the man as the symbolic breaking of the union in a traditional divorce. The payment of the Bridewealth initiates the marriage and grants the man the right over any child born by the woman as long as the Bridewealth is not refunded to the husband.

iii) Public celebration of the marriage (*Igba nkwu mwanyi*, wine ceremony). The relations, friends and well wishers of both families come together in the ancestral house of the woman to celebrate the marriage. The man's family comes with plenty of drinks while the family of the woman prepare plenty of food for the celebration. The celebration is simple: The girl is given a cup of wine by the eldest in her family and she sips the wine and gives the cup with wine to her « husband » who finishes the drink. They are acclaimed. They go before the oldest man from the girl's family who blesses them with a happy, fruitful and prosperous marriage. The man's family give out gifts of wine, clothes, tobacco and money to the relations of the girl according to the degree of relationship. This is followed by feasting.

iv) Taking home of the bride (*idu na uno*) and giving the newly married girl gifts (*idu uno*). The girl is led by a retinue of her friends carrying various household articles and the personal trousseau of the bride to the house of the husband. Her family gives her almost everything which she will need to live in her new place. With the *translatio*, the woman is regarded as a fully married woman with all the rights due to her as a wife in the new home.

From the above description of the traditional marriage rite, it can be seen that it is an elaborate and expensive process in which the people manifest that marriage is not the private affair of the two spouses. According to John Raur, African marriage « is a communal event that deeply involves two clans and is effected in stages, of which some permit cohabitation »<sup>(19)</sup>. An intricate bond of relationships is knitted between members of the two extended families. And the two clans enjoy the rights and benefits as well as bear the burdens of the relationship after a certain stage of the process, generally after the payment of the Bridewealth. They are surprised and they can hardly understand it when they are told that they are not yet married. They themselves regard themselves as married. The community regards them as married. And in most cases they begin to live as husband and wife after a certain stage in the traditional rite.

For the generality of Africans, the requirement of the ordinary canonical form and liturgical form is superfluous and unnecessary. According to Kisémbó and others,

the attraction of church marriage even when it accompanies customary marriage, is often that it « dignifies » the marriage, and, as an « appendage » or « additive », confers greater social prestige<sup>(20)</sup>.

Many regard it as « white » wedding. The women may look forward to it as a status symbol in which they wear a white gown and white veil. Often there is a clash of symbols and values. The symbolism of white and the veil as signs of virginity is lost when many

---

<sup>(19)</sup> JOHN BAUR, *2000 Years of Christianity in Africa: An African History 62-1962* (Nairobi: Pauline Publications-Africa, 1994), p. 330.

<sup>(20)</sup> B. KISEMBO, L. MAGESA and A. SHORTER, *African Christian Marriage* (London and Dublin: Geoffrey Chapman, 1977), 13-14.

of the brides who are already visibly pregnant insist on putting on the wedding gown and veil. Secondly, church marriage or wedding is seen as an expensive burden. The expense comes from the social celebration in which the couple is faced with the cost of feasting for a multitude of relations and friends. In some cases, the couple may not have recovered from the heavy expenses of the traditional marriage feast. Again, the idea of regarding the church wedding as the event that creates an indissoluble union scares many an African, especially if he or she is not sure of the fruitfulness of the union. The couple would generally try to live together until the woman becomes pregnant before committing themselves to an absolutely indissoluble marriage. The result is that many African Christians put off the church wedding.

### *The solution.*

It must be clearly stated that the continued call by Africans for the merging of the church marriage and the traditional African marriage rite should be addressed to the Bishops' Conferences of Africa. If the local rite is not prepared or if it is delayed, it is not because the Vatican is in the way. The Church in Africa must bear the full responsibility for the delay in addressing many of the problems of the African Church since the universal Church has granted it the necessary power. The problem of the form of celebration of marriage is a test case. The Bishops are aware that this problem constitutes a very serious pastoral issue and keeps many African Catholics away from the sacraments. Still finding a solution to it does not seem to be a pastoral priority. Since 1981 when the Symposium of Episcopal Conferences of Africa and Madagascar recommended the study and since 1983 when the Code of Canon Law sanctioned the preparation of local marriage rites, there is nothing to show for the concern of Episcopal Conferences for a solution. According to John Baur, it « seems that episcopal concern has been side-lined to the study of family planning, which the same SECAM conference [1981] also recommended »<sup>(21)</sup>.

The Bishops' Conference should take up the various studies done by scholars in various parts of Africa<sup>(22)</sup> and implement the proposals.

---

(21) JOHN BAUR, *2000 Years of Christianity in Africa: An African History 62-1962*, (Nairobi: Paulines Publications-Africa, 1994), p. 332.

(22) See for example, JUSTIN UKPONG, *Adaptation in the Liturgy of Marriage: An Ibibio (Nigerian) Model*, AFER 20 (June 1978), p. 145; J.C. ATADO, *African Marriage*

According to the present law, what is expected is a marriage rite that will be in line with the customs and usages of the people and place. The solution seems to be the combination of the traditional African rite with the Christian rite. One of the problems of creating a rite of marriage which combines the traditional marriage rite with the requirement of the canonical form is the exact stage of the traditional marriage at which the canonical form will be inserted. The problem arises from the fact that the African marriage is « brought about by a dynamic process in successive stages »<sup>(23)</sup>. It is often difficult to pinpoint the exact stage in which the marriage takes place. The Episcopal Conferences in Africa were to

see how this process could be celebrated in a Christian way and find at what exact moment the canonical form could be inserted, in such a way as to eliminate the present dichotomy between the liturgical and the traditional forms<sup>(24)</sup>

In Igboland, for example, the Interdiocesan Liturgical Commission of Igbo-speaking Dioceses of Nigeria has proposed a rite which will bring together the customary and Christian marriage rites using *Igbba Nkwu* (wine ceremony) as the stage in which to insert the canonical form. The ceremony should take place at the house of the bride and later a thanksgiving mass (called the Nuptial Mass) will be celebrated as soon as possible in the parish church of the bridegroom<sup>(25)</sup>. The proposed rite takes care of the problem of duplication of rites but its success will depend on the readiness of

---

*Customs & Church Laws: A case study of the Igbos* (Kano: Modern Printers, 1988), pp. 112-118; B.H. OKONKWOR, *The Role of Matrimonial Consent in Igbo Marriage in the Light of the New Canonical Legislation: A Comparative Study* (Rome: 1985), p. 77; IDLC-ISA, « Inculturation and Igbo Marriage Rite », *The Leader*, (February 18, 1990), p. 5; C.S. MBA, *Evolving an Igbo Christian Rite of Marriage: A Reflection on Canon 1120* (Orlu: 1994) and NATHANIEL NDIOKWERE, *The African Church, Today and Tomorrow*, vol. II: Inculturation in Practice (Enugu: Snaap Press, 1994), pp. 132-148.

<sup>(23)</sup> S.E.C.A.M., « Recommendations and Conclusions on Christian Family Life and Marriage in Africa Today », *AFER* 23(December 1981), 372.

<sup>(24)</sup> *Ibid.*, 373.

<sup>(25)</sup> IDLC-ISA, « Inculturation and Igbo Marriage Rite », *The Leader*, (February 18, 1990), p. 5. It is to be noted that the *Igba nkwu* ceremony is not universal in Igboland and it is not absolutely necessary as N. Ndiokwere asserts in his book, *The African Church, Today and Tomorrow*, p. 132. The ceremony is now gaining currency in almost every part of Igboland.



the people to accept such a marriage ceremony as the ceremony that brings into existence the indissoluble union which the Church wedding does <sup>(26)</sup>.

A lot of pastoral catechesis is needed to educate the people so that they will abandon their mentality of ascribing to the Church wedding with its socio-liturgical trappings from Europe that efficacy of creating an absolutely indissoluble bond of marriage which they do not attribute to the traditional marriage. It must be insisted upon that every marriage, by its very nature, is indissoluble and this property is not tied to the fruitfulness of the union. The marriage is therefore indissoluble whether it is blessed with offspring or not. Children are indeed the supreme gift and crown of marriage but as the Fathers of the Second Vatican Council insisted, « marriage persists as a whole manner and communion of life, and maintains its value and indissolubility, even when offspring are lacking — despite, rather often, the very intense desire of the couple » <sup>(27)</sup>. Pastoral catechesis needs to focus on inculcating the true understanding of marriage among African Christians.

From the canonical perspective, it may be necessary to take another look at the continued requirement for the canonical form for Africa. From the beginning of Christianity, the Church was interested in the marriage of its members. However, it did not impose any particular form for its celebration until the Council of Trent issued the decree *Tametsi* which imposed a form of celebration of marriage *ad validitatem*. This form called the canonical form was introduced in the Latin Church to combat clandestine marriages. From the point of view of the original intention of the legislator, there is no need to apply the canonical form to African marriages because there can be no African marriage that is clandestine.

But if the requirement is now to ensure the juridicity of the celebration, the active presence of the canonically recognised assistant may create difficulties. Such difficulties may lead to

---

<sup>(26)</sup> F. Urrutia rightly points out the problem of the combination of the traditional rite and the Christian one is the fear that Africans might not recognise that celebration as the rite that begins the indissoluble marriage. See FRANCESCO URRUTIA, *The Challenges on Canonical Doctrine on Marriage Arising from Africa*, *Studia Canonica*, 23(1989), 20.

<sup>(27)</sup> Second Vatican Council, Pastoral Constitution on the Church in the Modern World, *Gaudium et spes*, no. 50.



having a parallel celebration even in the home of the bride. The asking for and receiving the bride's consent is the prerogative of the oldest man (*Okpala*) in the bride's family. The insistence on active presence of a person recognised by the Church will mean that this person will also ask for and receive the matrimonial consent of the spouses. The way out may be for the Church to delegate the *Okpala* to perform the ecclesial function as well as the traditional one even when priests and deacons are present. This will require a derogation from the norms of canon 1112, § 1.

Another problem in the way of this solution is that the oldest man in the family may not be a Christian and therefore is not to be delegated as a qualified witness since the law states that a lay person can be delegated to assist at marriage. This presupposes that the person is baptised (can. 207). Any of these solutions will need a derogation of the law (cann. 1112 and 1120). This derogation may be necessary to achieve the objective of inculturation of the form of celebration of marriage.

The canonical form continues to be an albatross around the neck of the African Christian. A workable proposal can be that the church community will work in cooperative effort with the various families/clans to have a marriage ceremony which both the church and the society will recognise as true marriage. The church community will assure itself of the personal, spiritual and canonical pre-marriage preparations of the parties and their freedom and maturity to enter into a true marriage in the Lord. This can be easily done if the christian community is organised in Small Christian Communities or Basic Ecclesial Communities patterned along the lines of the traditional family (*umunna*). These communities will have christian leaders who are trained to prepare the people for marriage in line with the norm of canon 1112, § 2. The celebration of marriage will take place according to the customary rite. The church community through appointed witnesses will be present but their presence will not be active as required by the present law. The leaders of the Small Christian Communities will ensure the registration of the marriage which will be given all the canonical effects. In order to satisfy the liturgical needs, a mass of thanksgiving in which special blessings will be given to the newly married couple can be arranged in the church as soon as possible. This mass should not be required for validity or for licitness.

*Conclusion.*

We have seen the problems of the forms of celebration of marriage in Africa. The universal law has made provisions which, if implemented by the Bishops' Conference, can lead to a solution of the problem. This entails the preparation of a local rite of marriage which takes into consideration the usages of the people. In Africa, this can lead to a blending of the customary and Christian marriage rites to produce one rite that will be acceptable to both the traditional African community and the church community.

However, the law requires that this rite has to embody the canonical form, that is, the active presence of a person recognised by the Church to assist at the marriage by asking for and receiving the matrimonial consent of the parties in the name of the Church. This requirement creates difficulties of its own, which can be solved by working out a marriage rite with the traditional society in which the oldest man from the family of the bride will ask for and receive the consent as in the customary marriage while the representatives of the church community will be passive witnesses.

This proposal does not seek to do away with the canonical form but to adapt it to the realities of the African world. Canon Law itself contains both the ordinary and the extraordinary forms. The extraordinary form in canon 1116 allows for the valid and lawful celebration of a true marriage in the presence of witnesses only under certain conditions. Canon 1127, § 2 allows for the dispensation from the canonical form in the celebration of mixed marriages if there are grave difficulties in the way of observing the canonical form, provided some public form of celebration is used. The sacramental nature of marriage is not in anyway compromised since it is a valid marriage contract between baptised persons that is by that fact a sacrament (can. 1055, § 2).

In celebrating their marriage according to their customary rites and without the necessity of observing the ordinary canonical form, African Christians will realise better that it is the natural reality of their marriage that has been raised to the dignity of the sacrament. In that way, the dichotomy between their traditional marriage and the church wedding will be removed.

**Pagina bianca**

*Giurisprudenza*

**Pagina bianca**

TRIBUNALE APOSTOLICO DELLA ROTA ROMANA - *Reg. Aprutini seu Teramen. Hartien.* - Nullità del matrimonio - Questione pregiudiziale *de sententiarum conformitate* - Decreto - 22 marzo 1994 - Stankiewicz, Ponente (\*).

**Processo matrimoniale canonico - Doppia conforme - Sentenza di prima istanza dichiarativa della nullità *ob simulationem totalem ex parte actoris* - Sentenza di seconda istanza dichiarativa della nullità *ob exclusionem boni sacramenti ex parte actoris* - Loro conformità equivalente - Esclusione.**

**Sentenza - Risposta al *dubium* concordato in via subordinata - Uso della formula *iam provisum in primo* - Significato di astensione dal giudizio.**

*Anche per le sentenze sulle cause di nullità del matrimonio vale il principio dettato dal can. 1641, 1°, secondo cui per la loro conformità si richiede l'identità non solo delle parti e del petitum ma anche della causa petendi, in tali cause costituita dai capi di nullità concordati nella formula del dubbio (come si argomenta ex cann. 1639 § 1, 1677 § 3, 1683, art. 62 Normae Rotae Romanae Tribunalis del 1994). Nella valutazione sull'identità della causa petendi bisogna rapportarsi al solo ed autonomo fatto principale già di per sé produttivo della nullità del matrimonio, non ad un fatto secondario, privo di una qualificazione giuridica autonoma, per quanto questo possa costituire argomento in ordine alla verità o meno della dichiarazione relativa al fatto principale. Due diversi capi di nullità, ovvero fatti giuridici autonomi (ed in materia di simulazione la stessa legge ne distingue più di uno — can. 1101 § 2 —), posti a fondamento delle due sentenze non integrano quindi la eadem causa petendi, salvo che si tratti del medesimo fatto principale cui sia dai giudici assegnata una diversa qualificazione giuridica (nomen iuris) (1).*

*Qualora nella sentenza il quesito relativo alla nullità del vincolo matrimoniale per il capo addotto in via subordinata venisse risolto con l'usuale formula forense « iam provisum in primo » esso si deve intendere come*

(\*) Vedi alla fine del decreto nota di L. DEL GIUDICE, *Novità nella giurisprudenza rotale di rito in tema di conformità « equivalente » delle sentenze*. Il decreto è pubblicato anche in *Monitor Ecclesiasticus* 119 (1994), 341-351.



*non giudicato, in quanto assorbito nella risposta fornita al capo principale o precedente. È da escludersi così la conformità tra due sentenze, ove la seconda dichiara la nullità esclusivamente per il capo nella prima risolto con la predetta formula, e non coincida, il fatto giuridico principale considerato irritante posto a fondamento di esse (2).*

(Omissis). — FACTI ADUMBRATIO. — 1. D.nus V., actor, matrimonium suum quod contraxerat cum d.na A., parte conventa, die 8 maii a. 1971 in paroeciali ecclesia Sanctae Mariae dicata in civitate A., post infaustum exitum convictus coniugalis qui mense martio a. 1987 definitive interruptus est, illud quoque nullitatis accusavit, die 26 septembris a. 1986, coram Tribunale Regionale Aprutino ex capite simulationis totalis, sin minus partialis, ob exclusam nempe vinculi indissolubilitatem seu bonum sacramenti ex parte suiipsius.

Intrusione causae rite expleta, die 9 maii a. 1990 prodiit sententia affirmativa quoad primum caput simulationis totalis.

Quoad alterum caput exclusi boni sacramenti iam provisum in primo eadem pronuntiatio statuit.

Ex partis conventae appellatione, quae causae nullitatis eoque magis sententiae nullitatem declaranti firmiter obstabat, acta iudicii ad normam iuris ad Nostrum Tribunal transmissa sunt.

Attamen Turnus rite constitutus appellatam sententiam quoad caput simulationis totalis, affirmativa pronuntiatione definitum, ad normam can. 1682, § 2 non confirmavit, sed causam remisit ad ordinarium examen secundi gradus, decreto die 21 februarii a. 1991 lato, potissimum quia obscurum esse censuit, utrum in casu de simulatione totali ageretur an potius de exclusione boni sacramenti.

2. Resumpto capite exclusi boni sacramenti ex parte viri, in primo gradu haud definito ob eius incompatibilitatem cum capite simulationis totalis, et supplemento instructionis expleto per auditionem Exc. mi Archiepiscopi emeriti Piscariensis, die 25 iunii a. 1993 prodiit sententia affirmativa, quae edixit constare de nullitate matrimonii, in casu, ob exclusum tantum a viro actore bonum sacramenti, cui insuper vetitum appositum est ne ad novas nuptias transiret, Tribunale primae instantiae inconsulto.

Haec sententia, cum primum tantum matrimonii nullitatem declaraverit ex capite exclusi ab actore boni sacramenti seu vinculi indissolubilitatis, executioni tradita non est, sed ad normam can.

1682, § 1 ad Turnum appellationis, die 12 augusti a. 1993 constitutum, una cum ceteris iudicii actis delata est.

At Patronus actoris ut primum feriae aestivae pro Tribunali statutae elapsae sunt, coram Ponente Turni a quo, die 21 septembris a. 1993 instituit, ut clausulam sententiae additam executionem sententiae prohibentem, removeri iuberet, attenta nempe sententiarum conformitate.

Sed Exc. mus Ponens, etsi ad dignitatem Episcopalem interea evector est, vi prorogatae tamen potestatis iudicialis, die 1 octobris a. 1993 decrevit, Patribus de Turno quoque auditis, petitionem Patroni ad Turnum sequentem esse deferendam, qui prius de sententiarum conformitate videret.

3. Quam ob rem actoris Patronus, die 11 octobris a. 1993, coram Exc. mo P. Decano ac Ponente Turni superioris instituit ut expostulatam sententiarum conformitatem aequivalentem declararet.

Ex quo Exc. mus P. Ponens, die 13 octobris a. 1993 statuit, ut quaestio praeliminaris de sententiarum conformitate, die 26 novembris a. 1993, definiretur.

Die autem pro conventu statuta, Turnus superior quaestioni sibi propositae respondit rem deferendam esse ad Turnum Rotalem a quo.

Remissa igitur quaestione ad Turnum a quo, infrascriptus Ponens, qui in locum praecedentis substitutus est, patronum partis contentae interea constitutum ad disceptationem admisit.

Itemque admonuit Patronum actoris ut mandatum procuratorium ad causam apud N.A.T. agendam (art. 62, § 2 Norm. 1934; art. 53, § 1 Norm. 1994) exhibuit, quia in actis apud Rotam exstantibus exemplar mandati adnuc desideratur.

Receptis dein memorialibus tum Patronorum partium inter se dimicantium, tum Defensoris Vinculi et Promotoris Iustitiae, post brevem dilationem quaestionis, die 18 martii a. 1994 statutam, superius memorata quaestio praeiudicialis de conformitate sententiae Rotalis cum sententia primae instantiae Nobis hodie est definienda, priusquam expostulata sententiae Rotalis executio decerni possit.

IN IURE. — 4. Postquam sententia, quae matrimonii nullitatem primum declaravit, in gradu appellationis confirmata est vel decreto vel altera sententia, ii, quorum matrimonium declaratum est nullum possunt novas nuptias contrahere statim ac decretum vel altera sen-

tentia ipsis notificata est, nisi vetito ipsi sententiae aut decreto appposito vel ab Ordinario loci statuto id prohibeatur (can. 1684, § 1).

Patet igitur titulum executorialitatis pronuntiationis definitivae, nullitatem matrimonii in gradu appellationis confirmantis, in eiusdem decisionis conformitate cum sententia primae instantiae consistere, cum post duplicem sententiam conformem non sit locus ulteriori appellationi, sed provocationi tantum ad obtinendam eiusdem causae novam propositionem (can. 1644, § 1), quae tamen natura sua executionem sententiae non suspendit (can. 1644, § 2).

Quoniam vero causae de nullitate matrimonii continuo proponi solent usque ad assequendam duplicem sententiam conformem, immo nec tunc spernitur provocatio ad obtinendum novum eiusdem causae examen (cfr. can. 1644, § 1), si interesse alterutrius partis id postulet, apud instantias superiores haud tam raro excitatur quaestio de sententiarum conformitate, ne lites praeter modum protrahantur, ubi potissimum in eadem causa iam duae sententiae nullitatem matrimonii declarantes numerari possunt.

5. Ad rem nova lex processualis significationem duplicis sententiae conformis clare definit dum statuit haberi talem conformitatem si duplex intercesserit inter easdem partes sententia de eodem petito et ex eadem causa petendi (can. 1641, n. 1).

Haec tria elementa identitatis verificari debent etiam in sententiis, quae in causis de nullitate matrimonii proferuntur, ut conformes ad normam iuris declarari possint. Ideoque, praeter identitatem personarum et identitatem petiti seu obiecti immediati et mediati actionis, quae ceterum nullam difficultatem interpretativam secum ferunt, hisce in causis ante omnia inspicienda est identitas causae petendi, quam caput nullitatis sub formula dubii concordati (cfr. can. 1677, § 3) constituit.

Lex enim expresse cavet de identitate causae petendi in utraque sententia, non ideo de eius aequivalentia seu aequipollentia tantum, ut duplex sententia conformis haberi possit.

Quam ob rem lex canonica intente praecipit ut formula dubii non tantum quaerat an constet de nullitate matrimonii in casu, sed ut proprie determinet quo capite vel quibus capitibus nuptiarum validitas impugnetur (can. 1677, § 3).

Quod nunc valet etiam apud Romanae Rotae Tribunal, quia in causis nullitatis matrimonii in primo gradu inibi agitatis vel ad eam delatis a Tribunalibus inferioribus, « formula dubii est: "An constet

de matrimonii nullitate in casu", additis capite vel capitibus » (art. 62, § 1 Norm. 1994). Ubi agitur de sententia Rotali appellata tantum, nullitatis capita renovari possunt in dubiorum formula modo « claritatis gratia » (art. 62, § 2 Norm. 1994; cfr. etiam can. 1639, § 1).

Idque omnino necessarium est, cum sententia iudicialis singulis dubiis congruam responsionem dare debeat (cfr. can. 1611, n. 1).

6. Quamvis conformitas sententiarum ex praescripto can. 1641, n. 1 super identitate causae petendi seu capitibus nullitatis (cfr. can. 1639, § 1; 1683) fundari debeat, iurisprudentiae tamen dictamina, incepto pratico necnon aequitativo ducta, iure sancitae sententiarum conformitati, si quam forte alterutra pars expostulet, etiam in casu aequivalentis tantum capitibus nullitatis cavere haud recusant, quin ideo identitatem capitibus necessario requirant.

Ea de causa sententiae ipsae, quae matrimonii nullitatem declarant ex capite non identico, sed aequivalenti tantum, in usu forensi « aequivalenter conformes » vocari solent.

In tali enim notione conformitatis potius ad factum concludens attenditur, ex quo nullitas matrimonii exoritur, praesertim vero ad eiusdem facti probationes, quam ad actionis nomen eidem facto attribuendum.

Sed vigente iam Codice vetere doctrina probata docuit « eandem causam petendi » nihil aliud esse quam idem « factum iuridicum quod constituat fundamentum iuris, illius iuris scilicet in iudicio controversi et a iure definiti »; quae insuper designare haud praetermisit « sententiarum conformitatem consistere tantum in parte dispositiva quamvis enim rationes seu motiva sint diversa, dummodo eadem sit dispositio seu decisio in effectu et substantia habetur sententiarum conformitas » (M. LEGA-V. BARTOCETTI, *Commentarius in iudicia ecclesiastica*, vol. III, Romae 1950, pp. 4-5; nn. 7, 9).

7. Notum est autem in causis matrimonialibus tot haberi capita nullitatis, quot sunt facta iuridica quae per se ipsa et independenter ab aliis nullitatem matrimonii secum ferunt.

Inde sequitur « sententiam prescindere non posse a capite seu motivo nullitatis, sed necessario illud secum ferre in eoque totam niti, adeo eiusdem vaor ex asserto nullitatis capite re vera existente ac iuridice probato dependeat plane. Quare motivum seu caput quo allegatur ad impugnamdam validitatem matrimonii, v. g. impotentia

antecedens et perpetua, vis et metus, consanguinitas etc., est causa nullitatis coniugii ac propterea fundamentum ipsius sententiae. Proinde altera alteri sententiae eatenus conformis erit, quatenus eadem fuerit causa nullitatis idemque sententiae fundamentum » (F.M. CAPPELLO, *De matrimonio*, Romae 1961, p. 827, n. 887).

Hisce admissis, congruenter igitur propugnatur « non haberi requisitam conformitatem, si, in casu proposito, alia sententia declaret nullum matrimonium ex uno capite, alia irritum pronuntiet ex alio capite » (l.c.).

Nam sententiae eatenus conformes sunt, « quatenus in parte dispositiva perfecte convenient »; « diversitas proinde sententiarum, in causis matrimonialibus, habetur quando adest diversitas in capitibus, quae dant ius connubium accusandi » (AE. DEL CORPO, *De sententiis aequivalenter conformibus in causis matrimonialibus*, in *Selectae quaestiones processuales canonicae in causis matrimonialibus*, Romae 1969, p. 31).

8. Utcumque non agitur de sententiarum identitate, quae eandem pronuntiationem ab eodem Tribunali bis edendam, idcirco invalide (cfr. can. 1447), praesupponeret, sed de earum conformitate, quae tamen tria elementa identitatis semper requirit, ut supra dictum est, id est easdem personas, idem petitum et eandem causam petendi (can. 1641, n. 1).

Conformitas enim sententiarum « attendenda est non solum in ordine ad eandem causam, ex. gr. de nullitate matrimonii, verum etiam quoad eundem articulum, ac propterea quoad idem motivum seu caput, ex quo matrimonii validitas impugnetur » (F.M. CAPPELLO, *De matrimonio*, p. 829, n. 887).

Inde restat iterum referre quod « alia sententia alii conformis dicitur, cum utriusque partes dispositivae inter se perfecte conveniunt » (F. ROBERTI, *De processibus*, vol. II, Romae 1926, p. 245, n. 510).

Haec autem notio conformitatis sententiarum valet non solum quoad petitionem novae causae propositionis (cfr. can. 1644, § 1), sicut ordinarie obvenit, sed pariter quoad executionem alterius sententiae matrimonii nullitatem declarantis, ex qua partibus, aliunde haud impeditis, ius oxoritur novas contrahendi nuptias (cfr. cann. 1684-1685).

Secus enim notio stricta conformitatis sententiarum valeret tantum primo in casu, dum in altero usurpanda esset extensiva notio



conformitatis aequipollentis. Idque fieret quoque contra principium generale iuris iuxta quod « ubi enim lex non distinguit, nec nos distinguere debemus » (Glossa « Pretium » ad D. 6, 2, 8).

9. Atque etiam « factum concludens », quod poni solet tamquam fundamentum conformitatis aequivalentis sententiarum, haud tam raro confunditur cum « factis et probationibus », in quibus pars dispositiva sententiae innitur.

Sed in aestimanda sententiarum conformitate attendi debet ad factum principale tantum, hoc est autonomum et constitivum, quod nullitatem matrimonii iam ex se efficit, non autem ad factum secundarium seu simplex, quod nullam qualificationem iuridicam autonomam habet, quamvis in processu matrimoniali vim argumenti consequi valeat quod spectat ad veritatem vel falsitatem declarationis circa factum principale. Ita verbi gratia factum aversionis se paebet quoad factum principale metus iuridice qualificati (cfr. can. 1103), vel factum habitudinis mentis divortio faventis quoad factum principale exclusionis boni sacramenti seu indissolubilitatis (cfr. can. 1101, § 2), et ita porro.

Quin immo si de consensus simulatione agatur, factum iuridicum principale consistit in facto psychico, quod constituitur intentione seu voluntate simulatoria, lege canonica expresse definita, cui eadem lex effectum invalidantem matrimonium tribuit.

Insuper in materia simulationis seu exclusionis ipsa lex plura facta iuridica autonoma distinguit, ut puta positivam voluntatem excludentem matrimonium ipsum, vel eiuem matrimonii essentielle aliquod elementum aut essentielle aliquam proprietatem (can. 1101, § 2).

10. Hoc autem factum psychicum, quod in voluntate seu intentione simulatoria consistit, vi extrinsecae declarationis a simulante factae, fit quoque factum materiale, adeo ut in iudicio non probetur solummodo indirecte, seu per praesumptiones, ut quidam contendunt, verum etiam directe, hoc est testimoniis super veritate vel falsitate declarationis simulantis, quae in foro canonico nomen « confessionis extraiudicialis » sumit.

At idem modus, quo diversa facta iuridica seu diversa capita nullitatis in iudicio probantur, conformitatem sententiarum minime inducit, etiamsi agatur de capitum cumulatione in eodem processu, in quo facta probatoria convergentia esse possunt.

Inde, si de capitibus diversis agatur, quae iuridice eandem causam petendi non constituunt, de sententiarum conformitate sermo fieri nequit.



Secus enim adesset periculum pervertendi ordinem iudiciale canonico, quia admissa extensiva interpretatione conformitatis, idem Tribunal, duabus sententiis ex diversis capitibus prolati, verbi gratia ex simulatione et postea ex metu, easdem quoque aequivalenter conformes declarare posset, dempta facultate appellandi post duplicem sententiam conformem, etiamsi in eodem gradu prolatam.

11. Aliter tamen res se habent, quoties agitur de facto principali quod duplicem qualificationem iuridicam seu nomen iuris consequi valet.

Idque obveniri potest, verbi gratia, concurrente voluntate determinata ab errore in matrimonium dissolubile (can. 1099), de cuius autonomia iuridica in doctrina hucusque disceptatur, et voluntate excludente indissolubilitatem actu positivo (can. 1101, § 2), vel in concursu simulationis totalis per exclusionem ipsius matrimonii cum exclusione sacramentalis dignitatis matrimonii (can. 1101, § 2; cfr. coram Colagiovanni, decr. 7 aprilis a. 1992; in *Monitor Ecclesiasticus* 117 [1992], pp. 508-511), attento quod sacramentalitatis exclusio etiam sub novo Codice tamquam species simulationis totalis nonnumquam tractatur, prout sub vetere Codice doctrina et iurisprudencia communiter admittebant (cfr. coram Serrano, sent. 18 aprilis a. 1986, n. 4; RRD vol. LXXVIII, p. 289).

Itemque proponi potest casus matrimonii ad tempus tantum initi, verbi gratia ad tres menses, qui pertractari potest sive sub adpectu animi non contrahendi consortium permanens (cfr. can. 1096, § 2) seuisum matrimonium (can. 1101, § 2), sive sub capite exclusae indissolubilitatis.

Sed in casibus legitimae conversionis capitum nullitatis utraque sententia etiam caput alternativum tamquam probatum saltem recognoscere debet, praesertim si post formalem eorum distinctionem subordinate eadem capita pertractaverit.

IN FACTO. — 12. Hac in causa, sicut iam supra dictum est (cfr. n. 1), Iudices Tribunalis Regionalis Aprutini ad dubium propositum subsequenti formula: « 1) Se consti o no della nullità del mitrimonio in questo caso per simulazione totale di consenso nell'uomo; subordinatamente: 2) per l'esclusione dell'indissolubilità nell'uomo », in conventu pro sententia ferenda, die 9 maii a. 1990, ita responderunt: « Affermativamente per il primo capo di nullità, mentre per il secondo capo — proposto in linea subordinata — si ritiene di aver già provveduto nel primo ».

Insuper iidem Iudices ad normam iuris vetitum actori rite apposuerunt, scilicet propter patratam ab eo simulationem totalem, hisce nempe verbis: « Qualora la parte, che ha condotto come attrice questo processo e che ha ammesso di aver fatto ricorso alla simulazione totale con prova preconstituata, desiderasse passare ad altre nozze, deve deporre un particolare giuramento nelle mani del proprio Vescovo diocesano e da questi ricevere una monizione vigorosa, perché osservi, con tutta lealtà e non sia tentato di essere recidivo, le proprietà e gli impegni voluti da Dio e sanciti dalla Chiesa in materia matrimoniale ».

13. Ex superius allata parte dispositiva sententiae primae instantiae apprime sequitur unicum tantum caput definitum esse pronuntiatione affirmativa a Iudicibus Tribunalis Aprutini, hoc est caput simulationis totalis ex parte actoris, cui proprie ob patratam simulationem totalem vetitum appositum est transeundi ad novas nuptias.

Inde admitti nequit Iudices primi gradus « duo capita », hoc est simulationem totalem et partialem per exclusionem matrimonii indissolubilitatem, « insimul affirmative » dimisisse, quod ceterum contradictorium esset, quia agitur de capitibus quae inter se confligunt (cfr. can. 1493), ideoque nonnisi subordinate pertractari ac definiri possunt.

Nam iurisprudencia N.F. tenet sub hoc respectu « haud posse cumulari simulationem totalem cum quavis partiali simulatione: reiecto enim ipso contractu, nihil remanet quo admittatur denegatio proprietatis cuiusdam eius » (coram Lefebvre, sent. 3 maii a. 1969, n. 2; SRRD vol. LXI, p. 434).

Congruenter igitur ex textu sententiae comperimus Iudices primi gradus utrumque caput nullitatis pertractasse: « abbiamo trattato ambedue i capi di accusa, il principale e quello subordinato, contemporaneamente e all'unisono », sed sententiam affirmativam ex capite simulationis totalis tantum pronuntiasse, dum quoad alterum caput stauerunt iuxta formulam constanti usu forensi comprobata, id est « provisum in primo ».

14. Hac tamen in re obliviscendum non est omnino aliud esse pertractare caput nullitatis, aliud autem definire idem caput per sententiam definitivam, attento quod sententia huiusmodi consistit in definitione causae principalis, quae iudiciali modo pertractata est (cfr. can. 1607).

Sed formula usu forensi comprobata, videlicet « iam provisum in primo », iuxta probatam iurisprudentiam N.F. nihil aliud significat nisi absorptionem capitis nullitatis in responsione affirmativa quoad caput principale seu praecedens, cui alterum caput subordinatum est in formula dubiorum.

Quapropter « declaratio absorptionis eiusdem capitis in capite praecedenti non possit equiparari negativae sententiae circa illud », eoque minus sententiae affirmativae, « sed merae abstinertiae a iudicio ferendo, a logica necessitate inductae » (coram Sabattani, sent. 24 martii a. 1961, n. 9; SRRD vol. LIII, p. 163).

Propterea, verbi gratia, « si prima sententia edixerit constare de simulatione et nihil decreverit de metu, responsione data « provisum in primo »; altera vero sententia censuerit non constare ex capite simulationis, constare vero ex subordinato capite metus, reapse unica sententia (affirmativa) habetur de simulatione, unica de metu. Nullatenus decerni posset conformitas sententiarum, et tertia instantia requireretur » (coram Pinna, sent. 5 octobris a. 1963, n. 4, e: SRRD vol. LV, p. 664).

15. Quae cum ita sint, pro certo habendum est sententiam Tribunalis primae instantiae alterum nullitatis caput, hoc est exclusionem boni sacramenti ex parte viri actoris, haud definitum legitime reliquit.

Nec obstat quod Ponens apud Rotam ad instantiam Patroni, die 10 aprilis a. 1991 porrectam, qua hic rite expostulabat dubii concordationem ex utroque capite nullitatis, formulam dubii statuit, die 2 maii a. 1991. « in hac altera instantia », scilicet « ob simulationem totalem ex parte viri, sin minus ob simulationem partialem ob exclusum bonum sacramenti ex parte eiusdem.

Ponens enim decreto dubii concordationis defectum definitionis capitis simulationis partialis in primo iudicii gradu supplere nullo modo potuit.

Verba autem a Ponente adhibita: « in hac altera instantia » nihil aliud significant nisi quod resumptio capitis simulationis partialis, ad instantiam Patroni, facta est in gradu appellationis ai normam iuris.

Si enim Iudices Tribunalis, a quo fit appellatio, « insoluta reliquerint quaedam ex propositis dubiis », ut puta respondendo: « Non proponitur » aut « iam provisum in primo », et ita porro, tunc « appellatio fit tantum a dubiis decisis. Proponi tamen poterunt in iudicio appellationis etiam dubia non decisa, si haec connexionem cum

decisis habeant eisdemque sint accessoria » (art. 162 Norm. 1934; cfr. art. 108 Norm. 1994).

16. Ceterum, si sententias aequivalenter conformes etiam vigente novo Codice iuxta dictamina iurisprudentiae fas sit declarere (cfr. ex gr. coram Serrano, decr. 24 octobris a. 1986, Bononien.; coram infr. Ponente, decr. 26 februarii a. 1987, Burdigalen. seu Petrocoricen.; coram Bruno, decr. 24 februarii a. 1989, Romana; coram Colagiovanni, decr. 7 aprilis a. 1992, Romana; coram De Lanversin, decr. 27 ianuarii a. 1993, Campinen. seu Sancti Caroli in Brasilia), hoc est extra casus triplicis identitatis, de qua in can. 1641, n. 1, tunc altera sententia tamquam revera probatum admittere debet alternativum factum iuridicum seu aequipollens caput nullitatis, in quo sententia aequivalenter conformes innitantur oportet.

At sententia Rotalis caput simulationis totalis, quod in prima instantia affirmativa pronuntiatione definitum est, tamquam revera non probatum retinet: « Secus autem ac appellati Iudices tenuerunt Infrascriptis argumenta ad comprobendam matrimonii ipsius exclusionem non tam cogentia visa sunt ut simulationem totalem, quam vocant, acta probare dici possit ».

Cum igitur Turnus Rotalis simulationem totalem ex parte actoris ex actis probatam non censuerit, sententia primae instantiae ex hoc capite pronuntiata nec aequivalenter conformis haberi potest cum sententia Rotali, quae matrimonii nullitatem primum tantum declaraverit ex capite exclusi ab actore boni sacramenti.

17. Quibus omnibus in iure et in facto mature perpensis, infrascripti Patres Auditores de Turno, prae oculis habitis memorialibus Patronorum utriusque partis atque Promotoris Iustitiae et Defensoris Vinculi, propositae praeiudiciali quaestioni respondendum censuerunt, uti respondent:

*Non dari conformitatem inter sententiam Rotalem coram R.P.D. Eduardo Davino, quae, die 25 iunii a. 1993, matrimonii nullitatem declaravit ex capite exclusi boni sacramenti ex parte actoris, et sententiam Tribunalis Regionalis Aprutini, quae, die 9 maii a. 1990, pro nullitate edixit ex capite simulationis totalis ex parte eiusdem actoris.*

Et ita statuerunt Patres atque iusserunt decretum notificari omnibus, quorum intersit, ad omnes iuris effectus.

Romae, in sede Tribunalis Romanae Rotae, die 22 martii a. 1994.

*Antonius Stankiewicz*, Ponens  
*Marius Giannecchini*  
*Aemilius Colagiovanni*

(\*) **Novità nella giurisprudenza rotale di rito in tema di conformità « equivalente » delle sentenze.**

(1) L'elaborazione giurisprudenziale <sup>(1)</sup> sul profilo della conformità delle sentenze ecclesiastiche, ampia quanto l'elaborazione dottrinale <sup>(2)</sup> sul tema, si arricchisce di un nuovo contributo particolarmente meritevole di attenzione, se non altro, per la controtendenza impressa, rispetto all'orientamento prevalente, in ordine all'estensione del concetto stesso di conformità <sup>(3)</sup>.

<sup>(1)</sup> Sulla cd. conformità equivalente o sostanziale, una rassegna della giurisprudenza rotale dal 1971 al 1988, può trovarsi in MENDONÇA A., *Rotal Anthology. An Annotated Index of Rotal Decisions from 1971 to 1988*, Washington 1992, 402-403. Per il periodo successivo, oltre alle pronunce menzionate nel decreto al n. 16, possono vedersi: c. Palestro, decr. 21 dicembre 1988, in *Monitor Ecclesiasticus* 114 (1989), 263-274, nonché, dello stesso ponente, 31 gennaio 1990, in *SRR Dec.* 82 (1990), 52 ss. e in questa *Rivista*, 2 (1990), 543-564, con nota di LLOBELL J., *Note sulla congruenza e la conformità delle sentenze di nullità del matrimonio*.

<sup>(2)</sup> Abbondanti riferimenti bibliografici in PIERONEK T., *Le principe de la double sentence conforme dans la législation et la jurisprudence ecclésiastiques modernes concernant les causes matrimoniales*, in *Ephemerides iuris canonici* 33 (1977), 237-268 e 34 (1978), 87-113. Per il periodo successivo al 1977, oltre alla letteratura riportata in LLOBELL J., *Note*, cit., si vedano BASTIDA X., *Congruencia entre el « petitum » y la sentencia*, in MANZANARES J. (Ed.), *Cuestiones básicas de derecho procesal canónico*, Salamanca 1993, 63-91; CUNEO J.J., *Toward understanding conformity of two sentences of nullity*, in « *The Jurist* » 46 (1986), 568-601; GERINGER K.-T., *Die « Conformitas Sententiarum »*. *Zur Gleichwertigkeit formell nicht konformer Urteile*, in *Archiv für katholisches Kirchenrecht* 149 (1980), 432-466; McGRATH A., *Conformity of Sentence in Marriage Nullity Cases*, in *Studia Canonica* 27 (1993), 5-22.

<sup>(3)</sup> Con più preciso riferimento all'oggetto di questa causa, in senso contrario al decreto, hanno riconosciuto la « equivalente conformità » di due sentenze, di cui l'una fondata su la simulazione totale, l'altra sull'esclusione del *bonum sacramenti*, una c. Bejan, 15 gennaio 1969 (« Substantialiter, totalis simulatio necessario secumfert exclusionem quoque boni sacramenti »), inedita; dello stesso ponente 27 marzo 1974, in *SRR Dec.* 66 (1974), 236-246; diverse c. De Jorio (vedi ad es. 13 maggio 1964, 29 aprile 1964, 5 dicembre 1964, in *SRR Dec.* 56 (1964), 311 ss., 352 ss. e



Si offre infatti, secondo le parole dello stesso ponente, una « notio stricta conformitatis sententiarum » (Decr., n. 8), sulla scorta quindi delle autorevoli soluzioni adottate in proposito dal Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica <sup>(4)</sup>, e da qualche rara decisione rotale <sup>(5)</sup>.

L'apprezzamento della conformità sostanziale <sup>(6)</sup> tra due sentenze, come è noto, può assumere rilievo nelle cause di nullità matrimoniale da una parte quanto all'accertamento della proponibilità o meno della *nova causae propositio* (can. 1644 § 1), dall'altra ai fini dell'eseguibilità (cd. definitività), delle sentenze, con il conseguente diritto o divieto per le parti di contrarre un nuovo matrimonio canonico (cann. 1684-1685). Il decreto che andiamo qui annotando affronta questo secondo aspetto, riconoscendo però l'esistenza di un unico contenuto del concetto di conformità, operante per entrambi i profili. Anzi, giova sottolineare che le riflessioni proposte, offrendo una nozione unitaria del concetto (« ubi enim lex non distinguit, nec nos distinguere debemus », Decr., n. 8), riguardano necessariamente, *mutatis mutandis*, anche le cause che non vertono sulla nullità del matrimonio o sullo stato delle persone; quelle, cioè, in cui un problema di conformità si pone relativamente alla formazione della *res iudicata*.

Nella massima abbiamo sintetizzato l'iter argomentativo sostenuto dal ponente. L'asserita coincidenza tra *causa petendi* e capo di nullità, e la necessità di identiche *causae petendi* affinché due sentenze possano dichiararsi conformi trovano ora conforto, oltre che in

---

899 ss.); una c. De Lanversin, 18 febbraio 1984, in *SRR* Dec. 76 (1984), 99 ss.; una c. Fiore, 20 dicembre 1975, inedita; una c. Lefebvre decr. 22 aprile 1978, in *Monitor Ecclesiasticus* 1978, 311-313.

(4) Cfr. *Decisione* del Congresso, c. Staffa, 10 febbraio 1971, in *Periodica* 60 (1971), 315-319, « Apollinaris » 44 (1971), 13-17 o in OCHOA X., *Leges Ecclesiae*, IV, n. 3953, col. 5978; v. anche *Risposta*, 1° febbraio 1991, in *AAS*, 84 (1992), 549-550.

(5) Cfr., ad esempio, c. Pinto, 17 marzo 1971, in *Ephemerides iuris canonici* 28 (1972), 331-335.

(6) Dal punto di vista semantico, sembra più pregnante la qualificazione convenzionale di *sostanziale* o *equivalente*, attribuita tradizionalmente alla conformità fra sentenze dichiarate sulla base di capi diversi, rispetto a quella di *virtuale*, pure adottata con il medesimo significato (cfr. PINTO P.V., *I Processi nel Codice di diritto canonico. Commento sistematico al Libro VII*, Città del Vaticano, 1993, 448, nota 658), in quanto quest'ultima protrebbe essere maggiormente confusa con la conformità denominata apparente, la quale, per accordo unanime, designa le sentenze, che pur affermando la validità del matrimonio impugnato per lo stesso capo negano una i fatti giuridici ammessi dall'altra.



numerosi dati codiciali (primo fra tutti, il can. 1644 § 1), anche nelle *Normae Romanae Rotae Tribunalis* recentemente approvate in forma specifica dal Sommo Pontefice (7).

La portata innovativa del decreto è veramente tale, però, solo con riferimento al pregresso e quasi uniforme orientamento giurisprudenziale. Invero, esso fa eco ad una corrente dottrina antecedente al *Codex* del 1983, ampiamente riportata, alla quale, pur in un contesto normativo forse meno univoco (8), non sfuggiva né la corrispondenza di ogni capo di nullità ad un autonomo oggetto del contraddittorio né, di conseguenza, l'indulgenza di una prassi giurisprudenziale favorevole a riconoscere con una certa larghezza (9) l'identità delle prove e dei fatti giudicati a fondamento della presunta conformità. Viceversa, circoscrivendo al preciso ed autonomo fatto principale già di per sé produttivo della nullità matrimoniale (es. il *factum aversionis* per il *metus*; Decr., n. 9) ciò che si richiede essere comunemente accertato dalle sentenze, perché possano giudicarsi conformi, viene esattamente focalizzato l'oggetto del contraddittorio e alla *causa petendi* viene restituito il ruolo tipizzante l'azione e il giudizio che giustamente le compete.

Il problema, comune a tutte le esperienze giuridiche, della relazione tra fattispecie giuridica e proposizione normativa — nel nostro caso,

(7) Il 7 febbraio 1994 (AAS 86 (1994), 508-540). Cfr. SEGRETERIA DI STATO, *Rescriptum ex audentia sanctissimi*, 23 febbraio 1995, in AAS 87 (1995), 366. Non è forse un caso che Stankiewicz sia stato tra coloro i quali, pare, abbiano sollecitato l'introduzione, nelle nuove norme reggenti il tribunale, di una nuova disposizione (l'art. 62) che sancisse, alla stregua del diritto comune (can. 1677 § 3), l'obbligatoria specificazione nella formulazione del dubbio, del capo di nullità oggetto del giudizio, superando così il dettato dell'art. 77 § 2 delle *Normae* del 1934; cfr. STANKIEWICZ A., *Rilievi procedurali nel nuovo « Ordo Iudiciarius » della Rota Romana*, in questa *Rivista*, 7 (1995), 73.

(8) Vedi cann. 1902-1903 CIC 1917; artt. 218-219 § 2 Istr. *Provida Mater Ecclesia*, 15 agosto 1936, in AAS 28 (1936), 356. Sul punto cfr. LLOBELL J., *Il giudizio nelle cause sullo stato delle persone. Note sulla dottrina di Carmelo de Diego-Lora*, in questa *Rivista* 5 (1993), 298 ss.

(9) È ravvisata così la conformità anche tra sentenze di nullità fondate su capi certamente non affini, anzi tra sé contraddittori, come tra il *defectus discretionis iudicii* e la simulazione totale; tra l'*incapacitas assumendi onera coniugalia* e l'esclusione del *bonum fidei*; tra questa e il *vis ac metus*, etc. Vedi nota 1. Rilevanti argomentazioni in senso conforme in SERRANO RUIZ J.M., *Incapacidad y exclusión: afinidades y divergencias entre los dos grandes temas de nulidad de matrimonio*, in AA.VV., *Curso de derecho matrimonial y procesal canónico*, 5, Salamanca, 1982, 175-202; IDEM, *La determinación del capítulo de nulidad de matrimonio en la disciplina canónica vigente*, in *El consortium totius vitae*, Salamanca 1986, 347-377.

fra fatti generativi della nullità del matrimonio ed i *capita nullitatis* nei quali sono normativamente inquadrati — è stato allora risolto nel modo più immediato: « tot ...capita nullitatis, quot sunt facta iuridica quae per se ipsa et independenter ab aliis nullitatem matrimonii secumferunt » (Decr., n. 7). Cosicché, come ebbe a sostenere la Segnatura Apostolica, « si capita nullitatis (seu rationes petendi) sunt diversa, difficile pacto intelligi potest facta esse eadem » <sup>(10)</sup>.

Ne consegue (interpretiamo il ragionamento del ponente) che soltanto sporadicamente possono sorgere per un fatto irritante difficoltà interpretative e di individuazione, con la conseguente possibilità che ad esso venga attribuito una diversa qualificazione giuridica: per le manifestazioni di volontà configurabili, ad esempio, un vizio del consenso matrimoniale tanto per errore di diritto determinante la volontà sull'indissolubilità (can. 1099), che per atto positivo di volontà escludente la stessa proprietà essenziale (can. 1101 § 2); o tanto per simulazione totale che per esclusione della dignità sacramentale; o ancora, nel caso di una volontà matrimoniale « ad tempus brevissimum », tanto per ignoranza circa la permanenza del *consortium* (can. 1096 § 1), quanto per simulazione totale (can. 1101 § 2) o per esclusione dell'indissolubilità. In tali ipotesi, la difficile delimitazione dell'autonomia e dell'ambito di operatività dei rispettivi capi di nullità potrebbe effettivamente condurre ad una diversa valutazione soggettiva da parte dei giudici, suscettibili di qualificare diversamente « lo stesso evento sostanziale » <sup>(11)</sup>, con la conseguente possibilità che il matrimonio risulti formalmente invalido in virtù di distinti capi di nullità. Ma al di là di particolari circostanze come queste, tanto più rare ci par di capire quanto più precisamente siano determinati i confini ed i presupposti dei vari motivi di nullità, bisogna fermamente negare, in presenza di sentenze fondate su capi diversi, la conformità « equivalente ».

Così, venendo alla concreta questione pregiudiziale risolta dal decreto, per quanto sia innegabile che « nel caso di simulazione totale e una qualche figura di simulazione parziale » siamo dinanzi a « capi che presentano tra di loro una indubbia connessione » <sup>(12)</sup>, di-

<sup>(10)</sup> SEGNAURA APOSTOLICA, c. Staffa, cit., in « Periodica », 318.

<sup>(11)</sup> MONETA P., *La nuova trattazione della causa matrimoniale*, in questa *Rivista*, 3 (1991), 490, nonché in IDEM., *La giustizia nella Chiesa*, Bologna 1993, 128.

<sup>(12)</sup> Nel senso, cioè, che non « presentano diversità di presupposti e di incidenza sul consenso matrimoniale » (MONETA P., *La giustizia*, cit., 128).

stinti ed autonomi, tuttavia, possono essere i fatti giuridici principali integrativi del positivo atto di volontà inficiante il consenso matrimoniale: altra è l'intenzione o la volontà simulatoria escludente lo stesso matrimonio, altra è l'intenzione o la volontà simulatoria di chi non si impegna ad abbracciarne un qualche elemento o proprietà essenziale<sup>(13)</sup>.

Pertanto non può dissentirsi dalle osservazioni critiche rivolte alle frequenti pronunce nelle quali l'effettivo « fatto concludente », ritenuto identico, alla base della conformità viene ad essere confuso con i fatti e le prove così come confluite nella parte dispositiva delle sentenze.

Né ci sentiamo di qualificare tale impostazione innovativamente proposta come formalistica<sup>(14)</sup>, solo perché aderente e rispettosa del tenore letterale delle norme (can. 17), e non invece ispirata a criteri di una certa pastoralità e benignità, in ragione dei quali, per rapidità ed economia di giudizio e per lo spiegamento di un frainteso *favor libertatis* delle parti<sup>(15)</sup>, andrebbe sacrificata l'univoca determinazione della norma processuale (*strumentale*, ma pur sempre necessaria per il raggiungimento della giustizia sostanziale<sup>(16)</sup>).

(13) Tant'è vero che, si sottolinea nel decreto, la proposizione e l'esame giudiziale delle diverse ipotesi di nullità in una stessa controversia non possono che seguire un ordine subordinato (*sin minus*), dal momento che « agitur de capitibus quae inter se configunt » (Decr., n. 13).

(14) « *Aliam conformitatem postulare esset purus formalismus* » fu obiettato in una c. De Jorio, 5 dicembre 1964, cit.

(15) Inutile negare che una certa indulgenza nella concessione della conformità « equivalente » assiste soprattutto le sentenze *affermative* della nullità del matrimonio. È frequente, a tale proposito, il richiamo all'*aequitas canonica*, alla *salus animarum*, nonché all'argomento che il principio della doppia conforme, pur se sancito dalla legge universale della Chiesa, non è richiesto dal diritto naturale. Come si può vedere, tali giustificazioni non sembrano, però, aver fatto presa nella stesura del presente decreto.

(16) Su questo grave problema il Pontefice è intervenuto reiteratamente: « Il giusto processo è oggetto di un diritto dei fedeli (cfr. can. 221) e costituisce al contempo un'esigenza del bene pubblico della Chiesa. Le norme canoniche processuali, pertanto, vanno osservate da tutti i protagonisti del processo come altrettante manifestazioni di quella giustizia strumentale che conduce alla giustizia sostanziale » (GIOVANNI PAOLO II, *Discorso alla Rota Romana*, n. 7, 13 gennaio 1990, in *AAS* 82 (1990), 876; cfr. nello stesso senso, IDEM., *Discorso alla Rota Romana*, 30 gennaio 1993, n. 3, in *AAS* 85 (1993), 1257; IDEM., *Discorso alla Rota Romana*; 28 gennaio 1994, n. 5, in *AAS* 86 (1994), 950 s.).

Al contrario, fra le conseguenze negative, alle quali, invece, un'interpretazione estensiva della conformità condurrebbe, merita in particolare di essere sottoscritta quella acutamente individuata nel decreto qui pubblicato, definita addirittura pervertitrice dell'ordinamento giudiziario canonico: « idem Tribunal, duabus sententiis ex diversis capitibus prolatis, verbi gratia ex simulatione et postea ex metu, easdem quoque aequivalenter conformes declarare posset, dempta facultate appellandi post duplicem sententiam conformem, etiamsi in eodem gradu prolatam » (Decr., n. 10) (17).

Appare palese, pensiamo, l'inottemperanza che in tal caso si compirebbe a scapito della stessa volontà legislativa, che dai lavori preparatori al Codice interpretiamo chiaramente intesa a garantire, attraverso una seconda decisione conforme, « l'ulteriore revisione della sentenza, realizzata dal tribunale di istanza superiore » (18).

Certo, al momento attuale, l'indirizzo restrittivo proposto, nettamente minoritario nel panorama giurisprudenziale, introduce, forse, un elemento di qualche incertezza che non giova « unitati iurisprudentiae », compito al quale la stessa Rota Romana è chiamata a provvedere (art. 126 *Pastor Bonus*), e che faticherà non poco ad essere recepito presso i Tribunali ecclesiastici. Ma ogni *revirement* giurisprudenziale, in questo caso sostenuto da un largo consenso della scienza giuridica canonica (19) e dall'orientamento della Segna-

(17) L'eventualità, davvero paradossale, non è sfuggita, in realtà, alla più attenta dottrina: « se un tribunale di prima istanza dichiara la nullità di un matrimonio per un capo, è possibile ...chiedere un nuovo processo presso lo stesso tribunale per un capo diverso. Se, in questa seconda occasione, il tribunale dichiarasse la nullità per gli stessi fatti giuridici, potrebbe anche dichiarare la conformità « equivalente » e l'esecuzione delle due sentenze di primo grado? » (LOBELL J., *Note... etc.*, cit., 556 s.; vedi anche IDEM., *Lezioni sul processo canonico, La competenza*, Milano, in corso di stampa).

(18) *Communicationes*, 12 (1980), 233. Sul significato peculiare al sistema processuale canonico dell'esigenza della doppia sentenza conforme si vedano le chiare pagine di VITALE A., *Sulla conformità delle sentenze nel processo canonico*, in *Ephemerides iuris canonici* 18 (1962), 435-449.

(19) Vedi nota 2. Si veda anche LOBELL J., *Perfettibilità e sicurezza della norma canonica. Il valore normativo della giurisprudenza della Rota Romana nelle cause matrimoniali*, in PONTIFICIUM CONSILIUM DE LEGUM TEXTIBUS INTERPRETANDIS, *Ius in vita et in missione Ecclesiae*, Città del Vaticano 1994, 1231-1258. L'A. osserva come il valore normativo affidato dal Pontefice all'interpretazione uniforme della Rota potrebbe allargarsi oltre il « piano del diritto sostanziale e cioè di merito » (cfr. *Discorso alla Rota Romana*, 23 gennaio 1992, n. 4, in *AAS* 85 (1993), 442), ossia anche alla giurisprudenza rotale di rito, ma comunque solo « là dove fosse identificabi-

tura Apostolica <sup>(20)</sup>, prima di divenire a sua volta consolidato nasce come « destabilizzante »: è il prezzo che il progresso verso una più chiara comprensione della giustizia spesso deve pagare.

(2) Sul punto il decreto si è a ragione allineato alla costante ed uniforme interpretazione giurisprudenziale, a sostegno della quale puntualmente sono riportate alcune significative pronunce <sup>(21)</sup>. Si noti, tuttavia, come non si sia dato rilievo, ai fini della valutazione della formula nel senso di astensione dal giudizio, alla circostanza che il capo concordato subordinatamente sia stato ugualmente trattato dai giudici nella fase istruttoria.

La soluzione adottata dal decreto per il caso concreto è, comunque, dal punto di vista logico ineccepibile: considerato che nella prima sentenza il profilo della simulazione parziale, assorbito in quello della simulazione totale (*iam provisum in primum*), non può stimarsi provato; accertato il contenuto del dispositivo della seconda sentenza come dichiarativo della nullità solo per esclusione dell'indissolubilità; premessa la difformità tra due sentenze fondate su fatti irritanti principali diversi, la decisione nel senso della non eseguibilità si è in concreto coerentemente imposta.

*Luigi Del Giudice*

---

le una lacuna di legge » (p. 1255). Ne seguirebbe che, poiché in tema di conformità delle sentenze lacuna di legge non v'è (cfr. can. 1641 § 1), manca la condizione indispensabile perché all'orientamento giurisprudenziale in questo decreto contestato possa riconoscersi un valore vincolante.

<sup>(20)</sup> Vedi note 4 e 10.

<sup>(21)</sup> Si tratta della c. Sabattani, 24 marzo 1961, in *SRR* Dec. 53 (1961), 155-169 e della c. Pinna, 5 ottobre 1963 in *SRR* Dec. 55 (1963), 660-671. La formula, comunque, non compare come possibile contenuto del dispositivo tra quelle esemplificativamente indicate all'art. 99 delle NRRT del 1994 Più in generale sulla prassi della subordinazione dei capi cfr. il recente M. THÉRIAULT, *Les chefs « subordonnés » dans le contexte des cause à chefs multiples: une amélioration de la procédure?*, in *Studia canonica*, 28 (1994), 453-486 tradotto in inglese con qualche adattamento in *Monitor Ecclesiasticus* 120 (1995), 249-288.



TRIBUNALE APOSTOLICO DELLA ROTA ROMANA - *Posnaniense* - Dimissione dallo stato clericale - Pregiudiziale: Nuova proposizione della causa - Decreto - 11 novembre 1993 - Stankiewicz, *Ponente* (\*).

**Penale - Processo - Azione criminale - Esercizio dell'azione - Titolarità del promotore di giustizia - Mandato dell'ordinario.**

**Penale - Processo - Azione criminale - Rinuncia dell'azione - Rinuncia o abbandono dell'appello - Mandato o consenso dell'ordinario.**

**Penale - Processo - Nuova proposizione della causa - Oggetto della domanda - Conformità di sentenze in materia penale - Cause sullo stato delle persone - *Res iudicata* in materia penale - La sentenza di condanna non passerebbe in giudicato: ammissibilità della *nova causae propositio*, ad istanza del reo - Sentenza assolutoria: *ab instantia* non passa in giudicato, *a crimine* passa in giudicato - Sentenza dichiarativa di una pena.**

**Penale - Processo e fattispecie delittuosa - Delitti contro il sesto precepto del decalogo (c. 1395) - Pubblicamente o con minore (c. 1395 § 2) Prescrizione dell'azione criminale - Nuovi delitti.**

*Nei processi penali il promotore di giustizia ha il monopolio dell'accusa. Egli può agire soltanto sotto la tutela dell'ordinario, al quale è riservata la valutazione dell'opportunità dell'azione criminale e della prosecuzione del processo e l'applicazione della pena. L'azione del promotore di giustizia è un'azione pubblica, ordinata alla tutela del bene pubblico (decr. n. 10). Il suo ufficio non è meramente passivo, benché debba agire per mandato o con il consenso dell'ordinario. Il promotore di giustizia non può iniziare un processo penale o continuare uno già iniziato senza il consenso dell'ordinario a cui spetta la decisione sull'opportunità del processo giudiziario, essendo egli il tutore del bene pubblico nella sua diocesi. La nuova legislazione canonica ha risposto negativamente ad una vecchia questione: se il promotore di giustizia possa esercitare l'azione criminale senza il mandato dell'ordinario ed agire in modo autonomo qualora il delitto fosse notorio o questi ne fosse certo.*

---

(\*) Vedi, alla fine del decreto, nota di H. FRANCESCHI F., *L'impugnazione del giudicato nel processo penale: « restitutio in integrum » o « nova causae propositio ».*



Nell'odierna normativa l'ordinario ha diverse possibilità dinanzi al delitto: la correzione fraterna, altri mezzi di sollecitudine pastorale che possano riparare lo scandalo e ristabilire l'ordine infranto dal delitto, dichiarare o imporre una pena in via amministrativa. È lui che deve decidere la strada da intraprendere in ogni caso (n. 11).

« Nefas est ei (promotore di giustizia) sine mandato vel consensu eiusdem Ordinarii litis instantiae (cf. can. 1517) renuntiare (can. 1724, § 1) » (n. 12). Ciò vale in qualunque grado del giudizio: il promotore di giustizia del tribunale d'appello non può rinunciare all'istanza senza il mandato o il consenso dell'ordinario che abbia promosso il processo. Il promotore di giustizia può (cf. can. 1727, § 2) e deve appellare qualora consideri la sentenza insufficiente per riparare lo scandalo o reintegrare la giustizia, non essendo egli un semplice mandatario o procuratore del vescovo o dell'ordinario. Idem riguardo alla rinuncia ad interporre l'appello (cf. can. 1630) o alla prosecuzione e diserzione dell'appello (cf. cann. 1633-1635), implicandone la perdita dell'azione e il giudicato. Presso la Rota Romana il promotore di giustizia può rinunciare all'azione soltanto dopo aver sentito il parere dell'ordinario (n. 12).

La nuova proposizione della causa è possibile soltanto nelle cause sullo stato delle persone in cui ci siano due sentenze conformi sullo stesso oggetto (n. 13). Nelle cause penali l'oggetto viene determinato dai diversi delitti. Per accertare la conformità delle sentenze bisogna distinguere ogni delitto e la relativa decisione in ogni istanza (n. 13). Secondo un settore dottrinale antico, la sentenza di condanna non passerebbe in giudicato: la lesione della buona fama corrisponde allo stato delle persone, consentendo al reo di provare la sua innocenza. Nel vigente ordinamento questa dottrina si potrebbe ritenere applicabile (cf. can. 6, § 2). Il sistema abrogato prevedeva il rimedio straordinario della revisione. Nel sistema vigente l'unico ricorso contro la «res iudicata» è la «restitutio in integrum». Perciò, si può ammettere la nuova proposizione della causa contro le sentenze di condanna, «sed hoc remedium condemnatum dumtaxat competit, non vero publico accusatori seu Promotori iustitiae» (n. 15). La sentenza assolutoria «ab instantia» non passa in giudicato. La sentenza assolutoria «a crimine» passa in giudicato e non ammette nuovo esame. Un atteggiamento diverso intaccherebbe gravemente la sicurezza giuridica nonché la certezza del diritto (n. 16). La sentenza assolutoria meramente dichiarativa nei riguardi di una pena «latae sententiae» non passerebbe in giudicato, giacché dichiara soltanto un fatto che, se dimostrato falso, esigerebbe la modifica della dichiarazione (n. 16).

*La fattispecie di cui al can. 1395, § 2 fa riferimento ad un delitto commesso in luogo pubblico oppure aperto al pubblico; non si tratta del cosiddetto « delitto pubblico », cioè, quello divulgato o che si prevede che verrà divulgato (n. 17). L'azione criminale per il delitto commesso con un minore di sedici anni si prescrive in cinque anni. La prescrizione può essere dichiarata «ex officio» (n. 18). I delitti commessi dopo l'accusa o dopo la sentenza danno luogo ad una nuova azione di prima istanza (n. 18).*

(Omissis). — FACTI ADUMBRATIO. — 1. Rev. dus. N., ordine presbyteratus in archidioecesi Posnaniensi recepto, die 27 iunii a. 1961, ministerium pastorale in diversis paroecialibus communitatibus christifidelium tamquam vicarius paroecialis de mandato sui Ordinarii praestitit.

Cum vero curam pastorem paroeciae « P. » tamquam pastor proprius, die 1 iulii a. 1972, suscepisset, turpibus accusatus est cum S., puella nondum sedecim annorum nata, quam inter alumnas impertitae catecheticae institutionis habuerat.

Quamquam ipse propter scandali forte dati rationem necnon amissionem bonae existimationis apud communitatem paroecialem a Vicario Capitulari, die 22 septembris a. 1977, ad paroeciam « T. » translatus est, integram tamen puellae familiam, hoc est sive ipsam S. sive eius parentes, secum duxit, omnesque in domo canonica pro servitio domestico collocavit.

Interea S. binam edidit prolem, patre quidem ignoto, quem tamen ipsum parochum N. populus vulgo indicabat.

2. His igitur repertis et consideratis, Archiepiscopus Posnaniensis, die 21 martii a. 1980, eundem presbyterum ad paroeciam « V. » transtulit eique graviter interdixit, ne quemcumque de familia P., filia S. haud excepta, secum duceret sub amissionis officii poena.

At impositae prohibitioni Rev. dus N. obtemperare noluit.

Nam contra Archiepiscopi mandatum totam familiam P. secum duxit eamque in domo ad paroeciam pertinenti collocare ausus est.

Quare ab officio administratoris paroeciae ipse remotus est eique insuper praeceptum poenitentiae impositum est, hoc est peragendi exercitia spiritualia in domo religiosa in « G ».

Quibus expletis, Rev. dus N., die 22 maii a. 1980, ad munus cappellani in hospitali infirmorum domo deputatus est nec non ad praestandum auxilium pastorale in paroeciali ecclesia in oppido « X ».

Eodem tamen tempore presbyter N. prohibitus est, ne quemcumque de familia P. secum duceret et quidem sub poena amissionis collati sibi muneris.

3. Novae tamen accusationes prolatae sunt in Rev.dum N., praesertim quod spectabat ad indecorum modum administrandi sacramenta in praefato valetudinario, ex quo igitur, die 23 iulii a. 1984, ad munus cappellani nosocomii in oppido « K. » translatus est.

Sed in novo infirmorum hospitio Rev.dus N. agendi modum in melius non mutavit.

Nam die 28 ianuarii a. 1986 in furto anuli aurei, quem abstulit e digito defunctae mulieris Z., occasione administrationis sacramenti extremae unctionis cognitae, comprehensus est.

Propter tale nefas presbyter N. munere cappellani privatus est, eique praecipuum commorandi in determinato loco datum est, hoc est prius in domo Congregationis H., dein in domo Confoederationis I.

Sed iam id temporis constabat Rev.dum N. familiae P. novum habitaculum in oppido « X. » prope Posnaniam suo nomine emisse, in quo suam quoque stabilem residentiam, in vico nempe « O. » positam, auctoritati civili denunciavit.

4. Hisce in rerum adiunctis, cum Rev.dus N. interdictum sibi ligamen et commercium cum S. non interrupisset, Archiepiscopus Posnaniensis praevidiam investigationem in ordine ad instaurandum processum iudiciale contra praedictum presbyterum ad normam iuris peragendam esse statuit.

Receptis autem actis huius investigationis, die 17 martii a. 1986, decrevit processum poenalem contra eundem presbyterum N. esse ineundum, et omnia acta ad Promotorem Iustitiae transmisit.

Inde Promotor Iustitiae, die 8 aprilis a. 1986, accusationis libellum Tribunali Metropolitano Posnaniensi primae instantiae porrexit, quo irrogationem poenae dimissionis e statu clericali Rev.do N. propter haec delicta expostulavit:

« 1) per aver compiuto la trasgressione del can. 1384 relativo all'esercizio delle funzioni sacerdotali in modo inconciliabile con il diritto »;

« 2) per avere abusato le funzioni sacerdotali ai sensi del can. 1389, § 1 »;

« 3) per avere ai sensi del can. 1395, § 2 commesso la violazione del sesto precetto del Decalogo con azioni pubbliche o con una minore ».

5. Libellus accusationis a Collegio quinque Iudicum rite constituto, die 16 aprilis a. 1986, admissus est. Reo autem Advocatus ex officio designatus est.

Dein, die 19 aprilis a. 1986, Praeses hanc formulam dubii decreto suo statuit: « (1) se il Sacerdote N. è colpevole del delitto, del comportamento contrario al diritto e dell'abuso delle funzioni sacerdotali (cann. 1384 e 1389, § 1); (2) come pure della violazione contro il sesto precetto del Decalogo, commesso pubblicamente oppure con una minorene di meno di sedici anni di età » (can. 1395, § 2).

Processu poenali rite instructo per auditionem rei atque viginti duo testium, recepta quoque relatione peritali super reo confecta, die 25 februarii a. 1987 prodiit sententia accusationi favens, quae presbytero N. poenam dimissionis e statu clericali pro delictis ab eo patratris irrogavit.

Ipsa reo appellante ad Tribunal Metropolitanum Gnesnense alterius gradus, inquisitionis peracto supplemento per auditionem unius testis, a reo inducti, die 13 ianuarii a. 1988 sententia prodiit definitiva, quae decisionem primae instantiae infirmavit quoad poenam dimissionis e statu clericali in primo iudicii gradu reo inflictam.

Iudices enim secundae instantiae censuerunt morali cum certitudine non constare de delictis a reo patratris contra sextum Decalogi praeceptum, de quibus in can. 1395, § 2; constare autem de delictis ex cann. 1384 et 1389, § 1, hoc est quoad abusum muneris et ministerii sacerdotalis.

6. Quam ob rem pro delictis reo imputatis Iudices alterius gradus staturunt ut recessui spirituali per mensem tantum vacaret in domo religiosa ab Archiepiscopo Posnaniensi determinanda.

Huic autem poenitentiae additum erat sive vetitum assumendi per tres annos modo independenti curam pastorem, incluso tempore commorationis in domo religiosa Confoederationis I., sive vetitum cohabitandi cum familia P. et sustinendi cum ea quoslibet proximiores contactus.

Contra hanc sententiam appellationem ad Tribunal Varsaviense tertiae instantiae interposuit Promotor Iustitiae Tribunalis Posnaniensis primi gradus, non vero Promotor Iustitiae Tribunalis Gnesnensis. Hic enim reparationi scandali parum curare visus est et tenori sententiae Gnesnensis placide adhaesit, etiamsi inconsulto Archiepiscopo Posnaniensi, ex cuius deliberatione processus iudicialis promotus erat.

Ut primum tamen Patronus rei conventi competentiam Tribunalis Varsaviensis tertiae instantiae excepit, Iudices Varsavienses, die 2 octobris a. 1989, declarata propria incompetencia admittendi et pertractandi causam ex appellatione Promotoris Iustitiae primi gradus, sententiam alterius instantiae executioni mandaverunt.

7. Sed enimvero tenuis sanctionibus iudicati alterius gradus nec grave scandalum in archidioecesi Posnaniensi remotum est, praesertim cum Iudices Gnesnenses reum omnino idoneum habuerint exercendi curam parociae post tres annos cuiusdam abstinentiae ab exercitio independenti pastoralis muneris, nec ceterum ipse reus a commercio cum familia P. et cum S. sese abstinuit.

Alia ex parte nec in domo religiosa reus teneri potuit quin alios presbyteros, recessui spirituali inibi forte vacantes, contra legitimam auctoritatem incitaret, neque ipse habitaculum sibi oblatum a Curia Metropolitana acceptavit. Immo, S., die 25 septembris a. 1990, Curiam Metropolitanam certiore fecit reum apud domum suam in « X. » commorari.

Cum vero reus apud Summum Pontificem institisset, die 20 augusti a. 1990, ut sententia alterius gradus executioni mandari posset, Archiepiscopus Posnaniensis ad rem rogatus ut animi sui sensum aperiret, die 21 decembris a. 1990, Congregationi pro Clericis scripto explicavit in casu « neque fraterna correctione neque correptione neque aliis pastoralis sollicitudinis viis satis posse scandalum reparari, iustitiam restitui, reum emendari », nec ullam dari revera « possibilitatem functionis curae pastoralis pro reo in archidioecesi ».

8. Quoniam ipse Archiepiscopus Posnaniensis in memorata epistula unicum viam prospexit, scilicet « appellationem ad Tribunal Romanae Rotae proponere, ut sententiam primae instantiae confirmaret et ideo reo poenam dimissionis e statu clericali irrogaret », hoc consilium secutus est Promotor Iustitiae Tribunalis Posnaniensis, ratione nempe permanentis scandali, et ad Romanam Rotam, die 5 ianuarii a. 1991, recurrit.

Nam iuxta denuntiationem Promotoris Iustitiae Tribunalis Posnaniensis « contra omnes monitiones et vetita auctoritatis Ecclesiae et contra tenorem sententiae secundae instantiae reus conventus omnes contactus cum muliere non intermisit et novissime cum ea habitat ».



Sed Promotor Iustitiae id temporis apud Romanam Rotam, Rev.mus Ioannes M. Usai, fel. rec., censuit « Promotorem Iustitiae tantum Tribunalis appellationis seu Gnesnensis, qui partes actoris gerit, vel ipsum reum, recursum proponere valere apud hoc Tribunal Apostolicum Rotae Romanae, minime vero Promotorem Iustitiae Tribunalis Posnaniensis ».

Insuper, « cum tres anni iam praeteriti sint a sententia Tribunalis appellationis Gnesnensis diei 13 ianuarii a. 1988, qua reus conventus arcebatur periodo trium annorum a sacro ministerio exercendo, alia autem ex parte cum Promotor Iustitiae et Exc.mus Archiepiscopus Posnaniensis conquerantur scandalum adhuc permanere ex agendi modo rei etiam post sententiam Tribunalis appellationis, nihil impedire videtur quod Exc.mus Ordinarius, servatis de iure servandis, remediis iuris poenalis utatur sive indolis administrativae sive indolis iudicialis, ut sacerdotem recidivum et pervicacem cohibeat, et, Deo adiuvante, ad bonam frugem trahat ».

9. Expetitis tamen iussu Ponentis omnibus actis causae et processus a Tribunalibus competentibus, iisque receptis, Promotor Iustitiae substitutus Rev.mus P. Ioseph Sirna O.F.M. Conv., die 28 novembris a. 1991 votum protulit « Ordinarium Posnaniensem, iuxta suam conscientiam pastoralem, petere valere novam causae propositionem, ut ad ulteriora procedi possit, iuxta can. 1644, § 1 C.I.C. ».

Inde petitionem Archiepiscopi Posnaniensis diei 18 decembris a. 1991, scilicet « ut Promotor Iustitiae istius Tribunalis Apostolici meam instantiam pro novo examine causae dimissionis e statu clericali sac. N. suam facere velit », Promotor Iustitiae substitutus revera suam fecit voto diei 28 ianuarii a. 1992 quo novam causae propositionem exposulavit « iuxta can. 1644, § 1, in casu, ob animarum salutem ».

Ad tuenda iura rei conventi coram hoc Apostolico Tribunali Patronus ex officio pro eo constitutus est, id est Rev.mus Adv. Aloisius Giuliani.

Demum, novissimis actis versis in linguam probatam iisque notificatis, receptis scripturis defensionalibus seu memorialibus tum Patroni ex officio rei conventi tum Promotoris Iustitiae Rev.mi P. Antonii Fannelli OSI, superius indicata quaestio praeiudicialis de admittenda nova causae propositione Nobis hodie est definienda.

IN IURE ET IN FACTO. — 10. In iudicio poenali canonico, uti notum est, actor est ipse accusator, « cuius personam sustinet persona



publica, id est Promotor Iustitiae, cuius est iustitiam, legem et bonum publicum tueri (can. 1586 C.I.C. 1917; item can. 1430 C.I.C. 1983), cui ius novum tribuit monopolium accusationis » (F.X. WERNZ-P. VIDAL-F. CAPPELLO, *De processibus*, ed. 2, Romae 1949, p. 665).

Etiamsi Promotori Iustitiae actio criminalis unice et exclusive reservetur (cf. cann. 1430; 1721), in foro tamen canonico viget firnum principium « Promotorem Iustitiae habere quidem exercitium actionis criminalis, sed omnino sub ductu et regimine Ordinarii » (F. ROBERTI, *De processibus*, ed. 4, In Civitate Vaticana 1956, p. 304).

Propter hanc dependentiam ab Ordinario « iudicium de opportunitate actionis criminalis, de eiusdem prosecutione, nec non de poenarum applicatione, officium Promotoris Iustitiae praetergreditur, et Ordinario reservatur » (l.c.).

Nam Promotor Iustitiae, sicut iurisprudencia N.F. constanter tenet, « actionem non movet suam sed publicam, ordinatam ad tutandum bonum publicum » (coram Em.mo Lega, Sent. 11 maii a. 1909, n. 2; S.R.R. Decis. vol. I, p. 38).

11. Sed officium Promotoris Iustitiae haud imminuitur idole veluti « passiva » huius ministerii publici in causis poenalibus, prout quis obiectat, scilicet ipsius muneris natura fere executoria voluntatis Ordinarii (cf. can. 134, § 1), ex cuius mandato vel consensu agere tenetur.

Etenim in iure canonico « iudicium de opportunitate processus semper reservatur Episcopo, qui est tutor natus boni publici in sua dioecesi, ideo numquam Promotor potest processum criminalem inire aut prosequi inscio aut invito Episcopo » (F. ROBERTI, *De processibus*, p. 304). Idque fit, quia Episcopi dioecesani est in exercendo munere pastoris in universa sua dioecesi disciplinam canonicam promoveri et observantiam omnium legum ecclesialium urgere (cf. can. 392, § 1).

Quare vigente nova lege poenali canonica omnino seponenda est vetus disceptatio, utrum nempe Promotor Iustitiae possit actionem criminalem proponere sine mandato Ordinarii, ut puta si delictum notorium vel omnino certum sit, et independenter ab Ordinario in re poenali agere (cf. MATTHAEUS CONTE A CORONATA, *De processibus*, ed. 4, Taurini-Romae 1962, p. 439).

Iamvero Ordinarii est tantum decernere utrum fraterna correctione vel correptione aut aliis pastoralis sollicitudinis viis scandalum

ex delicto ortum reparari possit, iustitia restitui et reus emendari (can. 1341), an potius ad poenam irrogandam vel declarandam procedendum sit in processu iudiciali vel per decretum extra iudicium (cann. 1718, § 1, nn. 1-3; 1720; 1721, § 1).

12. Quocirca sicut mandante tantum Ordinario actionem criminalem Promotor Iustitiae proponere valet (cf. can. 1721, § 1), ita nefas est ei sine mandato vel consensu eiusdem Ordinarii litis instantiae (cf. can. 1517) renuntiare (can. 1724, § 1).

Idque valet pro quolibet iudicii gradu. Quare nec in gradu appellationis Promotor Iustitiae apud illud Tribunal constitutus (cf. can. 1721, § 2) litis instantiae renuntiare potest sine mandato vel consensu Ordinarii, ex cuius deliberatione processus promotus est (can. 1724, § 1).

Utique Promotor Iustitiae appellare potest, immo et debet (cf. V. DE PAOLIS, *Il processo penale nel nuovo Codice*, in AA.VV., *Dilexit iustitiam*, Città del Vaticano 1984, p. 493), quoties censet scandali reparationi vel iustitiae restitutioni satis provisum non esse (can. 1727, § 2), quia non est merus « mandatarius » vel « procurator Episcopi aut Ordinarii » (M. LEGA-V. BARTOCETTI, *Commentarius in Iudicia Ecclesiastica*, vol. III, Romae 1950, p. 277), et actu appellationis actionem poenalem exercet, de mandato Ordinarii promotam.

Aliter tamen dicendum est de renuntiatione interponendi (can. 1630) vel prosequendi (can. 1633) appellationem (can. 1636, § 1-2), aut de appellationis deliberata desertione (cf. can. 1635), quae actionem expoliant ulteriore iudicii gradu et transitum sententiae in rem iudicatam provocant (cf. cann. 1641, n. 2; 1731).

Quemadmodum igitur ad renuntiationem litis instantiae Promotor Iustitiae mandatum vel consensum Ordinarii obtinere tenetur (can. 1724, § 1), ita sine mandato vel consensu Ordinarii, ex cuius deliberatione iudicium promotum est, ipse nec appellationi renuntiare nec deserere eam potest. Apud Romanam Rotam tantum id obvenit de consilio Ordinarii, quatenus Promotor Iustitiae accusationi renuntiare potest dumtaxat audito Ordinario (NRRT art. 25, § 3) (sic).

Ex his igitur sequitur, ut Promotor Iustitiae Tribunalis Gnesnensis illegitime egerit, cum sine consensu Archiepiscopi Posnaniensis, ex cuius mandato actio criminalis contra reum promotam est, appellationem ad Tribunal tertiae instantiae non interposuit eoque modo, dissentiente Ordinario, tenori sententiae alterius gradus proprio arbitrio adhaesit.

13. Sed quaestio manet quaenam impugnatio suppetat contra sententiam Tribunalis Gnesnensis diei 13 ianuarii a. 1988, id est praeter ordinarium remedium appellationis, cui non amplius est locus propter inutiliter elapsa fatalia appellatoria (cf. can. 1630, § 1), at-tenta quoque declaratione incompetentiae, a Tribunali Varsaviensi facta, die 2 octobris a. 1989, quae tertium iudicii gradum huic causae praecluserit ob defectum appellationis Promotoris Iustitiae Tri-bunalis Gnesnensis.

Negat sane dari in casu novam causae propositionem Patronus ex officio rei conventi, quia provocatio ad obtinendam ulteriorem causae propositionem, de qua in can. 1644, § 1, in ea dumtaxat causa considerari potest, quae rem iudicatam non admittit (cf. can. 1643), idemque obiectum allatum in iudicio respicit, scilicet concor-datum in contestatione litis et decisum duplici sententia conformi.

Iamvero quoniam nostro in casu confirmatio sententiae primi gradus expetitur, quae dimissionem e statu clericali reo convento ir-rogavit, obiectum instantiae pro novo causae examine aliud fieri ne-quit nisi illud quod concordatum fuit in prima instantia, die 19 apr-ilis a. 1986, hac sub formula: « (1) se il Sacerdote N. è colpevole del delitto, del comportamento contrario al diritto e dell'abuso delle funzioni sacerdotali (cann. 1384 e 1389, § 1); (2) come pure della violazione contro il sesto precetto del Decalogo, commesso pubblica-mente oppure con una persona minorenni (can. 1395, § 2) ».

14. Atque ad priora illa delicta quod spectat (cf. ad 1), de qui-bus reus in iudicium deductus fuit, in quae lex poenam indeterminatam facultativam (can. 1384) statuit ac praeceptivam, non exclusam immo poena determinata seu officii privatione (can. 1389, § 1), iure argumentatur Patronus ex officio rei conventi duplicem iam sententiam condemnatoriam prolatam esse, etsi sententia primi gradus propter cumulum delictorum (cf. can. 1346) memorata delicta eadem poena dimissionis e statu clericali complexa est.

Nemo sane dubitat quin secundum legis praescriptum sententia lata in poenali iudicio in rem iudicatam transire possit (can. 1731; cf. Communicationes 12 [1980] p. 196), hactenus tamen fas est sus-tinere antea receptam doctrinam, quae transitum in rem iudicatam dumtaxat sententiae absolutoriae a crimine applicabat, non autem sententiae condemnatoriae, quia « semper potest innocentia rei pro-bari » (A. REIFTENSTUEL, *Ius canonicum universum*, lib. II, tit. 27, n. 126, Venetiis 1735, t. II, p. 400).

Namque « iustitia non patitur illum uti reum damnari et poenae subesse, quem esse innocentem probari potest », eo vel magis quod « condemnatio poenalis reddit condemnatum infamem infamia facti, etsi non iuris. Quisque autem ius habet ad bonam famam; at haec pertinet ad statum personarum iuxta celebrem Callistrati sententiam, illam definientis, "dignitatis illaesae status, legibus ac maioribus comprobatus" (D. 50, 14, 5, 1) » (M. LEGA-V. BARTOCETTI, *Commentarius*, vol. III, pp. 10-11).

Haec igitur doctrina et in praesentiarum (cf. can. 6, § 2) retinenda videtur, attento potissimum generali iuris principio secundum quod « in poenis benignior est interpretatio facienda » (c. 18, D.I, de poenit.; c. 22, I, 6, in VI<sup>o</sup>; Reg. 49, R.J. in VI<sup>o</sup>; can. 2219, § 1 C.I.C. 1917; cf. etiam D. 50, 17, 155, 2; D. 48, 19, 42), hoc est quod spectat ad exclusionem vel imminutionem obligationis et efficaciae poenarum (cf. G. MICHIELS, *De delictis et poenis*, vol. II, Parisiis-Tornaci-Romae-Neo Eboraci 1961, p. 114).

Quapropter in re poenali Iudex sequi potest hanc doctrinam quam penes sententia condemnatoria non transit in rem iudicatam (cf. F. HEINER, *De processu criminali ecclesiastico*, Ratisbonae-Cincinnati-Neo Eboraci 1912, pp. 124-125; M. LEGA-V. BARTOCETTI, *Commentarius*, vol. III, p. 366; MATTHAEUS CONTE A CORONATA, *De processibus*, p. 447), hoc est eo sensu sicut lege canonica expresse cavetur de causis quae statum personarum respiciunt (cf. cann. 1643; 1644, § 1).

15. Itaque « post duplicem conformem, condemnatus petens iterum audiri ad suam innocentiam demonstrandam, debet ea adducere argumenta et documenta quae 1) vel probent antea iudicatum fuisse super falsis documentis aut corruptis seu non veridicis attestationibus, 2) vel nova documenta veritatem comprobare quae per adducta in superioribus instantiis comprobati non valuit » (M. LEGA-V. BARTOCETTI, *Commentarius*, vol. III, p. 366).

At expetitur « iudicium revisionis » seu novum examen non amplius consequi potest peculiari impugnatione, a doctrina canonica sub vetere Codice proposita, videlicet per quamdam speciem restitutionis in integrum, quae ad laesionem reparandam ex actu valido et rescindibili suppetebat (cf. can. 1687-1689 CIC a. 1917).

Hoc enim « remedium extraordinarium » iam abrogatum est (cf. Communicationes 8 [1976] p. 187; 11 [1979] p. 77), et, vigente nova lege processuali, restitutio in integrum unice suppetit tamquam

impugnatio adversus rem iudicatam (cf. Communicationes 8 [1976] p. 187; cann. 1645-1648 C.I.C. a. 1983).

Quam ob rem ulterior propositio causae proponi potest contra omnem sententiam condemnatoriam, et non solum contra eam, quae modo poenam dimissionis e statu clericali irrogaverit, videlicet tamquam in causa de statu personae (cf. A. CALABRESE, *Diritto penale canonico*, Milano 1990, p. 164).

Sed hoc remedium condemnato dumtaxat competit, non vero publico accusatori seu Promotori Iustitiae.

Nostro autem in casu reus conventus nullam petitionem ad rem exhibuit. Inde merito Patronus ex officio instat, ut petitio novi examinis quoad hanc partem sententiae reiciatur.

16. Absolutoria autem sententia, quae rem iudicatam non admittit, est ab instantia tantum, non vero a crimine, ita ut hodie non amplius sustineri potest vetus doctrina, quae omnem sententiam absolutoriam ut puta in crimine haeresi a transitu in rem iudicatam excludebat (cf. P. FARINACCIUS, *Tractatus de haeresi*, q. 185, n. 197, Lugduni 1621, p. 155).

Est autem sententia absolutoria « ab instantia cum decernit ex deductis non satis constare de delicto, vel alia aequipollenti formula, qua accusatus absolvitur ab iudicii observantia non a crimine. Absolum est loqui de re iudicata in huiusmodi absolute non attingente meritum accusationis saltem absolute sed relative ad instauratam instantiam, iterum reassumendam, si novae deducantur accusationis probationes ».

E contra « absolutio a crimine videtur transire in rem iudicatam, quoties nulla inficiatur nullitate insanabili », quia « non minus expedit reipublicae reos non manere impunitos quam ut fidelis in legitimo iudicio accusatus et rite absolutus non amplius de eodem crimine accusetur in iudicio: secus calumniis non praecluderetur aditus et nemo securus maneret etiam post legitimam absolutionem » (M. LEGA-V. BARTOCETTI, *Commentarius*, vol. III, pp. 364-365).

Excipiendus est tantum casus « quo nempe agatur de absolutione per sententiam declaratoriam poenae. Nam si postea comprobeatur, poenam fuisse incursam, revocanda esset prior sententia per sententiam declaratoriam poenae, reapse incursae. Iudex enim non condemnat per huiusmodi sententiam, sed factum declarat ».

Inde « probari potest aliquem esse censura ligatum contra sententiam quae pronuntiavit eum esse immunem. Equidem pronuntia-



tio Iudicis quod quis non sit censuratus non mutat rei veritatem: et hinc fit locus declarationi eiusdem veritatis per aliam sententiam prioris correctoriam » (*ibid.*, p. 366).

17. Quamvis altera pars sententiae Tribunalis Gnesnensis quoad delicta ex can. 1395, § 2 (ad 2) absolutoria sit tantum ab instantia, non vero a crimine, cum reum conventum absolverit ob non sufficientes probationes, quas, e contra, sufficientes habuit sententia primae instantiae, ideoque in rem iudicatam non transiit et ulteriorem propositionem patitur, etiamsi vim duplicis sententiae conformis nondum assecuta sit.

Attamen, omnibus perpensis, petitio novi examinis quoad hanc partem sententiae non sustinetur.

Ante omnia dicendum est ex actis non constare reum conventum contra sextum Decalogi praeceptum deliquisse « publice », sicut lex expresse requirit, (cf. can. 1395, § 2), id est in loco vel coetu publico qui haberi potest verbi gratia « come una piazza o una strada, oppure aperto al pubblico, come un cinema, un teatro, una chiesa » (A. CALABRESE, *Diritto penale canonico*, p. 281; V. DE PAOLIS, *Delitti contro il sesto comandamento*, in *Periodica* 82 [1993] pp. 307-308).

In hac enim specie delictuosa directe non agitur de delicto publico, quod nempe iam divulgatum est vel in talibus contigit adiunctis, ut prudenter iudicari possit et debeat facile divulgatum iri (can. 2197, n. 1 CIC a. 1917), sed de delicto contra sextum Decalogi praeceptum quod in loco vel coetu publico patratum fuit.

18. Itemque, si de accusato delicto agatur, quod contra sextum Decalogi praeceptum cum minore infra aetatem sedecim annorum reus patrauerat, actio criminalis momento accusationis, id est die 16 aprilis a. 1986, iam in praescriptionem cecidit ad normam can. 1362, § 1, n. 2.

Nam S. nata est die 23 augusti a. 1960, et ideo expleto die 23 augusti a. 1976 sedecim complevit annos. Adepta vero hac aetate, S. filium J., die 3 maii a. 1978 peperit, deinde, die 11 decembris a. 1980, filiam C. parturivit.

Ex his igitur factis clare consequitur ut actio criminalis contra accusatum delictum iam expleto die 23 augusti a. 1981 (cf. can. 203, § 2), id est elapso quinquennio (cf. can. 1362, § 1, n. 2) post adeptam aetatem sedecim annorum a S., praescriptione extincta fuerit.

Praescriptio autem « agnoscitur et sancitur ut iuris obiectivi norma seu ut obiectiva actionis poenalis extinctionis et impunitatis causa, quae a Iudice aut Superiore ex officio est relevanda ideoque indepen-



denter a qualibet ipsius rei oppositione ut talis admittenda », dummodo « praescriptionis factum sit Iudici aut Superiori certe notum » (G. MICHIELS, *De delictis et poenis*, vol. II, pp. 335-336).

Attamen, cum ex actis et denuntiationibus delicta ex can. 1395, § 1 emergere videantur, de quibus etiam sententia alterius gradus ultra causam petendi (cf. can. 1620, n. 4) sat ample disceptavit, actio criminalis ad normam iuris institui potest apud Tribunal primae instantiae.

19. Quibus omnibus in iure et in facto mature perpensis, infrascripti Patres Auditores de Turno, prae oculis habitis memorialibus Patroni ex officio rei conventi et Promotoris Iustitiae, propositae superius praeiudiciali quaestioni respondendum censuerunt, uti respondent: « *Negative* seu novam causae propositionem non esse admittendam, in casu; actionem vero criminalem ex can. 1395, § 1 institui posse apud Tribunal primae instantiae ».

Et ita statuerunt Patres, mandantes ut hoc decretum notificetur omnibus, quorum intersit, ad omnes iuris effectus.

Romae, in sede Tribunalis Romanae Rotae, die 11 novembris a. 1993.

*Antonius Stankiewicz*, Ponens  
*Aemilius Colagiovanni*  
*Hyginus Ragni*

(*Omissis*).

---

(\*) **L'impugnazione del giudicato nel processo penale: « restitutio in integrum » o « nova causae propositio ».**

1. *La fattispecie.*

Il decreto della Rota Romana (11 novembre 1993), respinge la petizione di nuovo esame di una causa penale sulla quale erano state emesse due sentenze, presentando aspetti interessanti riguardo alla possibilità della nuova proposizione della causa, ex can. 1644, in materia penale. Un sacerdote fu condannato in prima istanza dal tribunale di Poznan (Polonia), il 25 febbraio 1987, con la dimissione dallo stato clericale per diversi delitti: per il delitto contro il sesto precepto del Decalogo commesso pubblicamente o con un minore al di sotto dei 16 anni (can. 1395 § 2), e per i delitti di esercizio illegitti-

mo della funzione sacerdotale (can. 1384) e di abuso della potestà ecclesiastica o dell'ufficio (can. 1389 § 1). In seguito all'appello del reo, il tribunale di seconda istanza della diocesi di Gniezno modificò la pena stabilita dalla prima sentenza, condannandolo con pene più lievi ed alcune penitenze. Infatti, considerò sufficientemente provati i delitti di abuso della potestà e di esercizio illegittimo di una funzione sacerdotale; tuttavia, riguardo al delitto di cui al canone 1395 § 2, il reo fu assolto per insufficienza di prove. Il tribunale d'appello giudicò pure la sussistenza della fattispecie di cui al canone 1395 § 1 (concubinato o permanenza scandalosa in altri peccati esterni contro il sesto precetto del Decalogo), incorrendo in *ultra petita*. Sicché la seconda sentenza (13 gennaio 1988) infirmò quella di prima istanza, stabilendo il divieto di esercitare autonomamente il ministero pastorale per tre anni, l'obbligo di fare esercizi spirituali per un mese e il divieto di avere rapporti con la famiglia della donna.

Il promotore di giustizia del tribunale di seconda istanza, senza il mandato o il consenso del vescovo che aveva promosso il processo, non appellò questa sentenza. Poiché il reo non si era emendato, il promotore di giustizia del tribunale di prima istanza appellò contro la sentenza di seconda istanza, due anni dopo, presso il tribunale di terza istanza di Varsavia, che si dichiarò incompetente (2 ottobre 1989) e ordinò l'esecuzione della sentenza di seconda istanza. Poi, lo stesso promotore del tribunale di prima istanza appellò presso la Rota Romana il 5 gennaio 1991 « ut sententiam primae instantiae confirmaret et reo poena dimissionis irrogaretur » (cfr. n. 8).

La Rota Romana ha dovuto risolvere diversi problemi: quale promotore di giustizia era legittimato ad appellare, la decorrenza dei *fatalia legis* e la *res iudicata* nelle cause penali. Il 28 novembre 1991 il promotore di giustizia rotale affermò: « perpensis documentis in re, censeo Ordinarium Posnaniensem, iuxta suam conscientiam pastora-lem, petere valere novam causae propositionem, ut ad ulteriora procedi possit, iuxta can. 1644, § 1 CIC » (n. 9). Il 18 dicembre 1991, l'Arcivescovo di Poznan chiese che il promotore di giustizia della Rota « suam instantiam pro novo examine huius causae suam facere velit » (n. 9).

Le questioni da risolvere in questo caso sono molteplici: la legittimazione ad agire nei processi penali, se le cause penali rientrino tra quelle sullo stato delle persone, i criteri sulla conformità delle sentenze penali e, infine, la possibilità di ammettere a nuovo esame le sentenze nelle cause penali.

## 2. *Il promotore di giustizia nelle cause penali.*

Nei processi penali il promotore di giustizia ha il monopolio dell'accusa. Ex can. 1721 § 1, se l'ordinario ha deciso che si deve avviare un processo giudiziario, deve trasmettere gli atti dell'indagine al promotore di giustizia, al quale spetterà il compito di presentare il libello d'accusa al tribunale competente. Il § 2 dello stesso canone determina che il ruolo di attore presso il tribunale superiore corrisponde al promotore di giustizia di quel tribunale.

Dalla citata norma si evince che la legittimazione attiva per agire nei giudizi penali spetta al promotore di giustizia del tribunale competente per ciascuna istanza. Infatti, il promotore di giustizia del tribunale di prima istanza è l'unico legittimato ad appellare contro la sentenza di codesto tribunale; il promotore di giustizia del tribunale di seconda istanza è l'unico legittimato ad impugnare la sentenza dinanzi all'istanza superiore. Sicché, il promotore del tribunale di prima istanza non ha la legittimazione attiva per impugnare la sentenza di seconda istanza (1).

Nella fattispecie, soltanto il promotore del tribunale di seconda istanza era legittimato ad impugnare la sentenza; tuttavia, né il reo né tale promotore la impugnarono. Tanto che, trascorsi i *fatalia legis*, fu presentato l'appello presso il tribunale di terza istanza di Varsavia da parte di chi non era legittimato. Sembra quindi logico che il tribunale di Varsavia abbia respinto tale impugnazione.

Il promotore di giustizia deve agire sempre in stretto rapporto con l'ordinario che decide di iniziare il processo, perché per la continuazione della causa, per l'appello, per la rinuncia all'appello o all'istanza, la valutazione dell'opportunità dell'azione criminale e della prosecuzione del processo è riservata all'ordinario (2). L'azione del

---

(1) Cfr. C. GULLO, *La nova causae propositio*, in *Il processo matrimoniale canonico*, Città del Vaticano 1994, p. 807: « Sembra evidente che legittimato a chiedere il nuovo esame sia solo il promotore di giustizia (o il difensore del vincolo) del tribunale *a quo*, in quanto parte in causa ed anche quello del tribunale superiore, cui siano pervenute le denunce di terzi e che ha anche il diritto di rinunziare al ricorso promosso dal P.J. (o dal D.V.) del tribunale inferiore. Non è dunque abilitato a chiedere il nuovo esame un qualsiasi promotore di giustizia (o il difensore del vincolo), nemmeno se abbia partecipato al giudizio di primo grado ».

(2) Can. 1718: « § 1. Cum satis collecta videantur elementa, decernat Ordinarius: 1. num processus ad poenam irrogandam vel declarandam promoveri possit; 2. num id, attento can. 1341, expedit; 3. utrum processus iudicialis sit adhibendus an, nisi lex vetet, sit procedendum per decretum extra iudicium ».

promotore di giustizia è un'azione pubblica, ordinata alla tutela del bene pubblico. Il suo ufficio, però, non è meramente passivo, benché debba agire con il consenso dell'ordinario e con il suo mandato (cfr. cc. 1724 e 1727 § 2). Ne scaturisce che il promotore non può iniziare un processo penale, o rinunciarne, senza il consenso dell'ordinario, dato che è riservata all'ordinario la decisione sull'opportunità di un processo, in quanto è lui il tutore del bene pubblico dei suoi fedeli (3).

La nuova legislazione, afferma il decreto (cfr. n. 11), ha risposto negativamente ad una vecchia questione: se il promotore di giustizia potesse esercitare l'azione criminale senza il mandato dell'ordinario ed agire indipendentemente, nei casi in cui il delitto fosse notorio o questi ne fosse certo. Nell'odierna normativa l'ordinario ha diverse possibilità dinanzi al delitto: la correzione fraterna, altri mezzi di sollecitudine pastorale che possano riparare lo scandalo e ristabilire l'ordine infranto dal delitto, dichiarare o imporre una pena in via amministrativa. È lui che deve decidere la strada da intraprendere in ogni caso (4).

Riguardo alla rinuncia all'istanza, il decreto afferma: « nefas est ei (promotore di giustizia) sine mandato vel consensu eiusdem Ordinarii litis instantiae (cfr. c. 1517) renuntiare (c. 1724, § 1) » (n. 12). Ciò vale in qualunque grado del giudizio: il promotore di giustizia del tribunale d'appello non può rinunciare all'istanza senza il mandato o il consenso dell'ordinario che abbia promosso il processo in prima istanza. Non soltanto può (cfr. c. 1727, § 2) (5), ma deve appellare sempre che consideri la sentenza insufficiente per riparare lo scandalo e ripristinare la giustizia, giacché lui non è un semplice mandatario o procuratore del vescovo o dell'ordinario (6). Lo stesso si po-

(3) Cfr. P. MONETA, *La giustizia nella Chiesa*, Bologna 1993, p. 187.

(4) Cfr. V. DE PAOLIS, *Il processo penale nel nuovo Codice*, in *Dilexit Iustitiam, Studia in honorem Aurelii Card. Sabattani*, Città del Vaticano 1984, pp. 484-489.

(5) Can. 1727 § 2; « Promotor iustitiae appellare potest quoties censet scandali reparationi vel iustitiae restitutioni satis provisum non esse ».

(6) Cfr. V. DE PAOLIS, *Il processo penale...*, cit., p. 493: « L'espressione « potest » può forse suonare un po' estranea. Se lo scandalo non è stato sufficientemente riparato e la giustizia ristabilita come si può dire che il promotore di giustizia può appellare? Non c'è obbligo da parte della pubblica autorità di perseguire quegli obiettivi, come si può ricavare anche dal canone 1341 (...) ? Senza dubbio tale obbligo esiste (...). Ma appunto perché il giudizio pratico in tali situazioni è difficile e complesso, il legislatore ha preferito lasciare semplicemente la strada della possibilità di un appello, piuttosto che imporre l'obbligo ».

trebbe dire della prosecuzione dell'appello da parte del promotore della seconda istanza (cfr. c. 1633) o della deliberata diserzione dell'appello (cfr. c. 1635), che implicano la perdita dell'azione negli ulteriori gradi e fanno sì che la causa passi in giudicato (7). A motivo di quanto detto, per rinunciare all'istanza si richiede il mandato o il consenso dell'ordinario che ha promosso il giudizio (8). Nella Rota Romana, ricorda il decreto (n. 12), la prassi è che il promotore di giustizia può rinunciare all'azione soltanto dopo aver sentito il parere dell'ordinario. Sarebbero applicabili al promotore di giustizia alcune parole del Romano Pontefice nei riguardi del difensore del vincolo e dello svolgimento del suo ufficio nei processi: « ci sarebbe fondato motivo per dedurne una inammissibile ignoranza e/o una grave negligenza che peserebbe sulla coscienza di lui, rendendolo responsabile, nei confronti della giustizia amministrata dai tribunali, giacché, tale suo atteggiamento indebolirebbe la effettiva ricerca della verità, la quale deve essere sempre "fondamento, madre e legge della giustizia" » (9).

### 3. *La « res iudicata » e lo stato delle persone nelle cause penali: problematiche della concessione della nuova proposizione della causa.*

La nuova proposizione della causa è possibile soltanto nelle cause sullo stato delle persone, che non passano mai in giudicato (cfr. c. 1643), in cui ci siano due sentenze conformi sullo stesso oggetto (cfr. c. 1644). Perciò, una prima questione da determinare è se le sentenze penali possano passare in giudicato.

I canoni 1641 e 1642 stabiliscono come principio generale che due sentenze conformi — e le sentenze contro le quali non sia stato interposto l'appello entro i termini previsti dalla legge, o questo sia stato abbandonato, o non sia permesso dalla legge — passano in giu-

(7) Vedi *infra*, n. 3.

(8) Cfr. P. MONETA, *La giustizia nella Chiesa*, cit., p. 188: « In qualunque momento il promotore di giustizia può rinunciare all'azione, ma sempre con il consenso o per espresso mandato dell'Ordinario: è questi infatti che continua ad essere il titolare ed il responsabile di quel più generale *munus regendi*, di cui il potere di punire costituisce un particolare aspetto, ed è quindi questi soltanto che potrà valutare e decidere se siano venute meno le ragioni che l'avevano indotto a far uso di tale potere ».

(9) GIOVANNI PAOLO II, *Allocuzione alla Rota Romana del 25 gennaio 1988*, in *AAS* 80 (1988), p. 1185.



dicato, e contro queste sentenze non si ammette ricorso, tranne il caso della *restitutio in integrum* per i motivi di cui al canone 1645 § 2.

Il processo penale non è un processo autonomo; in esso si applicano le norme sul processo ordinario, tranne i casi in cui, per la sua natura o per espressa disposizione della legge, sia stabilito diversamente (cfr. c. 1728 § 1). D'altra parte, dal canone 1731 si può concludere che le sentenze penali possono passare in giudicato, anzi, questo sarebbe il principio generale. Si dovrà dimostrare se vi saranno alcune sentenze che, in quanto riguardano lo stato delle persone, non passano in giudicato. Moneta sembra escludere questa possibilità <sup>(10)</sup>.

La determinazione dell'esistenza della *res iudicata* è decisiva per stabilire la competenza ordinaria della Rota Romana: « Rota Romana iudicat (...) in tertia vel ulteriore instantia, causas ab ipsa Rota Romana et ab aliis quibusvis tribunalibus iam cognitatas, nisi res iudicata habeatur » (c. 1444 § 1, 2). Se la causa è passata in giudicato, né la Rota Romana né alcun altro tribunale potrà giudicarla, tranne il Pontefice (cfr. c. 1417) o mediante la *restitutio*. Il principio generale è, quindi, che le sentenze penali passano in giudicato.

D'altra parte, le cause sullo stato delle persone non passano mai in giudicato (c. 1643). Il problema è se questi due principi possano entrare in collisione qualora una causa penale riguardasse lo stato delle persone. La dottrina canonica ha discusso sull'argomento e le soluzioni date alla questione non sono univoche. Perciò è di grande importanza determinare il concetto di stato delle persone, in quanto da esso dipende il fatto che possano passare in giudicato o meno e, quindi, l'applicazione a queste decisioni della norma sulla nuova proposizione della causa di cui al canone 1644, o invece quella della *restitutio in integrum* ex canone 1645.

Già prima del Codice del 1917 la questione era molto discussa, specialmente in materia penale. Alcuni autori affermavano l'esistenza di sentenze penali che non passano mai in giudicato, ammettendo la possibilità di un nuovo esame qualora la sentenza fosse stata ingiu-

---

<sup>(10)</sup> Cfr. P. MONETA, *La giustizia nella Chiesa, cit.*, pp. 189190: « La sentenza è soggetta ad appello secondo le regole generali e passa in giudicato nel caso di conferma da parte del tribunale di istanza superiore, in base al principio della doppia sentenza conforme, o quando non venga impugnata nel normale termine di quindici giorni. Legittimati all'appello sono l'imputato ed il promotore di giustizia ».



sta. In tutta questa discussione, dobbiamo tener conto che nella vecchia legislazione non si faceva una chiara distinzione tra i diversi ricorsi contro la sentenza, come invece si fa nella legislazione vigente. Per tutto ciò, gli autori dovevano distinguere diverse fattispecie: sentenze di condanna, sentenze assolutorie, sentenze dichiarative di una pena; distinguevano anche chi era il legittimato in ciascuna fattispecie a chiedere il nuovo esame. Schmalzgrueber, ad esempio, scriveva che l'imputato che chiedeva la revisione della sentenza con la quale era stato condannato doveva essere sempre ascoltato, o che nel caso di una sentenza dichiarativa di una pena *latae sententiae*, era sempre possibile riesaminare la decisione, se questa non era aderente alla realtà dei fatti <sup>(11)</sup>.

I commentatori del Codice del 1917, tenendo conto del canone 1903 CIC 1917, che diceva espressamente che le cause sullo stato delle persone non passano mai in giudicato, discussero quali erano queste cause. Consideravano tra queste le cause matrimoniali — anche quelle di scioglimento del vincolo e di separazione dei coniugi —, e quelle sulla validità della sacra ordinazione e della professione religiosa <sup>(12)</sup>.

Tuttavia, qualche autore indicava semplicemente che le cause che *riguardano* lo stato clericale sono cause sullo stato delle persone <sup>(13)</sup>. Cosa significa che una causa *riguarda* lo stato clericale? Si potrebbe dire che sono le cause di dichiarazione della nullità dell'ordinazione, in quanto implicherebbero una dichiarazione di stato; o si potrebbe sostenere che qualunque causa che riguardi in qualche modo lo stato clericale o il suo esercizio sarebbe una causa sullo stato delle persone. La risposta non è chiara. Si dovrà tener conto di altri

<sup>(11)</sup> Cfr. SCHMALZGRUEBER, *Ius Ecclesiasticum Universum*, Tomus II, Pars altera, Titulus XXVII, III, Romae 1844, p. 436: « Sententia excommunicationis, suspensionis et interdicti; nam etsi hoc modo censuratus post decennium a sententia in se lata appellare nequeat, petere tamen absolutionem, et per simplicem querelam de talis sententiae iniustitia queri potest (...) quod petens absolutionem, et probare volens sententiam esse iniustam, semper audiatur. Eodem modo probari postea potest aliquem esse ligatum censura, contra sententiam, quae illum pronuntiavit ea esse immunem; quia pronuntiatio iudicis, quod quis non sit excommunicatus, non mutat rei veritatem, si vere sit excommunicatus ».

<sup>(12)</sup> Cfr. WERNZ-VIDAL, *Ius Canonicum* VI, Romae 1949, p. 603, n. 634.

<sup>(13)</sup> Cfr. CONTE A CORONATA, *Institutiones Iuris Canonici* III, Taurini-Romae 1941, p. 344, n. 1424: « Causae de statu personarum sunt praecipue causae quae vinculum matrimoniale aut professionem religiosam aut statum clericalem respiciunt ».

elementi. La risposta a questa domanda è strettamente collegata con la nozione di « status personarum ».

Se si intende soltanto dal punto di vista ontologico — ontologico-sacramentale nel caso del matrimonio e dell'ordine sacro, diverso nel caso dello stato religioso — allora è necessario sottolineare che la dimissione stabilita mediante una sentenza penale non intacca la realtà ontologico-sacramentale dell'ordinazione, ma solo l'esercizio dei diritti e degli obblighi giuridici dell'ordinazione, per cui non si tratterebbe di una causa sullo stato delle persone. Però, il termine « status personarum », come si intende nel Codice, è un termine più ampio, che fa riferimento anche ai diritti e agli obblighi propri di ogni stato nella Chiesa. In tal modo, la dimissione dallo stato clericale si potrebbe ritenere una questione che riguarda lo stato delle persone. A favore di questa interpretazione troviamo lo stesso canone 1643, che stabilisce che le cause di separazione dei coniugi, nelle quali in nessun momento si mette in dubbio la realtà dello stato coniugale, ma soltanto l'esercizio dei diritti e obblighi ad esso inerenti, è una causa sullo stato delle persone <sup>(14)</sup>.

Per tutto ciò, si potrebbe accettare che le sentenze che stabiliscono la pena di dimissione dallo stato clericale, in quanto riguardano in modo così grave lo stato clericale, non passerebbero in giudicato e, quindi, contro di esse si potrebbe ammettere la nuova proposizione della causa. Ma, si badi bene, ciò non significa che qualunque causa in cui sia stata chiesta la dimissione, per questo solo fatto, non passi mai in giudicato, anche qualora il reo sia stato assolto, e maggiormente quando questa pena non è stabilita in modo precettivo (cfr. c. 1395 § § 1 e 2); il giudicato sarebbe escluso, infatti, solo qualora la dimissione sia stata inflitta perché non sia stato possibile riparare lo scandalo o ristabilire la giustizia con altri mezzi. La sentenza assolutoria nei riguardi di un delitto che poteva essere punito con la dimissione dallo stato clericale passerebbe in giudicato, d'accordo con il principio generale già menzionato del giudicato nelle cause penali (cfr. cc. 1728 § 1 e 1731).

Il problema riguarda, di conseguenza, la valutazione della natura di queste sentenze e della loro revisione una volta arrivati alla

---

(14) Il canone 290, 2 § porta alla stessa conclusione, quando afferma che il chierico perde lo *status clericale* mediante la pena di dimissione inflitta legittimamente, benché la sacra ordinazione, una volta validamente ricevuta, non diviene mai nulla. La norma distingue lo stato clericale in senso ontologico ed in senso giuridico.

sentenza definitiva e, ancor di più, alle due sentenze conformi o alla sentenza inappellabile per un altro motivo. Se non fosse così, si intaccherebbe gravemente la certezza del diritto.

Nel decreto si fa una classificazione delle sentenze penali alla luce della dottrina precodificiale, che cerca di distinguere in base alle diverse decisioni adottate dalla sentenza penale. Si distingue tra sentenza di condanna, sentenza assolutoria *ab instantia* o *a crimine*, sentenza dichiarativa di una pena « *latae sententiae* ». La sentenza penale di condanna, secondo detta dottrina, non passerebbe in giudicato, in quanto la lesione della buona fama riguarda lo stato delle persone: il reo potrebbe sempre provare la sua innocenza. Nell'ordinamento vigente — afferma il decreto — si potrebbe ritenere applicabile questa dottrina (cf. c. 6, § 2). Nel sistema precodificiale c'era un « *remedium extraordinarium* » contro la *res iudicata*, ormai abrogato. Nel sistema codiciale l'unico ricorso contro la *res iudicata* è la *restitutio in integrum*. Per questo motivo — secondo il decreto — si potrebbe ammettere la nuova proposizione della causa contro le sentenze penali di condanna. Questa possibilità « *condemnatum dumtaxat competit, non vero publico accusatori seu Promotori iustitiae* » (cfr. nn. 14 e 15). La sentenza assolutoria *ab instantia* non passerebbe in giudicato. La sentenza assolutoria *a crimine*, invece, passerebbe in giudicato, non ammettendo il nuovo esame. Un atteggiamento diverso intaccherebbe gravemente la sicurezza giuridica nonché la certezza del diritto (cfr. n. 16).

In tale modo — continua il decreto — si potrebbe ammettere il nuovo esame della causa, nel caso della sentenza di condanna, soltanto a richiesta del reo. In questa causa il reo non la chiese (cfr. n. 15). Si potrebbe chiedere anche contro la sentenza assolutoria soltanto *ab instantia*, per insufficienza di prove e, quindi, della certezza morale, come sarebbe il caso della sentenza di seconda istanza nei riguardi del delitto di cui al canone 1395 § 2, sempre che si diano gli estremi per la concessione della nuova proposizione della causa i quali, secondo la valutazione fatta dal decreto, mancavano (cfr. nn. 17 e 18).

AmMESSO, ma non concesso, che vi siano casi in cui la sentenza penale riguardi lo stato delle persone e perciò non passi in giudicato, occorre analizzare gli altri requisiti per la concessione della nuova proposizione della causa sanciti dal c. 1644 ed accennati dal decreto. Il primo di questi è la doppia sentenza conforme: « *si duplex sententia conformis in causis de statu personarum* » (c. 1644

§ 1) <sup>(15)</sup>. Il concetto di conformità è definito dal canone 1641, § 1: « inter eadem partes (...), eodem petito et ex eadem causa petendi »; tuttavia, il senso del termine *conformità* nelle cause di nullità matrimoniale è stato discusso a lungo dalla giurisprudenza rotale, parte della quale ha cercato di distinguere tra una conformità formale ed una equipollente <sup>(16)</sup>.

L'applicazione della nozione di *conformità* presenta ulteriori difficoltà nei processi penali. Dobbiamo tener conto che la specificazione e differenziazione del termine fatta dalla giurisprudenza si è mossa sul binario del processo matrimoniale, che ha una sua specificità, come quella dell'introduzione di un nuovo capo di nullità ex can. 1683. Bisogna stare attenti nell'applicazione di nozioni nate nel processo matrimoniale ai processi di natura diversa, come il processo penale, evitando « la matrimonializzazione del processo canonico » <sup>(17)</sup>. Nel giudizio penale non si può introdurre un nuovo capo di accusa nel grado di appello per considerare un'altra fattispecie legale più confacente ai fatti allegati. Se il tribunale modifica *ex officio* l'oggetto della controversia, sarà applicabile il c. 1514 e la sentenza incorrerà in *ultra petita*; se il nuovo capo è introdotto a richiesta di parte, vi potrebbe essere l'incompetenza assoluta — se il tribunale era *solo* di appello — o relativa — se il tribunale non rientra fra quelli indicati dai cc. 1408 e 1412 per la prima istanza —.

Secondo il decreto, la conformità delle sentenze nel processo penale viene determinata dai capi di accusa, non dalla pena irrogata. Il legislatore ha lasciato un ampio margine di discrezionalità al giudice ecclesiastico: se le due sentenze condannano il reo per gli stessi delitti sono conformi, benché la pena sia diversa a motivo proprio di questa discrezionalità (cfr. n. 14).

L'altro elemento richiesto dal c. 1644 è che vi siano nuove e gravi prove o argomenti che giustifichino il nuovo esame. La dottrina e la giurisprudenza hanno discusso molto sul significato di

<sup>(15)</sup> Cfr. C. GULLO, *La Nova causae propositio...*, cit., pp. 810-811.

<sup>(16)</sup> Su questo argomento, *vide*, in questo stesso numero, decreto c. Stankiewicz, 22 marzo 1994, con nota di L. DEL GIUDICE, *Novità nella giurisprudenza rotale di rito in tema di conformità « equivalente » delle sentenze*.

<sup>(17)</sup> Cfr. J. LLOBELL, *Recensione all'opera di P. MONETA*, « La giustizia nella Chiesa », su questa stessa rivista; ID., *Le « Normae » della Rota Romana in rapporto alla vigente legislazione canonica*, in *Le « Normae » del Tribunale della Rota Romana*, Città del Vaticano, in corso di stampa.

questa espressione usata dal legislatore. Una prima domanda potasi è se sono sufficienti gli argomenti nuovi e gravi o se si richiedono anche nuove prove. La dizione del canone è chiara, quando usa la congiunzione *vel*, cioè, *probationibus vel argumentis* (18).

Riguardo alla *novità* degli argomenti o delle prove, alcune decisioni rotali concedono il nuovo esame della causa per motivi che oggettivamente non sono nuovi (19). Ancora più difficile che determinare la novità delle prove è determinare quella degli argomenti: « Non possono certo considerarsi sufficienti doglianze od argomentazioni critiche nei confronti delle precedenti sentenze, ancorché prospettate per la prima volta. Se ciò fosse ammesso, la *nova causae propositio* finirebbe per essere in realtà un semplice appello, con conseguente svuotamento della disposizione legislativa che esige delle precise ulteriori condizioni per rimettere in discussione una doppia sentenza conforme ed il pericolo di un protrarsi delle cause « in indefinitum tempus cum detrimento rectae administrationis iustitiae ». Le argomentazioni critiche verso la precedente sentenza possono però essere accettate come nuove e giustificare la riapertura del processo quando possono dimostrare una *lesione sostanziale* della verità e della giustizia » (20). Inoltre le nuove prove o argomenti devono essere *gravi*. La giurisprudenza rotale è costante al riguardo (21).

Nelle cause penali, i fatti che dimostrino la recidiva del reo o la sua contumacia non sono semplicemente nuovi e gravi argomenti, ma motivi sufficienti per iniziare un nuovo processo per i nuovi delitti commessi con recidiva.

(18) Cfr. C. GULLO, *La Nova causae propositio...*, cit., pp. 811-812: « Col termine « argomenti » si deve intendere, non solo qualsiasi tipo di « prova », come nel vecchio Codice, che equiparava i due concetti, ma anche l'esposizione di « motivi » sufficientemente gravi da indurre a riformare le precedenti sentenze; quindi non solo qualsiasi tipo di prova, ma anche l'evidente errore di diritto sostanziale, la distorsione dei fatti e la grave violazione di leggi non meramente processuali ». Una visione più ristretta dell'espressione *nuovi argomenti* la troviamo in C. DE DIEGO-LORA, *I Tribunali della Sede Apostolica*, in « Il Processo matrimoniale canonico », Città del Vaticano 1994, p. 248, nota 115.

(19) J. LLOBELL, *Il giudicato nelle cause sullo stato delle persone. Note sulla dottrina di Carmelo de Diego-Lora*, in *Ius Ecclesiae* 5 (1993), pp. 306-307.

(20) P. MONETA, *La nuova trattazione della causa matrimoniale*, in *Ius Ecclesiae* 3 (1991), p. 485.

(21) Cfr. C. GULLO, *La Nova causae propositio...*, cit., pp. 811-813.



#### 4. *Possibilità prospettate dalla decisione per la fattispecie.*

Il decreto respinge la nuova proposizione della causa per quanto riguarda i delitti di cui ai canoni 1384 e 1389: c'erano due sentenze conformi di condanna, ma solo il reo poteva chiedere il nuovo esame, per dimostrare la sua innocenza (cfr. n. 15). Invece, per quanto riguarda l'accusa del delitto di cui al canone 1395 § 2, non c'era conformità tra la decisione di prima e quella di seconda istanza, ed era prescritto il termine per l'appello. Il turno rotale, tuttavia, ha stimato che la sentenza di seconda istanza era assolutoria *ab instantia* — avendo assolto il reo per insufficienza di prove — e non *a crimine*, pertanto la causa non passava in giudicato e si riteneva ammissibile il nuovo esame (cfr. n. 17) <sup>(22)</sup>. Ciò nonostante, il nuovo esame fu respinto per mancanza del *fumus boni iuris* motivato in un errore di impostazione del promotore di giustizia del tribunale di prima istanza, che aveva chiesto la pena di dimissione dallo stato clericale per i delitti di cui al canone 1395 § 2, quando avrebbe dovuto chiederla per i delitti contemplati nel § 1 dello stesso canone. Al momento di chiedere il nuovo esame era palese che, da una parte, non si riscontrava in nessun momento il cosiddetto delitto commesso pubblicamente e, dall'altra, che al momento di esercitare l'azione, era già prescritta per il decorso dei cinque anni stabiliti per la sua prescrizione (cfr. c. 1362 § 1, n. 2). In tal modo, il turno ha stimato che non c'erano motivi per ammettere il nuovo esame, senza entrare nella valutazione della esistenza di nuovi e gravi argomenti o prove, giacché non era possibile trovare prove di colpevolezza sui delitti di cui al canone 1395 § 2 (cfr. n. 18). In conclusione, benché sia stata respinta la nuova proposizione della causa, in qualche modo si è stabilito un precedente sull'ammissibilità di questo mezzo di impugnazione alle cause penali. L'applicazione di un istituto che ha la sua origine nelle cause matrimoniali <sup>(23)</sup> ai processi di natura diversa, come è il penale, è assai difficoltosa e suscita alcune perplessità <sup>(24)</sup>.

---

<sup>(22)</sup> Forse, in realtà, si tratterebbe della mancata natura perentoria dell'appello nelle cause che non possono passare in giudicato (cfr. J. LLOBELL, *Il giudicato nelle cause sullo stato delle persone...*, cit., pp. 298-299).

<sup>(23)</sup> Cfr. C. GULLO, *La Nova causae propositio...*, cit., pp. 797-801.

<sup>(24)</sup> La prescrizione dell'azione è incompatibile con le cause sullo stato delle persone (cfr. c. 1492 § 1) e non avviene nei delitti riservati alla Congregazione per la Dottrina della Fede (cfr. c. 1362 § 1, 1 §).



D'altra parte, l'applicazione del canone 1644 alle sentenze ora considerate pone il problema della mancanza di due sentenze conformi, conformità richiesta esplicitamente dalla norma. Perciò, a nostro avviso, sarebbe più adeguato affermare il giudicato e cercare di ricondurre il ricorso contro la sentenza di seconda istanza alla fattispecie della *restitutio in integrum*. Il § 2 del canone 1645 stabilisce un *numerus clausus* di motivi per i quali consta palesemente l'ingiustizia. Tra questi vengono indicati: « 1° la sentenza si appoggia talmente a prove successivamente trovate false, che senza di esse la parte dispositiva della sentenza non regga; 4° fu evidentemente trascurato il disposto di una legge che non sia semplicemente procedurale ». Allora, la domanda sarebbe questa: è possibile affermare che vi sia alcuna di queste fattispecie nel caso concreto? La rinuncia all'appello fatta senza il mandato o il consenso dell'ordinario è direttamente contraria ad una norma, il canone 1724, che non è semplicemente procedurale, tenendo conto di quanto è stato detto prima sulla missione dell'ordinario nei processi penali.

Ciò nonostante, l'ammissione della *restitutio in integrum* non chiuderebbe la questione. Se venisse ammessa, la Rota Romana si troverebbe dinanzi lo stesso problema del tribunale di seconda istanza: dagli atti della causa emerge la convinzione che non ci sono, e non sarà possibile trovarle, prove che possano portare alla certezza morale sulla colpevolezza dell'imputato nei riguardi del delitto commesso pubblicamente di cui al canone 1395 § 2 (cfr. c. 1505 § 2, 4). E l'azione per il delitto con persona minore dei 16 anni sarebbe già prescritta. Perciò, lo stesso decreto, con le seguenti parole, indica una terza strada possibile che, a nostro avviso, sarebbe la più adeguata al diritto: « Attamen, cum ex actis et denuntiationibus delicta ex can. 1395 § 1 emergere videantur, de quibus etiam sententia alterius gradus ultra causam petendi (cf. can. 1620, n. 4) sat ample disceptavit, actio criminalis ad normam iuris institui potest apud Tribunal primae instantiae » (n. 18).

Questa sarebbe la strada più sicura. Nella petizione della nuova proposizione della causa si diceva che, in quanto il reo non si era emendato e lo scandalo continuava, non si trovava altra strada che quella di chiedere alla Rota, previa la concessione del nuovo esame, la conferma della sentenza di prima istanza che irrogava la pena di dimissione dallo stato clericale. Però, bisogna distinguere i fatti diversi: i delitti anteriori alle sentenze e i delitti posteriori che, se vengono provati, sarebbero più gravi in quanto commessi con recidiva.

I nuovi delitti — o la permanenza in un delitto continuato dopo una sentenza di condanna — non sono soltanto nuovi e gravi argomenti o prove che giustificano la riapertura della causa, ma veri e propri delitti che vanno giudicati e puniti, forse con maggior rigore, in quanto indicano la pertinacia nel delitto <sup>(25)</sup>. Lo stabilisce il canone 1326 § 1, 1, nel quale sono state indicate la pertinacia e la recidiva come circostanze aggravanti. Più che una nuova proposizione della causa, dovremmo parlare di *proposizione di una nuova causa*, nella quale il presunto imputato verrà giudicato in prima istanza, dal tribunale competente (cfr. cc. 1408 e 1412). Però, viste le circostanze del caso, è possibile che la causa sia avocata dalla Rota Romana per giudicare in prima istanza, come viene previsto nell'articolo 52 delle nuove Norme della Rota Romana <sup>(26)</sup>.

In conclusione, l'ammissione della nuova proposizione della causa contro le sentenze penali presenta non poche difficoltà, essendo una delle prime a determinare se la pena coinvolge lo stato delle persone e, quindi, la possibilità che la sentenza non sia passata in giudicato. Dallo studio della dottrina precodificiale non si possono trarre dei criteri fermi, visto che la legislazione precodificiale non distingueva con sufficiente chiarezza i diversi ricorsi contro le sentenze eseguibili nelle cause sullo stato delle persone e contro le sentenze passate in giudicato. La legislazione vigente è più chiara, benché la dottrina e la giurisprudenza avvicinino talvolta gli istituti della nuova proposizione della causa (can. 1644) e della *restitutio in integrum* (c. 1645).

Qualunque sia la risposta alla possibilità dell'ammissione della nuova proposizione della causa nei processi penali da parte della dottrina e dalla giurisprudenza, bisogna stare attenti per evitare la citata « matrimonializzazione » del processo canonico. Il processo penale è un processo a sé, con una sua specificità che va rispettata, benché non sia un processo autonomo, come si può desumere dal detto del canone 1728 § 1.

Héctor Franceschi F.

---

<sup>(25)</sup> Il rapporto tra reato continuato, interruzione della continuità e *res iudicata* penale è stato oggetto di approfonditi studi da parte della canonistica e della dottrina civile (cfr. F. COPPI, *Reato continuato e cosa giudicata*, Napoli 1969, 414 pp.).

<sup>(26)</sup> NRR, art. 52: « Salvo praescripto can. 1444, § 2, Decani erit, auditis duobus antiquioribus Auditoribus, iam a prima instantia avocare causas de quibus in eiusdem canonis § 1, quoties peculiararia adiuncta sive locorum sive personarum propter bonum animarum idipsum urgeant ».

Pagina bianca

*Note e commenti*

**Pagina bianca**

## LA PROIBIZIONE DEL COMMERCIO AI RELIGIOSI (cf. cann. 672 e 286)

Il c. 286, sotto il titolo *De clericorum obligationibus et iuribus*, proibisce ai chierici l'esercizio del commercio; il can. 672 estende tale proibizione anche ai religiosi. Le radici e le ragioni di tale divieto risalgono ai primi tempi della Chiesa; un chiaro segno che fin dall'inizio si è visto un certo conflitto tra l'esercizio del commercio e quello del ministero sacerdotale e la vita consacrata a Dio nella professione dei consigli evangelici. Non si può neppure negare però che un ruolo di rilievo in tale campo hanno esercitato mentalità, cultura e storia. Nel prendere in considerazione tali canoni, è pertanto necessario anzitutto ripercorrere la formazione e la evoluzione della legge stessa, poi soffermarci all'esame del contenuto di essa, quando venne fissata nella prima legislazione codiciale, ed infine sarà necessario concludere con la riflessione sulla legislazione ultima.

### I. *La formazione e la evoluzione della legge.*

1. Il commercio come scambio di merci tra gli uomini è un fenomeno naturale nella vita umana; si riscontra dovunque esistano tracce di rapporti umani. All'inizio lo scambio avveniva con merci in natura, poi attraverso valori rappresentativi della cosa, in particolare attraverso la moneta. Esso è venuto così evolvendosi in diverse forme nel progresso della civiltà umana, con la caratteristica sempre più spiccata di servizio produttivo attraverso la intermediazione della attività umana. Tale intermediazione ha assunto forme sempre più varie e complesse, particolarmente nelle società più sviluppate economicamente, al punto che la funzione di intermediazione ha assunto sempre di più un valore autonomo, di attività commerciale professionale, il cui compito consiste esclusivamente nello scambio della merce per trarne un lucro, un vantaggio economico. « Il fondamento economico dello scambio individuale sta nella diversità di valutazione degli stessi beni da parte dei due scambisti, diversità che è in



funzione dei bisogni e delle quantità » (1). « Nel vantaggio reciproco degli scambisti sta la giustificazione del commercio; esso ha una funzione economica perché asce l'utilità dei beni ed è quindi produttivo » (2). Nello scambio assume un ruolo sempre più rilevante l'intermediatore che trae il suo profitto dalla differenza del costo di compra e di vendita: è il suo profitto, legato per altro al rischio che egli corre nello svolgere la sua funzione. « Il rischio è elemento inscindibile di ogni atto di scambio e il suo compenso è parte integrante del profitto commerciale » (3).

Possiamo concludere questa breve introduzione, riportando la seguente nozione e relativo commento: « Il commercio è il servizio produttivo di intermediazione degli scambi. Questa definizione mette bene in chiaro: 1) che il commercio è produttivo, ossia aumenta l'utilità dei beni e dei servizi, in quanto coopera a far loro raggiungere il fine che è il consumo produttivo e ultimo; 2) che lo strumento mediatore di questo particolare accrescimento di utilità è un servizio, cioè un atto umano; 3) che il tratto proprio del servizio commerciale è l'intermediazione, cioè l'intromettersi fra compratore e venditore, scomponendo una semplice operazione di compra e vendita in una serie di operazioni di compra e vendita al fine di agevolare, compiendo cioè una funzione analogica a quella svolta dalla moneta rispetto ai baratti. Nella realtà della vita, tuttavia, i commercianti fanno spesso subire anche trasformazioni ai prodotti prima di venderli oppure li provvedono, il che è equivalente a trasferirli nello spazio e nel tempo » (4).

2. In quanto aveva uno scopo puramente lucrativo, esso fu considerato con un certo sospetto e diffidenza dai moralisti del medioevo. Con San Tommaso e la Scolastica si fa comunque sempre più strada il criterio della liceità anche del lucro, sia pure con precise limitazioni: « il lucro modesto può essere onesto; il lucro senza limite, pur non essendo per sé illecito, ha bisogno di un motivo che lo giustifichi » (5). I motivi dell'avversione e diffidenza sono i pericoli che il commercio presenta « quali le frodi così frequenti in questa

(1) Vedi v. *Commercio*, in *Enciclopedia Cattolica*, Città del Vaticano, p. 55.

(2) *Ib.*

(3) *Ib.*

(4) Cf. v. *Commercio*, in *Dizionario di teologia morale*, ed. Studium, 1957, Roma.

(5) Cf. v. *Commercio, obblighi morali*, in *Enciclopedia Cattolica*, p. 58.

materia, la violazione del giusto prezzo, il perseguire il lucro, non per un fine lecito, ma al solo scopo di un arricchimento » (6). Più tardi con un maggiore sforzo di comprensione del fenomeno, i teologi lo legittimeranno e troveranno che « il profitto è un *quasi-stipendium* senza bisogno di altro titolo che lo giustifichi » (7). Oggi il giudizio favorevole è forse anche eccessivamente benevolo. Non si può dimenticare infatti che il commercio tende a liberarsi da qualsiasi legge morale con il pretesto che « gli affari sono affari », con il martellamento della pubblicità, che favorisce il consumismo per il consumismo, con la concorrenza sleale o illecita, con il gioco di borsa che permette che pochi possano disporre di tanti capitali da influire pesantemente nella vita della stessa comunità nazionale e internazionale. In tale contesto non si può dimenticare che « spesso il commercio è occasione di frodi, inganni e di altri peccati contro la giustizia », anche se questi « più che difetti dell'arte del commercio, sono vizi degli uomini e si trovano ovunque, anche se qui le occasioni capitano più frequenti » (8).

3. Comunque sia a livello teoretico circa la legittimità del commercio e del lucro, di fatto per tanti secoli l'attività commerciale e le persone che la esercitano sono oggetto di giudizi e valutazioni morali piuttosto negative, sia per l'attività commerciale in se stessa, sia per i pericoli che tale attività costituisce per i chierici e per i religiosi. Tra i pericoli non può essere certo assente quello che i beni di questo mondo costituiscono tante volte un ostacolo, secondo l'insegnamento biblico, per una coerente vita cristiana. In particolare troviamo spesso riferimento al testo paolino circa la cupidigia, o l'attaccamento alle ricchezze indicata come « radice di tutti i mali » (9).

(6) *Ib.*

(7) *Ib.*

(8) Cf. v. *Commercio*, in *Dizionario di teologia morale*, p. 285.

(9) Cf. 1 Tm 6, 9. È opportuno riportare per esteso i versetti 6-10: « Certo, la pietà è un grande guadagno, congiunta però a moderazione! Infatti non abbiamo portato nulla in questo mondo e nulla possiamo portarne via. Quando dunque abbiamo di che mangiare e di che coprirci, contentiamoci di questo. Al contrario, coloro che vogliono arricchire, cadono nella tentazione, nel laccio e in molte bramosie insensate e funeste, che fanno affogare gli uomini in rovina e perdizione. L'attaccamento al denaro infatti è la radice di tutti i mali: per il suo sfrenato desiderio alcuni hanno deviato dalla fede e si sono da se stessi tormentati con molti dolori ». Per la visione biblica sui beni temporali, cf. HUMBERT, A., *L'attitude de premiers chrétiens devant les biens temporels*, in *Studia moralia*, 1968, 193-239.

Normalmente gli autori mettono insieme i diversi motivi, come ragione della proibizione <sup>(10)</sup>. Altri tuttavia distinguono le ragioni insite nello stesso fatto dell'attività commerciale in quanto lucrativa <sup>(11)</sup>, da quelle che si appellano ai pericoli per la vita e il ministero sacerdotale e religioso <sup>(12)</sup>. Questi pericoli infatti non sono assenti neppure nel commercio che pure è considerato lecito dalla stessa legislazione della Chiesa <sup>(13)</sup>.

<sup>(10)</sup> I motivi della proibizione in genere sono in seguenti: i chierici non devono lasciarsi trascinare dalla cupidigia, l'avarizia ed altri vizi; non devono lasciarsi coinvolgere facilmente nei processi; non devono trascurare i doveri della loro vocazione incorrendo in tal modo nel disprezzo dei laici (cf. DDC, col. 858); « La legislazione positiva della Chiesa interdice ai chierici di dedicarsi al commercio. La ragione è facile a comprendersi: vi è incompatibilità tra la dignità del loro stato e le competizioni, le lotte che importa la vita di commercio. Divieti simili, più o meno determinati, si trovano fin dai primi secoli della Chiesa » (P. PALAZZINI, v. *Commercio*, in *Dizionario di teologia morale*, p. 286); « Rationes prohibitionis sunt: nimia sollicitudo de pecunia, qua animus clericus implicatur; pericula litium, fraudum, avaritiae: « Negotiatiorem clericum quasi quamdam pestem fuge » (REGATILLO, E., *Institutiones iuris canonici*, p. 211). « Ratio legis haud difficulter perspicitur. Negotiatio et mercatura innumeris curis animum implicat; interdum iuris per iudicia exigendi necessitatem imponunt; lucri temporis cupiditatem sapiunt et creant; quae omnia a statu clericali et religioso quantum abhorreant, nemo non videt (VERMEERSCH, A.-CREUSEN, J., *Epitome iuris canonici*, vol. I, p. 263, n. 260). »

<sup>(11)</sup> « Ita tempore antiquo apud Graecos et Romanos mercatura parum aestimabatur; mercatores habebantur improbi et inde fere despiciebantur. Medio aevo haec minor aestimatio quaestus mercaturae perdurabat. Accedebat ratio iustitiae: lucrum enim habebatur iniustum, nisi esset fundatum in re fructifera vel in labore. Hic explicatur prohibitio canonica percipiendi lucrum ex pecunia simpliciter mutuo data; pecunia enim habebatur sterilis, consequenter lucrum ex pecunia qua tali habitu considerabatur usura. Mercatura fere aequiparabatur usurae... Mercator habebatur homo, qui facit lucrum sine labore, quatenus luerum acquirit eo, quod se ponit inter producentem et consumentem. Talis modus considerandi rcm videtur supponi a S. Thoma, si distinguit inter commutationem rerum naturalem, necessariam et lucrativam... Commutatio *lucrativa* rerum fit propter lucrum qua tale; lucrum est finis negotiationis, non medium ad alium finem honestum. Haec negotiatio est proprie mercatorum, i. e. mercator habetur homo, qui inhoneste agit, quia lucrum qua tale quaerit, quia lucrum acquirit sine labore » (W. BERTRAMS, *Quaestiones recentiores de negotiatione personis ecclesiasticis prohibita*, in *Periodica*, pp. 205-208 *passim*).

<sup>(12)</sup> « Alia ratio, quae pro prohibitione canonica negotiationis efficax fuit, est periculum, ne ob incertitudinem evolutionis vitae oeconomicae vel etiam ob malam gestionem negotiorum damnum oeconomicum subeundum sit, quod -prasertim si forte debita contracta solvi non possunt reputationi Ecclesiae respectivae personarum ecclesiasticarum noceat » (W. BERTRAMS, *o.c.*, p. 211-212).

<sup>(13)</sup> Egli prende in considerazione anzitutto il pericolo di danni economici. Ora tale pericolo è presente in ogni commercio, anche in quello permesso ai chierici,

4. Non ci si meraviglia pertanto che fin dall'antichità ai chierici viene proibita l'attività commerciale; e i religiosi se ne tengano chiaramente ed ovviamente lontani. Tali proibizioni possiamo oggi trovare sia nel Decreto di Graziano che nelle Decretali, oltre che in altri interventi successivi della Chiesa, come del Concilio di Trento e di Sommi Pontifici: essi costituiscono le fonti della normativa che troviamo nel codice del 1917 <sup>(14)</sup>, che con il can. 142 proibisce ai chierici di esercitare, per se stessi o per mezzo di altri, la negoziazione o il commercio (*negotiationem aut mercaturam*), sia a proprio vantaggio che altrui. A tale proibizione il can. 592 sottomette anche i religiosi.

5. La disciplina codiciale fu inasprita, particolarmente dal punto di vista penale, con un decreto della Sacra Congregazione per il Concilio del 22 marzo 1950 <sup>(15)</sup>. Esso fu l'occasione per cui la dottrina canonistica si interessò con maggiore attenzione al problema e cercò di approfondire le ragioni della proibizione <sup>(16)</sup>. Siccome il nuovo codice non fa altro che, almeno per quanto riguarda il contenuto, rifarsi al codice precedente e riproporlo, è opportuno che ci soffermiamo su tale normativa.

---

e continua: « Ad eandem conclusionem perducit etiam consideratio alterius periculi, cuius exclusio intenditur prohibitione canonica negotiationis, periculum nempe, ne personae ecclesiasticae praeoccupatae euri de rebus oeconomieis officia ecclesiasticae ac ministeria religiosa et sacra negligant aut minus digne absolvant... Dummodo igitur negotiatio maneat infra limites modestos et ordinata sit unice ad finem restrictum, e.g. ad sustentationem clerici, ad habenda subsidia necessaria pro operibus religionis vel caritatis exereendis talis personae moralis ecclesiasticae, hoc periculum de se non est ratio extendendi nimis prohibitionem canonicam negotiationis. Potius contrarium finis intenti acideret, quatenus pro ministeriis saeris neenon pro operibus religionis et caritatis obstacula crearentur ex penuria subsidiorum necessariorum; consequenter prohibitio nimis extensa obstaret exereitio ministeriorum sacrorum ac operum religionis et caritatis » (*Quaesita recentiora*, art. cit., p. 213).

<sup>(14)</sup> Per l'esame di tali fonti, cf. P. ABELLÀN, *De vetita clericis et religiosis negotiatione*, in *Periodica*, 1950, pp. 231-235.

<sup>(15)</sup> AAS, XLII (1950) 330-331.

<sup>(16)</sup> Gli studi e commenti di tale decreto sono numerosi. Ci limitiamo a segnalare particolarmente tre, sia per la loro completezza, sia per la loro acutezza: A. GUTIERREZ, *De vetita clericis et religiosis negotiatione seu mercatura*, in *Commentarium Pro Religiosis*, 1950, pp. 183-211; 1951, pp. 151-159; 287-309; P. ABELLÀN, *De vetita clericis et religiosis negotiatione*, in *Periodica*, 1950, pp. 231-262; W. BERTRAMS, *Quaesita recentiora negotiatione personis ecclesiasticis prohibita*, in *Periodica*, pp. 205-242. L'articolo è riportato anche nella raccolta *Quaestiones fundamentales iuris canonici*, Pontificia Università Gregoriana, Romae, 1969, pp. 629-652.

II. *Il divieto di esercitare il commercio o la mercatura nel CIC del 1917.*

1. La proibizione riguarda *negotiationem aut mercaturam*. La dottrina tradizionale distingue la *negotiatio* dalla *mercatura* anche se oggi si tende ad identificare le due cose. In pratica la « *negotiatio* », essendo un concetto più generale ed ampio, include anche la « *mercatura* », che riguarda piuttosto la compravendita delle merci <sup>(17)</sup>. Possiamo perciò limitarci al concetto di *negotiatio*, che può essere tradotto con la parola *commercio*, tenendo presenti le specificazioni che dovremo dare.

2. La *negotiatio* proibita viene distinta in due categorie: quella *quaestuosa* (o *lucrativa*, in senso stretto e proprio) e quella *industriale*. La prima si ha quando si compra la merce con l'intenzione di rivenderla, senza alcuna mutazione, più cara; la seconda invece si ha quando si compra la merce, per trasformarla con il lavoro umano e rivenderla con lucro. Il commercio industriale può assumere diverse forme, sia in relazione al lavoro per trasformare la merce, sia in relazione alla merce che viene trasformata. Si hanno così tre possibilità: *a*) Il lavoro di trasformazione mediante lavoro avviene attraverso operai assunti per tale lavoro e riguarda una merce comprata allo scopo; *b*) oppure con un lavoro proprio su merce comprata allo scopo; *c*) oppure mediante assunzione di operai su merce propria <sup>(18)</sup>.

3. Oggetto della proibizione del canone è il *commercio lucrativo* (ossia la *negotiatio quaestuosa* in senso stretto e proprio) e il *commercio industriale*, nella prima forma, ossia quello che si ha quando la merce viene trasformata con l'assunzione di operai e riguarda una merce comprata allo scopo, ossia per trasformarla con l'assunzione

<sup>(17)</sup> « Dum *mercatura* potius emptionem-venditionem mercium designat, *negotiatio* latius potius patet et omnes operationes lucri studio factas significat » (VERMEERSCH, *Epitome iuris canonici*, o.c., p. 262, n. 260); « *Negotiatio* est terminus generalior, quaevis permutatio rerum cum animo lucri facta, v. gr., pecuniae cum pecunia diversa (*cambium*); titulorum cum titulis (*ludus bursae*). *Mercatura*, mutatio mercis cum pecunia » (REGATILLO, E., *Institutiones*, o.c., p. 210, n. 258).

<sup>(18)</sup> « *Negotiatio quaestuosa (lucrativa sensu stricto)* dicitur, si res ea intentione emantur ut non mutatae vendantur *carius*. *Negotiatio industrialis* est quoties res labore humano mutatae cum lucro commutantur » (VERMEERSCH, o.c., n. 260, p. 262).



di operai e rivenderla, con lucro<sup>(19)</sup>. Si tratta della *negotiatio* che pur non essendo *quaestuosa* in senso proprio, ne ha le caratteristiche e perciò viene proibita in tale forma specifica, in quanto ad essa viene equiparata: è una *negotiatio* in senso improprio, ma proibita per le caratteristiche che la fanno equiparare a quella *quaestuosa* in senso proprio e stretto.

4. Gli Autori ci tengono a precisare i diversi elementi necessari perché si abbia il concetto di *negotiatio quaestuosa* in senso proprio e quella in senso improprio o lato, ossia quella *industrialis* nella prima forma.

5. Abellàn, ad esempio dà la seguente definizione di *negotiatio proprie dicta*, quae etiam *stricte lucrativa* seu *quaestuosa dici solet*: « in eo est quod vendatur res quam quis sibi comparavit eo animo ut eandem non mutatam carius venderet ». E precisa: « Ad eam ergo requiritur: 1° Ut res ematur et vendatur; 2° Ut vendatur non mutata; 3° Ut vendatur carius quam empta fuit; 4° Ut empta sit animo carius vendendi rem immutatam »<sup>(20)</sup>. Quest'ultimo elemento, cioè quello intenzionale, è essenziale perché si abbia la *negotiatio quaestuosa* proibita<sup>(21)</sup>. Quanto poi alla *negotiatio industrialis* ossia « minus proprie dicta », lo stesso Abellàn dà la seguente definizione: « est actus emendi res ea intentione ut per industriam vel artem immutatae atque meliores redditae denuo vendantur lucri faciendi causa. Relate ad leges ecclesiasticas maximi momenti est discrimen inter immutationem arte vel industria proprie facta, et illam quae locum habet per conductos famulos. Haec enim secunda ab Ecclesia prohibetur clericis ..., ad eandem constituendam sequentia elementa

<sup>(19)</sup> Cf. *Ib.*; REGATILLO, *o.c.*, p. 211, n. 253: « Disciplina, ex recepta doctrina, haec est: a) Non licet clericis negotiatio *quaestuosa* neque argentaria, neque *stricte industrialis* ». « Prohibentur sane tam negotiatio lucrativa proprie dicta, qua res ea intentione emuntur ut postea non immutatae carius vendantur, quam illa artificialis seu industrialis in qua res emitur eo animo ut non proprio labore, sed per operarios conductos mutata vendatur cum lucro » (ABELLÀN, P., *art. cit.*, p. 237).

<sup>(20)</sup> Cf. *art. cit.* p. 237-238.

<sup>(21)</sup> « Hoc ultimum elementum essenziale est ut habeatur negotiatio sensu canonico, prout clare notaverat S. Thomas: « Ad secundum dicendum, quod non quicumque carius vendit aliquid quam emerit, negotiatur, sed solum qui ad hoc emit ut carius vendat; si autem emit rem non ut vendat sed ut teneat, et postmodum propter aliquam causam eam vendere velit, non est negotiatio quamvis carius vendat ». (ABELLÀN, *art. cit.*, p. 238).



requiruntur: 1° Ut res aliena ematur; 2° Ut transformetur per conductos operarios; 3° Ut carius vendatur; 4° Ut empta sit intentione eam carius vendendi post transformationem sic factam » (22). Tra i diversi elementi, tutti necessari, perché si abbia la *negotiatio* proibita dalle leggi della Chiesa, va sottolineato anche in questo caso quello intenzionale: l'intenzione del lucro (vendendo più caramente) è talmente necessaria in tutto il processo, che senza di essa viene a mancare lo stesso fatto proibito dalla legge (23).

6. A. Gutierrez precisa pertanto che « *negotiatio non est simplex emptio* (rei pretio soluto), nec *simplex venditio*, rei pretio percepto, nec *simplex commutatio* (rei pro re) nec *simplex cambium* (pecunia pro pecunia, titulorum pro titulis), nec *simplex lucri procuratio*; immo nec *simplex emptio*, aut *venditio*, aut *cambium*, aut *commutatio*, causa lucri in ipsis procurandi. Nec omnis qui emit, vel vendit, vel res commutat, vel *cambium* peragit, aut *lucrum* sibi procurat, dicendus est *negotiari ad sensum can. 142*. *Negotiatio operationem complexam commutationis refert*: « *res eo animo emitur, ut immutata vendatur ad lucrum faciendum* ». Eadem persona, per se vel per alium, integram operationem peragere debet (24). Nella negoziazione si richiedono inscindibilmente due elementi: un *animus* e un *corpus*. « *Animus negotiandi est forma negotiationis et totam pervadat oportet operationem; in negotiatione stricte dicta finis studiose quaesitus est lucrum, a primo ad ultimum actum. Corpus: haec complexa operatio debet esse ad lucrum ordinata, non solum ex mente agentis, sed etiam ex sua ipsius natura; ita ut emptiones et venditiones non quaestuosae, sub negotiatione specifica can. 142 non comprehendatur. Non sufficit animus lucrum faciendi si operatio non sit ex lucrativis prohibitis; nec sufficit operatio in se lucrativa si in ea deficiat intentio lucri. In hoc tamen ultimo casu, in foro externo intentio praesumitur donec contrarium probetur* » (25).

7. Tali distinzioni vanno fatte per precisare esattamente l'oggetto della proibizione del can. 142, rispetto ad altre proibizioni, partico-

(22) *Id.*, p. 239.

(23) « *Intentio totum hunc processum peragendi ideo necessaria est, quia secus deest mens mercatoris, sed venditio rei transformatae fit per accidens, nec illa incommoda secum fert quae prohibitioni locum dederunt* ». (*Abellàn, art. cit.*, p. 239-240).

(24) GUTIERREZ, A., *art. cit.*, p. 190.

(25) *Ib.*

larmente in relazione ai can. 138 e 139. Ai chierici infatti viene fatta la proibizione di due tipi di affari secolari: quelli non propriamente lucrativi, proibiti perché possono allontanare i chierici dal proprio ministero o non sono decorosi per lo stato clericale, o sono estranei a tale stato, e quelli propriamente lucrativi. La legislazione antica parlava promiscuamente di tutti e due i tipi. Oggi è necessario distinguerli, proprio per comprendere esattamente la portata della *negotiatio* proibita ai chierici e ai religiosi dalla Chiesa <sup>(26)</sup>.

8. In tale prospettiva W. Bertrams crede necessario individuare la natura giuridica del commercio proibito ai chierici e ai religiosi. Egli afferma che « natura iuridica negotiationis specificatur fine, propter quem exercetur. Proprio animus faciendi lucrum est illud elementum iuridicum quod reddit negotiationem prohibitam. Rationes enim, propter quas negotiatio prohibetur, fundantur in hoc elemento iuridico. Ex tali connexione inter finem, propter quem prohibetur negotiatio et naturam iudicam negotiationis prohibita apparet momentum — pro ipsa natura iuridica negotiationis prohibita respectivae legitimae — eorum, quae supra dicta sunt circa rationes, propter quas ferebatur prohibitio canonica negotiationis » <sup>(27)</sup>. In questa prospettiva, esiste una differenza anche tra la *negotiatio quaestuosa* proprie dicta, e la *negotiatio industrialis*: l'animus lucri si realizza in modo pieno nella prima. La seconda invece viene presentata dalla dottrina come una *negotiatio* impropria. Anzi « notio naturae iuridicae negotiationis improprie dictae non ita clara et univoca est » <sup>(28)</sup>. Di fatto la *negotatio industrialis* è proibita solo in alcuni casi e non in altri, cioè solo là dove si realizza chiaramente l'*animus lucrum faciendi*. In questa linea, il Bertrams enunzia un principio di ordine generale: « Dummodo finis activitatis principaliter peractae non sit quaestus, sed aliud bonum honestum, actiones materialiter a negotiatione quaestuosa non differentes, sed accessorie se habentes ad activitatem principalem, et hunc characterem accessorium retinentes, non constituunt formaliter negotiationem quaestuosam, prohibitam. Breviter: Prohibita est negotiatio formaliter quaestuosa, non autem mere materialiter talis » <sup>(29)</sup>. Egli giustifica così la distinzione intro-

---

<sup>(26)</sup> Cf. GUTIERREZ, A., *art. cit.*, p. 193.

<sup>(27)</sup> *Art. cit.*, p. 214-215.

<sup>(28)</sup> *Id.*, p. 219.

<sup>(29)</sup> BERTRAMS, *art. cit.*, p. 228.

dotta e la affermazione: « Haec distinctio inter negotiationem materialiter et formaliter quaestuosam in traditione canonica videtur haberi eo, quod distinguitur inter negotiationem necessariam et lucrativam, prouti lucrum intentum sit medium ad alium finem honestum, an in se terminus negotiationis. Etsi enim prohibitio canonica extendebatur etiam ad negotiationem, qua lucrum tamquam medium, sub hoc respectu prohibitio numquam erat absoluta. Ita negotiatio ordinata ad sustentationem olim prohibitione non afficiebatur; neque haec unquam ex toto prohibita fuit »<sup>(30)</sup>. Possono essere lecite operazioni dove il lucrum non sia l'unico scopo o per lo meno non sia lo scopo principale: dove il lucro sia soltanto qualche cosa di accessorio, l'operazione è lecita e legittima, in forza dello scopo principale, in base *alla regula iuris 42 in Sexto*: « *Accessorium naturam sequi congruit principalis* »<sup>(31)</sup>.

9. Non va neppure dimenticato che la mentalità circa il commercio oggi è profondamente mutata, in positivo. Molte cose sono cambiate anche all'interno della chiesa circa il sistema di sostentamento del clero (beneficio)<sup>(32)</sup> e per i religiosi, che devono vivere con il frutto del proprio lavoro, invece che con la richiesta di elemosina<sup>(33)</sup>.

10. Tutto questo ha portato la dottrina ad una interpretazione sempre più stretta della legge, anche in base al can. 19<sup>(34)</sup>, in quanto si tratta di una norma che limita un libero esercizio dei diritti.

11. In tale linea si colloca anche la quasi unanime dottrina che riscontra la violazione della legge solo quando si tratti non di un atto

<sup>(30)</sup> *Ib.*

<sup>(31)</sup> Cf. REGATILLO, *o.c.*, p. 213, *Resolves*, 8°.

<sup>(32)</sup> Il can. 1272 ordina la riforma del sistema beneficiale, fino alla soppressione, e il can. 1274 provvede diversamente al sostentamento del clero.

<sup>(33)</sup> Cf. il can. 600 parla di una vita « *operose in sobrietate ducendam* ». Il 1265 proibisce stipem cogere ai religiosi non mendicanti.

<sup>(34)</sup> Cf. BERTRAMS, *art. cit.*, p. 231: « In hac quaestione enim omnino applicandum est principium de stricta interpretatione legis odiosae (can. 19). Agitur de prohibitione, qua liberum iurium exercitium coarctatur, quia de se negotiatio nihil mali continet. Proinde, si finis propter quem exercetur negotiatio, est bonus, talis negotiatio iure naturali non est prohibita; prohibitio canonica est iuris positivi. Hinc non debet prohibitio affirmari, nisi stricte probetur prohibitionem afficere etiam industriam, de qua est quaestio ».

o due, senza legame tra di loro, ma quando si tratta di un vero esercizio: cosa che non si realizza se non esistano più atti legati tra di loro e che evidenziano sia oggettivamente che soggettivamente atti di commercio con un animus corrispettivo <sup>(35)</sup>.

La dottrina contraria, che tiene cioè sufficiente un solo atto grave, per violare la norma ed incorrere nella pena, anche se può addurre a suo favore argomenti solidi, è piuttosto isolata e non deducibile nella prassi <sup>(36)</sup>.

12. Va pure ricordato che la proibizione cessava in caso di grave necessità propria o del prossimo o per il sostentamento proprio o del prossimo o in caso urgente, come per motivi di eredità <sup>(37)</sup>.

13. Soggetti alla legge del can. 142 erano i chierici, religiosi in senso stretto, ossia coloro che avevano emesso i voti, i membri delle Società di vita comune, ed anche i membri degli istituti secolari <sup>(38)</sup>. Quanto a quest'ultimi, il Gutierrez tuttavia distingueva coloro che esercitavano il commercio in quanto membri dell'istituto e coloro che lo esercitavano a nome proprio <sup>(39)</sup>.

---

<sup>(35)</sup> Cf. ABELLÀN, *art. cit.*, pp. 243-245: « Censemus tamen non adesse in Decreto fundamentum sufficiens, ut dicamus peccatum grave (ratione legis positivae) iam haberi, si clericus aut religiosus semel, etiam in magna quantitate, vititae negotiationi operam det. Classica erat iam interpretatio verbi "exercere"; quapropter cum Legislator voluit etiam hunc casum comprehendere ut accidit Clementi IX, verba addidit "etiam semel", in sua Constitutione « Sollicitudo Pastoralis » de qua supra egimus. Hoc autem decretum non solum verbum « exercere » continet, ut par erat, in referendo textu canonis 142; sed etiam in parte dispositiva se refert ad « exercentes » vititam negotiationem. In lege autem in qua poenae, adeoque graves, statuuntur, verba sunt strictae interpretationis. Verissimum est etiam ex unico negotiationis actu sequi posse mala gravissima; sed requiritur insuper ut Legislator expresse manifestaverit suam voluntatem comprehendendi etiam hunc actum unicum sub statutis poenae. Quod in casu praesenti, saltem pro nunc, dubium est, usque dum authentica intercesserit declaratio ». Tale interpretazione non è stata mai data.

<sup>(36)</sup> Cf. GUTIERREZ, *art. cit.*, pp. 206-211.

<sup>(37)</sup> Cf. VERMEERSCH, *o.c.*, n. 263.

<sup>(38)</sup> Cf. ABELLÀN, *art. cit.*, p. 235 s.

<sup>(39)</sup> GUTIERREZ, *art. cit.* p. 152, A.b): « verba decreti intelligi etiam debent de sodalibus Institutorum *reduplicative* ut talia sunt; ita ut a negotiatione prohibeantur exercenda *quatenus membra Instituti saecularis*. Revera in his sodalibus apte distingui valet duplex quasi personalitas: prima *individualis, saecularis* ex qua exercere possunt quamlibet professionem saecularem licitam, altera *ecclesiastica* quatenus ad associationem ecclesiasticam pertinent ».

14. Le pene previste per i violatori erano gravissime nel precedente codice. Esse furono aggravate con il decreto del quale abbiamo fatto menzione sopra. Essendo ormai tali pene cessate, non crediamo opportuno soffermarci su di esse <sup>(40)</sup>.

15. In base alla dottrina, sopra esposta e praticamente comune, gli Autori dichiarano pertanto oggetto della proibizione del can. 142 la *negotiatio quaestuosa* in senso proprio e stretto e quella *industrialis*, in senso stretto, in quanto equiparata alla prima. Si deve trattare di un esercizio, cioè di una serie di atti, che oggettivamente e soggettivamente, realizzano tutti gli elementi inclusi nella nozione di *negotiatio* proibita. Elemento determinante è l'*animus lucri*; qualora questo animus sia assente o solo secondario o accessorio non si può parlare di *negotiatio* proibita e punita.

16. Conseguentemente non è proibita la *negotiatio* che gli autori qualificano in diversi modi:

1) La *negotiatio artificialis o industrialis*, che si realizza con il proprio lavoro; o su cose proprie.

— Non è proibita la *negotiatio industriale*, là dove la merce non è comprata, o, se comprata, non viene trasformata da operai assunti per il lavoro: è lecito pertanto lavorare in modo industriale il vino estratto dalle viti della vigna propria;

— dare in affitto cose proprie perché vengano lavorate da altri e se ne ricavi un guadagno;

— prendere in affitto o comprare per trasformare e rivendere, ma senza operai: gli alunni di un collegio o di istituti di arte e mestiere non sono operai in senso proprio.

2) Non è proibita la *negotiatio oeconomica*, in quanto si vendono cose proprie oppure cose comprate per sé e poi per ragioni non previste diventano superflue; consiste nel vendere cose che si erano comprate senza l'intenzione di rivendere, ma che poi, risultate superflue o data una particolare occasione, si rivendono anche a prezzo più caro.

3) Neppure è proibita la *negotatio politica*, che consiste nel comprare cose per il bene della propria comunità, sia naturale che religiosa, allo scopo di fare risparmiare alla stessa comunità. Comprare la suppellettile per gli alunni; la vendita di oggetti devozionali, in luo-

<sup>(40)</sup> Cf. ABELLAN, *art. cit.*, pp. 259-261; GUTIERREZ, *art. cit.*, pp. 157-159.



ghi di pellegrinaggi, ecc., in quanto manca l'intenzione di lucro o il fine principale non è lucrativo!.

17. Vi sono stati casi discussi lungamente tra gli Autori. Accenniamo ai principali:

1) Sale cinematografiche: la risposta in genere è per la liceità, purché non siano aperte al pubblico o purché non abbiano come fine principale il lucro <sup>(41)</sup>.

2) Le tipografie: hanno una risposta analoga. Esse sono lecite, se lo scopo non è principalmente lucrativo <sup>(42)</sup>.

3) Il possesso di titoli e l'acquisto di azioni: attorno a tali questioni si è discusso lungamente e diffusamente. La conclusione, fatte salve alcune precauzioni, è stata la risposta positiva per la liceità e la legittimità <sup>(43)</sup>. È lecito comprare le azioni, purché non si diventi soci in senso proprio <sup>(44)</sup> e la società non abbia un fine illecito, e non si assuma il compito amministrativo della stessa società <sup>(45)</sup>.

<sup>(41)</sup> Cf. BERTRAMS, *art. cit.* pp. 234-240.

<sup>(42)</sup> *Ib.*

<sup>(43)</sup> ABELLÀN, *art. cit.*, pp. 252-257; GUTIERREZ, *art. cit.*, pp. 203-206.

<sup>(44)</sup> L'autore così si esprime: « Clericus sit solum actionarius; non autem socius proprie dictus, ideoque non teneatur ultra valorem suarum actionum » (*Id.* p. 257). Egli in proposito cita nella nota 108 il seguente testo di F. Claeys Bouuaert-Simenon, *Manuale Iuris Canonici* (1924) n. 303): « Siquidem interdicitur clericis omnis pars in administratione, omnisque realis participatio negotiationis, nefas ipsis est non tantum munus administrativum assumere, sed etiam partes membri fundatoris alicuius societatis anonymae agere, et multo minus socii responsabilis in societate sic dicta *en commandite*. Ipsis proinde etiam non liceret tantum numerum titulorum seu participationem alicuius negotii (puta fodinae vel viae ferreae) emere aut possidere, ut quasi necessario in omnibus rei periculis, lucris et sollicitudinibus implicarentur ».

<sup>(45)</sup> Può essere utile riportare tutto il testo dell'Autore sulle condizioni perché ad un chierico sia lecito possedere le azioni delle società: « Conditiones autem ut licitum sit clericis actiones societatum habere enumerantur:

1a Clericus sit solum actionarius; non autem socius proprie dictus, ideoque non teneatur ultra valorem suarum actionum.

2a Societas nullum finem habeat illicitum vel suspectum.

3a Neque clericus in illa societate administrationis partem suscipiat.

Ideo exigitur saepe ut clericus non intersit, neque per se neque per alium eius nomine, conventibus generalibus sociorum in quibus negotia aguntur.

Hoc tamen ab aliis restringitur, ita ut licitum sit partes habere in electionibus gestororum Societatis ut tales administratores boni sint.

4a Neque actionum negotiationem exercent, et abstineat praesertim a speculationibus aleatoriis.



4) Gli autori in genere condannano la *negotiatio cambiaria*, intesa come attività a cui si dedica chi è addetto al cambio; la maggioranza di tali operazioni infatti non sono che *negotiatio quaestuosa*, attraverso titoli o moneta <sup>(46)</sup>. Ma in queste come in altre operazioni si devono tenere presenti i criteri dottrinali esposti: una cosa è dedicarsi all'attività cambiaria, altro data l'occasione e l'opportunità cambiare monete e titoli, per trarne un vantaggio economico. Si deve esaminare se si tratta di un vero esercizio commerciale fatto unicamente a scopo lucrativo o che comunque non può avere oggettivamente altro significato se non quello speculativo e lucrativo.

Ma, nella prospettiva della presentazione della nuova legislazione, non appare necessario entrare ulteriormente nella casistica.

### III. *La normativa attuale* (CIC 1983).

1. Il can. 286 riproduce alla lettera il can. 142, tranne una novità di grande rilievo; ossia l'aggiunta finale « *nisi de licentia legitima auctoritatis ecclesiasticae* ». Tale aggiunta trasforma profondamente la stessa legge. Mentre la proibizione nel codice precedente era assoluta e quindi l'autorizzazione comportava una dispensa dalla stessa legge; oggi la proibizione consiste solo nel divieto di esercitare la mercatura senza permesso: ossia la proibizione non riguarda la mercatura in quanto tale, ma il suo esercizio senza la *licenza della legittima autorità* <sup>(47)</sup>.

---

Licet tamen clericis actiones, uti et obligationes, emere et carius vendere, non tantum una alterave vice, sed saepius prout opportunitas fert, dummodo in iis non excedat limites negotiationis oeconomicae, secundum prudens timoratorum iudicium.

Successivae enim istae commutationes titulorum, hodie non sunt nisi eiusdem patrimonii vel pecuniae iteratae collocationes ad fructum, apud societates magis favorabiles.

Sunt qui aliam conditionem addant, nempe ut agatur de societate iam constituta, non autem de societate condenda.

Haec distinctio, ait Ojetti, ideo ab aliquibus inducta est, quia videbatur ipsis maior praeseferri lucri cupiditas in eo qui societatem constituit, quam in eo qui constitutam societatem ingreditur; et quia societatem constituere vere est negotiari, constitutam societatem ingredi a prohibita negotiatione excusari. Verum hoc discrimen in statu societatis non immutat naturam ipsius et aequalem videtur actionem ponere ille qui pecuniam suam confert societati constitutae, ac ille qui eam dat societati constituendae. Idem dicendum videtur de cupiditate lucri quae eadem est in utraque » (*Id.*, p. 257-259).

<sup>(46)</sup> Cf. VERMEERSCH, *o.c.*, p. 263, n. 260.

<sup>(47)</sup> A rilevare la novità, ci permettiamo di rinviare ad un altro caso del codice: ossia la proibizione dei matrimoni misti; mentre nel precedente codice i matrimoni

2. L'atto in sé non è proibito, ma è proibito l'atto senza il permesso del superiore. Il permesso del superiore non è propriamente una dispensa e quindi una ferita alla legge, ma un atto per l'adempimento della stessa legge. La concessione della licenza non è un atto amministrativo qualificabile come atto di dispensa; non rientra propriamente nella legislazione che regola la dispensa stessa. Una conseguenza di particolare rilievo sta nel fatto che una dispensa data senza causa sufficiente è invalida, non altrettanto si può dire per una autorizzazione o licenza <sup>(48)</sup>. In base a tale prima osservazione, si deve concludere che propriamente oggi non esiste più la proibizione di esercitare la mercatura, ma esiste piuttosto la legge di non esercitare la mercatura se non con la licenza della legittima autorità competente.

3. Si pone il problema di sapere quale sia la legittima autorità competente a dare la licenza. C'è chi afferma semplicemente: « La proibizione non è assoluta, ma ammette la possibilità di una speciale autorizzazione da parte della competente autorità ecclesiastica: il vescovo diocesano, per i chierici secolari e per i religiosi di diritto diocesano; il proprio Superiore maggiore, per i religiosi di diritto pontificio, anche se si tratti di istituti laicali (can. 672) » <sup>(49)</sup>. Altri invece

---

misti erano proibiti in quanto tali e perciò esisteva l'impedimento di mista religione, oggi essi sono proibiti nel senso che per contrarli occorre la licenza del legittimo superiore (cf. cf. can. 1124).

<sup>(48)</sup> Non si può pertanto convenire con quanto scrive Chiappetta, L.: « L'autorizzazione dell'Ordinario costituisce per altro una *deroga* ad un formale divieto di carattere generale. Non può dunque essere concessa con facilità, ma si richiede, nel caso concreto, una "causa giusta e proporzionata" ai sensi del can. 90,1 » (vol. I, n. 1498, p. 300).

<sup>(49)</sup> L. CHIAPPETTA, *Il codice di diritto canonico*, vol. I, o.c., n. 1498, 6°. Il rinvio fatto dall'autore al can. 672 sembra dovuto al fatto che in questo canone leggiamo la seguente conclusione: « in institutis laicalibus iuris pontificii, licentia de qua in can. 285,4, concedi potest a proprio Superiore maiore ». Andrés Gutiérrez, D., ne esplicita anche la ragione, precisando a proposito della licenza della legittima autorità, quanto segue: « Se interpreta, por analogia con el c. 285,4, como en el caso de los cargos y oficios económicos: puede otorgarla el superior mayor competente, en todos los IVCR clericales y laicales de derecho pontificio; en el resto, el Ordinario del lugar. No es necesario ni idóneo que el derecho propio de los primeros otorgue potestad cumulativa al Ordinario del lugar; es, en cambio, acertado que los segundos, además de la del Ordinario del lugar, exijan la del competente superior interno » (*El derecho de los Religiosos*, 1983, Roma, p. 488, n. 683). Dello stesso parere è anche B. PRIMETSHOFER, (*Ordensrecht*, nuova edizione ampliata, Friburgo in Br,

sono del parere che l'autorità legittima competente a dare la licenza sia la Sede Apostolica, senza alcuna distinzione, o, secondo altri, per lo meno per gli istituti di diritto pontificio <sup>(50)</sup>.

S'impone in proposito una riflessione. Il can. 672, dopo aver esteso ai religiosi alcuni obblighi propri dei chierici, precisa che l'autorità competente a dare la licenza, per i casi di cui al can. 285 § 4, è il superiore maggiore se si tratta degli istituti di diritto pontificio. Si tratta dell'estensione ai superiori maggiori degli istituti laicali di diritto pontificio di un potere che il can. 285 § 4 concede esplicitamente ad ogni Ordinario, e quindi ad ogni superiore maggiore di un istituto clericale di diritto pontificio <sup>(51)</sup>.

Pensiamo che la questione abbia bisogno di una ulteriore riflessione. La nuova legislazione, rispetto a quella precedente, contiene due novità, in quanto non vieta propriamente la mercatura, ma richiede per il suo esercizio la licenza, e in quanto la licenza spetta alla autorità competente. Il problema è di sapere quale è questa autorità competente. Non sembra essere in genere il superiore maggiore degli istituti religiosi, in quanto il can. 672 afferma chiaramente che ai superiori maggiori degli istituti laicali di diritto pontificio la facoltà di dare la licenza spetta solo in relazione al can. 285 § 4: di fatto i superiori maggiori degli istituti laicali, anche se di diritto pontificio non sono ordinari (cf. can. 134). Essi non rientrano nella categoria delle autorità competenti, in quanto tali superiori non hanno alcun potere di governo, ossia di giurisdizione, neppure esecutiva, e pertanto non sono ordinari. I superiori maggiori invece degli istituti clericali di diritto pontificio appartengono alla categoria degli ordinari: questi, proprio in quanto godono almeno di una potestà di governo in foro esterno esecutiva rientrano nella categoria dell'autorità competente ecclesiastica. Ciò significa che i superiori maggiori sono

---

1988), il quale a proposito dell'autorità competente a dare la licenza scrive: « Fuer Ordenspersonen ist die rechtmässige kirchliche Autoritaet der hoehere Obere » (p. 154).

<sup>(50)</sup> Scrive E. GAMBARI: *La legittima autorità che per i religiosi può permettere la negoziazione o la mercatura deve essere la Santa Sede (I Religiosi nel codice*, Ed. Ancora, Roma, 1986, p. 307, nota 99). Il P.J. Beyer, a sua volta, afferma: l'autorità legittima competente a dare la licenza è « la Santa Sede per gli istituti pontifici, il vescovo del luogo per gli istituti diocesani. Tale autorizzazione è implicita nelle costituzioni che stabiliscono che i religiosi, soprattutto monaci e monache, vivano del loro lavoro manuale, della vendita di prodotti di alcuni lavori » (p. 370).

<sup>(51)</sup> Cf. can. 134 § 1.

inclusi nella categoria dell'autorità competente a dare la licenza di cui al can. 286, ma non senza qualche distinzione. Ma non pare che il codice voglia riferirsi all'autorità interna dell'istituto. La licenza dovrebbe essere rilasciata pertanto dalla Santa Sede. A maggior ragione se si tratta di istituti laicali. Per gli altri istituti invece sarebbe competente l'Ordinario del luogo, in quanto autorità competente a livello gerarchico nei loro confronti.

Ora non si comprende come da tale estensione, già per sé molto limitata, si possa dedurre, per analogia, in modo generale, l'applicazione al can. 286. In proposito vanno fatte le seguenti osservazioni: 1) Il codice, in continuità con la tradizione canonica e con il codice precedente, ha distinto e separato, facendone un canone a parte, la proibizione di esercitare la mercatura o il commercio, da altre proibizioni, come quelle dei cann. 285, 287, 289: per la proibizione dell'esercizio del commercio il legislatore ha ravvisato delle motivazioni specifiche che non rientrano in quelle che sono all'origine delle altre proibizioni, altrimenti non avrebbe avuto motivo per farne una norma a parte. Per di più il can. 286 ha un corrispettivo canone penale per i violatori<sup>(52)</sup>. 2) Per le proibizioni del can. 285 § 4 è detto espressamente che l'autorità competente è l'ordinario, a norma del can. 134 § 1. 3) Il can. 672 estende la facoltà di dare la licenza solo per le proibizioni contenute nel can. 285 § 4. 4) Non vediamo pertanto argomenti validi per sostenere l'affermazione fatta dagli Autori che identificano l'autorità competente a dare la licenza per esercitare la mercatura nel superiore maggiore.

4. Altra novità di rilievo, piuttosto esterna, riguarda le sanzioni penali, che sono drasticamente ridotte: sono abolite tutte le *pene latae sententiae*. È rimasta soltanto una pena *ferendae sententiae* indeterminata, anche se obbligatoria<sup>(53)</sup>.

5. Un'ultima novità riguarda infine i soggetti: non vi sono compresi i membri degli istituti secolari, come pure risultano esclusi i membri delle società di vita apostolica, in quanto il can. 672 fa il rinvio al can. 286 soltanto per i religiosi. La proibizione tuttavia riguarda non solo i religiosi come singoli, ma gli istituti stessi.

---

<sup>(52)</sup> Cf. 1392.

<sup>(53)</sup> Cf. can. 1392.

6. Ciò detto, si deve subito affermare che per quanto riguarda il contenuto della norma del can. 286 esiste una profonda continuità con la legislazione precedente. Conseguentemente dobbiamo rifarci alle fonti precedenti come alla dottrina precedente per intendere il significato di « *negotiatio* » e di « *mercatura* ». Tuttavia, in base a quanto abbiamo rilevato precedentemente, non è più necessario ricordare la casistica esasperata della dottrina precedente, proprio perché le novità introdotte, oltre che mitigare la norma stessa, tengono presente anche il nuovo spirito che la anima e la nuova realtà rispetto al commercio.

In tale linea ci sembra che si muovesse già la riflessione e la più avveduta dottrina prima del codice.

7. Per intendere il senso della *negotiatio* o della *mercatura* del can. 286 è necessario rifarsi alla dottrina del codice precedente, quale abbiamo cercato di individuare nel presente studio. Qualora si tratti dell'esercizio della *negotiatio quaestuosa* proprie dicta o della *negotiatio industrialis* ad essa equiparata è necessaria la licenza dell'autorità competente. Il superiore che dovrà dare tale licenza, dovrà valutare la richiesta, rifacendosi alla dottrina esposta sulla *negotiatio* e ai criteri orientativi emersi. Non ci sfugge però la difficoltà. Di fatto la diversa natura della *licenza* per l'adempimento della legge e della *dispensa* per la sua cessazione sposta profondamente il significato della norma e della proibizione. Scrive Bertrams: « *Licentia superioris, quae interdum ad actum iuridicum legitime ponendum requiritur, non significat esse magis conveniens non ponere talem actum; immo, interdum agitur de actu omnino necessarie ponendo, de actu utilissimo pro ipso bono Ecclesiae. Necessitas petendi licentiam urgetur tantum, ut actus quamcumque ob causam ponatur dependenter a superiore. E contra dispensatio est vulnus legis. In casu requisitae licentiae dici potest, quod habita licentia actus eo ipso legitime poni potest; in casu vero requisitae dispensationis utique etiam legitime poni potest actus; attamen dispensatio ordinarie, habitualiter dari non deberet* »<sup>(54)</sup>, ed occorre sempre una causa ragionevole proporzionata, altrimenti la dispensa stessa è invalida<sup>(55)</sup>.

---

<sup>(54)</sup> BERTRAMS, *art. cit.*, p. 233.

<sup>(55)</sup> Cf. can. 90 § 1.



Nel corso della storia assistiamo ad una involuzione: nel corso del tempo la proibizione della *negotiatio* è venuta precisandosi con criteri autonomi, in base all'elemento specificante del lucro, da altre proibizioni emanate per coloro che vivono nello stato clericale e religioso. Il can. 142 del 1917 pertanto distingueva la proibizione dell'esercizio della mercatura da altre proibizioni. La proibizione della mercatura per chierici e religiosi era assoluta: per superarla era necessaria una dispensa dalla stessa legge, regolata dalla legislazione riguardante l'atto amministrativo della dispensa. Oggi sembra che, anche se formalmente la proibizione della mercatura viene presentata come distinta da altre proibizioni, in realtà da un punto di vista legale viene assimilata o avvicinata, almeno sotto alcuni profili, alle altre proibizioni come quelle contenute nei cann. 285, 287, 289. Non si tratta di proibizioni assolute, ma di proibizioni che vietano di dedicarsi a quelle attività o di esercitarle, senza il permesso o la licenza dell'autorità competente.

Il passo compiuto dal legislatore è stato veramente grande. Tutto questo potrebbe creare qualche difficoltà, se le autorità competenti non vigileranno con debita diligenza e se nel dare le eventuali autorizzazioni non saranno guidate da un sano discernimento. La legittima autorità, nel valutare l'opportunità o meno di una licenza, dovrà verificare non solo se l'attività lucrativa sia ammissibile o meno, ma anche se tale attività è compatibile in certi casi con lo stato sacerdotale o religioso. Di fatto l'attività commerciale lucrativa, sotto altri profili, può facilmente rientrare anche, almeno per quanto riguarda religiosi, nell'ambito della povertà e della obbedienza <sup>(56)</sup>.

Nel chiudere questo studio, possono essere utili alcune osservazioni:

1) La questione dell'esercizio del commercio da parte dei chierici e dei religiosi, anche se non deve essere demonizzata, riveste ancora oggi un'importanza di estrema importanza e va trattata con molta oculatezza e cautela. I motivi che stanno alla base della proibizione della Chiesa e che abbiamo evidenziato nella parte iniziale di questo studio sono ancora validi e non possono assolutamente essere facilmente disattesi, senza incorrere in gravi danni.

2) In modo particolare, non si può dimenticare che nell'investimento dei beni da parte dei religiosi nelle società commerciali, tali

---

<sup>(56)</sup> Cf. cann. 600, 601, ecc.



beni, che pure sono ecclesiastici, di fatto possono venire a trovarsi in una situazione nella quale la competente autorità ecclesiastica non può esercitare più, almeno in modo adeguato, il suo potere di vigilanza. In alcuni casi il ruolo del superiore e quello dell'amministratore non possono essere svolti secondo le previsioni della legislazione canonica: essi possono trovarsi addirittura rovesciati, a seconda che ci poniamo nella prospettiva della legge canonica e di quella civile.

3) Può e deve destare una certa attenta e premurosa vigilanza il fatto che nell'investimento dei beni degli istituti religiosi nelle società commerciali noi veniamo a trovarci in una situazione nella quale il sistema legislativo delle società commerciali, previsto precisamente per società a scopo di lucro, viene applicato ai beni dei religiosi, i quali devono rispondere a finalità difficilmente compatibili ed armonizzabili con quelle delle società commerciabili. Come si può applicare ai beni degli istituti religiosi l'abito previsto dal legislatore per società commerciali senza attentare alla loro stessa natura e quindi metterne in pericolo la loro stessa identità o offuscarne la testimonianza?

4) Infine, va pure rilevato il fatto che la logica delle società commerciali difficilmente può conciliarsi con quella propria degli istituti religiosi, anche per quanto attiene la stessa amministrazione dei beni, la loro fruttificazione e il loro impiego. La logica inesorabile del profitto può portare ad una situazione di concorrenza per la sopravvivenza che può andare al di là delle possibilità di un effettivo controllo da parte della autorità competente.

Tutto questo deve indurre ancora una volta a sottolineare la necessità di oculatezza, ponderatezza e prudenza. Pur consapevoli che i beni sono un dono di Dio per la realizzazione dell'uomo e per i fini della Chiesa, non possiamo dimenticare che essi portano in sé i segni dell'ambiguità propria dell'uomo; anzi sono spesso il luogo privilegiato dove la debolezza, la fragilità, l'egoismo e la miseria dell'uomo si esprimono, con danni incalcolabili. Vale la pena richiamare il testo paolino: « L'attaccamento al denaro è la radice di tutti i mali; per il suo sfrenato desiderio alcuni hanno deviato dalla fede e si sono da se stessi tormentati con molti dolori » (1 Tm 6, 10).

*V. De Paolis*

LE *IUS REMONSTRANDI*.  
DROIT FONDAMENTAL OU ABERRATION  
DE LA DOCTRINE CANONISTE?

Dans plusieurs pays la lettre apostolique *Ordinatio sacerdotalis* a provoqué des remous. Durant quelques semaines les réactions contre le document émanant du Saint-Père se sont succédées dans les filières classiques du genre: les colonnes des journalistes, le « courrier des lecteurs » des journaux bienpensants, la presse d'opinion des mouvements religieux et les publications non-scientifiques du monde universitaire. En Belgique plusieurs professeurs de l'Université néerlandophone de Louvain (K.U. Leuven) ont consacré à *Ordinatio sacerdotalis* des communiqués de presse destinés aux massmedia. Parmi eux des juristes et un canoniste. La réaction de ce dernier a retenu particulièrement notre attention, puisque elle incitait les évêques de Belgique à faire usage de leur *ius remonstrandi* pour suspendre et amender l'exclusion des femmes du sacrement sacerdotal (\*). Cette notion de *ius remonstrandi* était surprenante. Voilà une notion qui semble empruntée à la panoplie du canoniste de la Grande Époque, ayant le charme des expressions latines, mais qui en fait ne veut rien dire. Dans cette brève contribution nous remontons à l'origine de ce *ius remonstrandi* et consacrons quelques remarques au danger de se forger des néologismes sans y prendre garde. L'affirmation d'un soi-disant *ius remonstrandi* cache en outre une méprise sur la portée de la norme canonique.

Le terme de remontrance dans son acception de critique envers les édits du prince, remonte au Moyen-Âge français. Dès le quatorzième siècle le Parlement de Paris, qui devait enregistrer les ordonnances royales, prit l'habitude d'adresser au roi des « remontrances », toujours secrètes, sur l'opportunité des mesures prises. En attendant la réponse royale, le Parlement surseyait à l'enregistrement

---

(\*) Le Professeur R. TORFS, dans *De Standaard*, 4-5 juin 1994, 1; nous avons répondu dans le *Standaard* du 18-19 juin 1994, 8.

de l'édit. Après l'épisode de la Fronde parlementaire (1648), Louis XIV prescrit en 1673 l'enregistrement immédiat, le Parlement ne gardant le droit de faire d'« humbles remontrances » qu'après l'enregistrement <sup>(1)</sup>. Au dix-septième siècle le terme a gagné la Hollande, où en 1610 Grotius et Simon Episcopius adressent leur Remontrance aux États de Hollande, et l'Angleterre, où Pym présente en 1641 à la Chambre des communes la Grande Remontrance, texte énumérant les actes despotiques et illégaux commis par Charles I<sup>er</sup>. Dans ces derniers exemples, personne ne parle du *droit* de remontrance. Les Assemblées d'États formaient un cadre institutionnel suffisant pour assurer le droit à la parole et la question de l'ajournement d'un édit n'y était pas en jeu. Du droit de remontrance de la fin du Moyen-Âge, le droit d'aviser le roi, il ne restait qu'un beau vocable pour se plaindre du prince.

Une traduction latine — *remonstratio*, *remonstrare* n'existent pas en latin et ne figurent chez DU CANGE que comme traduction de mots français — ne pouvait manquer dans les écrits des canonistes de l'époque. E. LABANDEIRA nous a donné un bel aperçu de passages où le mot revient chez les canonistes <sup>(2)</sup>. La remontrance des canonistes prend une toute autre allure que celles des parlementaires. Les auteurs de la Seconde Scholastique l'appliquent au refus d'un évêque de promulguer dans son diocèse une décision d'un concile général ou une décision papale. Depuis le Moyen-Âge le statut de ce refus avait été traité comme un appel contre une décision du pape. Les processualistes médiévaux avaient comparé ce refus aux deux cas prévus dans le droit romain où l'on pouvait aller en appel contre l'empereur: l'appel contre un rescrit et la supplique contre un décret <sup>(3)</sup>.

(1) Voir e.a. M. MOURRE, *Dictionnaire encyclopédique d'histoire*, s.v. *Parlement*, éd. Paris 1989, col. 3537-3538.

(2) E. LABANDEIRA, *La « remonstratio » y la aplicación de las leyes universales en la iglesia particular*, dans *Ius Canonicum* 1984, 711-740. En bon hispanophile E.L. met bien en lumière le rôle que Francisco Suarez a joué dans la propagation de la notion, mais ne cite ni le grand louvaniste Leonard Lessius ni Luis de Molina qui ont été les grands inspirateurs du grand « remonstrant » Grotius. Une bibliographie récente concernant de Lessius figure dans l'étude de T. VAN HOUTD sur l'éthique économique de Lessius, doctorat K.U. Leuven, Louvain 1995; sur Lessius et Grotius, voire les publications de R. FEENSTRA mentionnées par VAN HOUTD.

(3) Voir E. LABANDEIRA (note précédente). Concernant la supplique contre une décision du conseil impérial et l'appel contre un rescrit, voir A. PADOA SCHIOPA, *Ricerche sull'appello nel diritto intermedio*, I, Milan 1967, 20 et II: *I glossatori civilisti*, Milan 1970, 92 sqq.

Comme en matière d'appel en droit romain, durant la période d'opposition et jusqu'au prononcé de la sentence ultime, la décision était suspendue dans le diocèse de l'évêque récalcitrant. Les canonistes d'avant le vingtième siècle ne mettaient pas en doute qu'un évêque pouvait refuser la promulgation d'une norme générale. Leur problème n'était pas de savoir si les évêques pouvaient s'opposer à Rome, mais bien de savoir comment gérer en pratique ce genre de conflits. Dès lors aucun canoniste d'avant le vingtième siècle n'a dû affirmer qu'un évêque eut un *ius remonstrandi*. Ce « droit » n'aurait d'ailleurs pas trouvé sa place dans la hiérarchie des normes du droit canonique des Temps Modernes. Au dix-septième siècle le droit canon a perdu dans beaucoup de communautés juridiques de l'Occident son important rôle dans les conflits juridiques temporels. Dans les pays où le droit matrimonial de l'Église n'était plus reconnu, la norme canonique a été reléguée au monde éthico-religieux et à la doctrine juridique. Les sources du droit canon et sa hiérarchie des normes n'ont cependant pas cessées d'être ceux du *ius commune*. Dans la doctrine le pape continue à répondre aux prérogatives de l'empereur romain. La position des évêques continue à être déterminée tantôt par le premier titre du Code de Justinien et tantôt par des principes empruntés à la doctrine du droit féodal selon lesquels les évêques jouissent dans leur diocèse de la souveraineté des seigneurs, *principes in regno suo*. Un *ius* en tant que droit subjectif n'existe pas dans la doctrine civiliste avant Grotius<sup>(4)</sup>. À partir de la Contreréforme la doctrine juridique des états nationaux et celle de l'Église se séparent de plus en plus. Ainsi p.e. le droit canon n'adopte ni le légalisme ni le constitutionalisme qui se développent dans la jurisprudence continentale. Il continue de se développer à l'occasion de conflits concrets. Il continue à être absent lorsque aucun conflit ne se présente. C'est se tromper de science que d'affirmer que les canonistes ont établi l'existence d'un *ius remonstrandi* et ont fondé ce *ius* dans les décrétales *Si quando* (X. 1,3,5) et *Cum teneamur* (X. 3,5,6)<sup>(5)</sup>. C'est pourquoi nous avons souligné ailleurs

(4) M. VILLEY a essayé pendant longtemps de faire remonter les droits subjectifs au quatorzième siècle. Voir p.e. son *Cours d'histoire de la philosophie du droit*, II: *La formation de la pensée juridique moderne (le franciscanisme et le droit)*, Paris, 1963, 225-276. Il est pourtant plus sûr de ne pas croire à l'introduction des droits subjectifs avant l'apparition de leur vocable dans l'oeuvre de Grotius.

(5) Comme le fait p.e. R. TORFS, *Ordinatio sacerdotalis*, *Kanttekeningen bij een definitief afgesloten discussie*, dans *Onze Alma Mater* (Louvain) 94/3, 282-302, 294.

qu'il est dépourvu de sens de parler d'un *ius remonstrandi* dans le droit canon (6).

Le soi-disant *ius remonstrandi* apparaît pour la première fois en 1911 dans une étude de HARING (7), à une époque où s'annonçait déjà la glorieuse descente de la canonistique. HARING nomme *ius remonstrandi* l'ancienne *supplicatio* d'un évêque en désaccord avec une décision papale. Il semble mal connaître une institution existant depuis des siècles en écrivant que « *wegen Gleichheit des Grundes sehen die Kanonisten allgemein darin auch ein Remonstrationsrecht gegen päpstliche Gesetze, welche für einzelne Territorien sich als unpassend oder gar als schädlich erweisen* » (8). Il renvoie à SUAREZ et REIFFENSTUEL, mais ne précise pas où il a trouvé le terme de *ius remonstrandi*. En fait il s'est inspiré d'auteurs comme SCHULTE et HINSCHIUS qui utilisaient en allemand le mot *Remonstrationsrecht* comme traduction de *supplicatio* (9). Le pas de la *remonstratio* du dix-huitième siècle à ce « Remonstrationsrecht » se comprend aisément dans le cadre intellectuel de la Pandektistik allemande du dix-neuvième siècle, qui cherchait derrière chaque moyen de procédure un droit subjectif, et à l'époque de Pie IX, où concevoir la moindre forme d'opposition au souverain pontif exigeait d'amples préambules. Ce « Remonstrationsrecht » ne s'insère pas sans couture dans la tradition du droit canon, ni dans d'autres cultures juridiques que la Pandektistik allemande. Elle est sans fondement dans notre droit canon post-conciliaire qui a renoué avec la tradition de la primauté de l'autorité des évêques.

HARING a pourtant eu raison de l'histoire, et bien par cette grande maxime qui est à l'origine des trois quarts de la doctrine canoniste: *semel dictum, semper dictum*. Recevoir un nom latin équivaut dans la doctrine canoniste à faire son entrée dans la Grotte de Platon: puisque la notion existe, on cherche à la spécifier. Après HA-

(6) Voir l'article dans le *Standaard* (voir note 1). R. TORFS, *Ordinatio sacerdotalis* (note précédente), 302 n. 30 prétend que nous rompons à ce sujet « le consensus de la communauté des canonistes ».

(7) J. HARING, *Das bischöfliche Vorstellungsrecht gegenüber dem apostolischen Stuhle*, in: *Archiv für katholisches Kirchenrecht*, 1911, 111-114. Cf. son article *De iure remonstracionis episcoporum contra leges et mandata sedis apostolicae*, dans *Miscellanea Vermeersch*, *Analecta Gregoriana* 9-10, I, Rome 1935, 321-326.

(8) J. HARING, *Das Vorstellungsrecht* (note précédente), 111.

(9) P. HINSCHIUS, *System des katholischen Kirchenrechts*, III, Berlin 1888, 786, n. 1, qui renvoie à SCHULTE.



RING plusieurs auteurs ont repris sans aucune mise en cause son *ius remonstrandi* et sa distinction entre ce prétendu droit subjectif d'un évêque et la supplique <sup>(10)</sup>. Des savants contemporains analysent ce *ius remonstrandi* issu des méprises de leurs prédécesseurs. Récemment encore K. WALF écrit que le *ius remonstrandi* implique le droit des évêques de faire des propositions au pape <sup>(11)</sup>, ce qui fait preuve d'une bien piètre image de nos apôtres. R. TORFS réussit à déduire du *ius remonstrandi* que les évêques peuvent ordonner des femmes prêtres: ils peuvent suspendre une décision papale, donc mettre en pratique ce que le souverain pontif a voulu éviter <sup>(12)</sup>.

Cette dernière idée évoque un débat et une cognition qui dépassent le domaine du droit canon. Abstraction faite de la faute que l'on y commet contre l'histoire de la suspension d'une décision papale — elle prolonge la situation antérieure et ne crée pas de nouvelles normes — il faut se poser la question de savoir de quoi s'occupe le canoniste moderne. Il y a lieu de réfléchir sur la méthodologie du droit canon. Le physicien qui assiste à un brillant exposé d'un collègue qui essaie de lui prouver que l'eau remonte les pentes, ne doit-il pas mettre en cause la méthodologie de son pair? Le canoniste qui croit déduire *more geometrico* d'une expression latine pétrifiée au début de notre siècle la licéité du sacerdoce féminin, fait preuve d'un manque de réalisme qui est plus déroutant que l'idée du sacerdoce féminin. En effet, les conclusions inattendues, les controverses, les *dissenting opinions* sont nécessaires au progrès de la science et la liberté académique tend à les préserver. Mais peut-on recourir aux syllogismes pour déduire les vérités canoniques de la Vérité canonique?

La méthodologie d'une science se déduit du but à atteindre. Depuis le congrès mémorable de Pampelune sur *La norma en el*

---

(10) Ainsi p.e. P. MAROTO, *Commentarium Iuris Canonici*, I, Rome 1921, 193-194; L. DE LUCA, *Lo ius remonstrandi contro gli atti legislativi del Pontefice*, dans *Scritti in onore di V. Del Giudice*, I, Milan 1953, 245-273; P.G. CARON, « *Ius remonstrandi* » ed appello per abuso nella dottrina dei canonisti, dans *Studi in onore di Pietro Agostino d'Avack*, Milan 1976, 539-540; R. TORFS, *Ordinatio sacerdotalis* (voir n. 6).

(11) K. WALF, *De receptie van het recht in de Kerk*, dans *De dynamiek van het recht in de Kerk*, éd. par le Werkgroep Nederlandstalige canonisten, Louvain 1985, 120.

(12) R. TORFS, dans *De Standaard* (note 1).



*derecho canonico* <sup>(13)</sup>, où *noua et uetera* se sont rencontrés, la doctrine canoniste semble se profiler autour de trois pôles: 1. Assurer le cadre institutionnel dans les pays où certaines matières du droit canon sont toujours reconnues comme droit actuel. — 2. Composer les règles de jeu de la *Communio-Lebensform* <sup>(14)</sup>. — 3. Étudier le phénomène de la réception juridique dans l'Église <sup>(15)</sup>. Le premier point ne concerne pas les pays du Nord de l'Europe. P.ex. le droit matrimonial canonique n'y concerne pas l'ordre juridique, mais la vie en communauté chrétienne. Le deuxième point demande aux canonistes d'écouter les théologiens et hommes d'Église et de cristalliser les convictions de ceux-ci en langage performatif. Le troisième but est vieux comme la science du droit canon et est en passe de redevenir le plus important. L'Église latine s'est formée en une profonde osmose avec le monde romain et y a puisé une grande partie de sa normativité. Les institutions de l'Église ont eu des moules romaines. La réflexion des Pères latins de l'Église concernaient le modèle romain. L'université médiévale a accentué l'acculturation de la *christianitas* à la *romanitas*, en étudiant le modèle romain de différentes façons. Les moralistes étudiaient l'héritage des pères latins, les canonistes la continuation du droit romain par l'Église, les légistes le droit des empereurs chrétiens. Beaucoup de notions dont on croit actuellement qu'elles font exclusivement partie de la tradition chrétienne, trouvent leur origine dans le droit romain de l'antiquité ou du Moyen-Âge. Devant la « déseuropéanisation » de l'Église, il est important d'étudier à fond cette réception de la culture juridique occidentale. Il n'y a que les canonistes qui maîtrisent l'étude de cette genèse juridique de certaines convictions actuelles. Ainsi la formation historique prend-elle une place centrale dans le curriculum du canoniste.

Vu sous cet angle, il n'y a aucun empêchement au fait qu'un canoniste publierait un article impressionnant sur l'origine humaine de la conviction que le sacerdoce soit réservé à la gent masculine, où il analyserait au choix l'influence de l'idéologie militaire, de la respon-

(13) Dont les actes ont été publiés: *La norma en el derecho canonico, Actas del III Congreso internacional de derecho canonico, Pamplona, 10-15 de octubre de 1976*, Pampelune 1979, I: xxxi + 1254 p.; II: xi + 881 p.

(14) Voir à ce sujet p.e. l'article fondamental de Remigiusz SOBĄNSKI, *Recht und Freiheit des in der Taufe wiedergeborenen Menschen*, dans *La norma en el derecho canonico* (note précédente) I, 877-896.

(15) Voir à ce sujet p.e. Y. CONGAR, *La réception comme réalité ecclésiologique*, dans *Revue des Sciences philosophiques et théologiques* 57 (1973), 369-403.

sabilité civile romaine ou d'un machisme historique institutionnalisé par des siècles de normativité canonique... La science du droit canonique n'est soumise à aucune censure et les gens d'Église continuent à la consulter malgré la qualité parfois inégale de ses publications. Les limites d'une science se trouvent cependant dans sa méthodologie. Manier avec une logique tordue des formules latines ne s'inscrit pas dans les bonnes pratiques de la science canoniste. Déduire la possibilité du sacerdoce féminin d'un soi-disant *ius remonstrandi* dépasse les limites du droit canon.

*P. De Pooter et L. Waelkens*

Pagina bianca

LA SANTA SEDE E LA LIBERTÀ RELIGIOSA.  
INTERVENTI PRESSO LA COMMISSIONE  
DEI DIRITTI DELL'UOMO DELL'ONU (1983-1993) (1)

1. Introduzione. — 2. Quadro degli interventi della Santa Sede. — 3. Analisi degli interventi: a) Premessa. b) Dottrina sulla libertà religiosa: fondamento del diritto di libertà religiosa; libertà religiosa, libertà di pensiero e libertà di coscienza; contenuto del diritto di libertà religiosa. c) Valutazione e prospettive dei lavori della Commissione dei Diritti dell'uomo in favore della libertà religiosa.

1. *Introduzione.*

Fra gli aspetti più interessanti delle relazioni fra la Chiesa e la comunità politica vi è quello della presenza della Santa Sede nei rapporti internazionali. La nascita delle attuali organizzazioni internazionali, a livello universale e regionale, ha comportato profonde modifiche in tali rapporti: col passare degli anni è mutata la posizione degli Stati, si è creato un clima di progressiva solidarietà che ha favorito un nuovo diritto sopranazionale che incide sul diritto interno degli Stati. In questo ambito occupa un posto di rilievo l'attività, anche normativa, in favore dei diritti umani, promossa da organismi dipendenti da alcune delle menzionate organizzazioni internazionali, in conformità ai principi che le ispirano e reggono.

L'importanza e il significato delle organizzazioni internazionali non è sfuggita all'attenzione della Chiesa: la sua presenza istituzionale o attraverso le organizzazioni non governamentali cattoliche è un fenomeno in costante crescita in questa seconda metà del secolo (2). Il settore in cui la Chiesa ha ritenuto la sua presenza più ne-

---

(1) Testo della comunicazione presentata al VIII Congresso Internazionale di Diritto canonico organizzato dalla *Consociatio Internationalis Studio Iuris Canonici Promovendo*, celebrato a Lublino, Polonia, dal 14 al 19 settembre 1993.

(2) In parallelo a tale realtà si assiste ad un progressivo interessamento della dottrina. Cfr. M. MERLE-C. DE MONTCLOS, *L'Église Catholique et les relations internationales*, Paris, 1988; S. FERLITO, *L'attività internazionale della Santa Sede*, Milano, 1988; AA.VV., *Le Saint-Siège dans les relations internationales. Actes du collo-*

cessaria e utile è stato proprio quello riguardante i diritti umani. Di fatto la Santa Sede ha cercato di farsi presente in conferenze, riunioni, seminari, organi internazionali dove si trattano questi diritti, dove si preparano documenti normativi, dove infine si lavora per la promozione e la tutela dei diritti dell'uomo.

In queste pagine intendo esaminare un ambito concreto della presenza della Chiesa negli organismi internazionali: gli interventi più recenti degli osservatori della Santa Sede presso la Commissione dei Diritti dell'uomo dell'ONU (CDU) riguardanti il diritto di libertà religiosa<sup>(3)</sup>. Si tratta di un diritto sul quale si sono ripetutamente soffermate sia la CDU sia la Santa Sede. Da questo esame si evince la posizione dottrinale della Chiesa cattolica di fronte a questo diritto umano e il suo contributo all'approfondimento e alla vigenza del suddetto diritto.

## 2. Quadro degli interventi della Santa Sede.

L'azione della Santa Sede in questa materia si inserisce nel quadro generale dell'attività della CDU in favore del diritto di libertà religiosa. Dal momento in cui è stata approvata dall'Assemblea generale dell'ONU la *Dichiarazione sulla eliminazione di tutte le forme di intolleranza e di discriminazione fondate sulla religione o la convinzione* (D81)<sup>(4)</sup>, tale attività si è centrata soprattutto nell'applicazione di questo documento<sup>(5)</sup>. Come si sa, la natura di una dichiarazione è

---

*que organisé, les 29 et 30 janvier 1988, à la Faculté de droit et de science politique d'Aix-en-Provence par le Département des sciences juridiques et morales de l'Institut Portalis, a cura di J.B. D'ONORIO, Paris, 1989 e F. PETRONCELLI HÜBLER, Chiesa cattolica e comunità internazionale, Napoli, 1989.*

(3) Rimangono fuori da questa ricerca sia gli interventi degli osservatori della Santa Sede in materie diverse sia gli altri interventi presso altri organi dell'ONU e presso le altre organizzazioni internazionali. Non sarà nemmeno preso in considerazione l'apporto delle organizzazioni cattoliche internazionali che agiscono presso gli organismi internazionali. Per uno studio più generale dell'attività svolta dalla Santa Sede presso l'ONU, cfr. J. MULLOR, *Le Saint-Siège, l'ONU et la liberté religieuse*, in AA.VV., *La liberté religieuse dans le monde. Analyse doctrinale et politique*, a cura di J.B. D'ONORIO, Campin (Belgique), 1991, p. 83-114.

(4) Fu approvata il 25 dicembre 1981. Il testo si trova pubblicato in *Codice di diritto ecclesiastico*, a cura di R. BOTTA, Milano, 1990, p. 39-42. Sui limiti della D81 messi in evidenza dalla Santa Sede, cfr. J. MULLOR, *Le Saint-Siège, l'ONU et la liberté religieuse*, cit., p. 91-94.

(5) Prima del 1981, la CDU ha dedicato numerosi sforzi all'elaborazione di tale Dichiarazione e di un progetto di convenzione sulla stessa materia. Su questi aspetti, cfr. A. BUGAN, *La comunità internazionale e la libertà religiosa*, Roma, 1965;

diversa da quella di un patto o convenzione: il suo valore morale è molto elevato, non così il suo valore giuridico. Tale realtà ha spinto la CDU ad intraprendere un insieme di attività tendenti alla diffusione della conoscenza e all'applicazione della D81. Forse la più significativa fra esse<sup>(6)</sup> è stata la nomina di un Relatore Speciale, Angelo Vidal d'Almeida Ribeiro, il cui compito fondamentale è stato quello di presentare ogni anno un rapporto sull'applicazione della Dichiarazione<sup>(7)</sup>, compito portato a termine regolarmente. La CDU ha esaminato tali rapporti nelle sue sessioni ed ha rinnovato diverse volte il mandato del Relatore speciale<sup>(8)</sup>. Nel periodo compreso fra il 1983 e il 1993 la Santa Sede

---

J. CORRIENTE DE CÓRDOBA, *El proyecto de Convención Internacional de las Naciones Unidas sobre eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o creencia*, in «Ius Canonicum» 12 (1972), p. 121-148; M. LALIGANT, *Le projet de convention des Nations Unies sur l'élimination de toutes les formes d'intolérance religieuse*, in AA.VV., *La protection internationale des droits de l'homme*, Bruxelles, 1977, p. 105-136; P. MONNI, *ONU quale libertà? Trent'anni di dibattito sulla libertà religiosa*, Roma, 1979; L. NAVARRO, *Proyectos de Declaración y de Convención internacional sobre eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o creencia*, in «Ius Canonicum» 21 (1981), p. 809-888; N. LERNER, *Toward a draft Declaration against religious intolerance and discrimination*, in «Israel Yearbook of Human Rights» 1981, p. 82 ss; e L. BRESAN, *Libertà religiosa nel diritto internazionale*, Padova, 1989, p. 19-208.

<sup>(6)</sup> Fra le altre iniziative è da segnalare il *Seminar on the encouragement of understanding, tolerance and respect in matters relating to freedom of religion or belief*, organizzato dal Centro per i Diritti umani delle Nazioni Unite, tenutosi a Ginevra (3-14.12.1984) (ST/HR/SER.A/16). La Santa Sede, che era stata invitata a parteciparvi, ha preparato un documento di lavoro e ha inviato un esperto, in qualità di osservatore. Nei riferimenti ai documenti dell'ONU farò uso del sistema ufficiale di sigle e numeri adoperato da questa organizzazione.

<sup>(7)</sup> E/CN.4/1987/35; E/CN.4/1988/45; E/CN.4/1989/44; E/CN.4/1990/46; E/CN.4/1991/56; E/CN.4/1992/52; e E/CN.4/1993/62.

<sup>(8)</sup> Cfr. le seguenti risoluzioni della CDU: 1986/20, del 10 marzo 1986, in E/CN.4/1986/65, p. 55-56; 1987/15, del 4 marzo 1987, in E/CN.4/1987/60, p. 58-61; 1988/55, del 8 marzo 1988, in E/CN.4/1988/88, p. 122-125; 1989/44, del 6 marzo 1989, in E/CN.4/1989/86, p. 113-116; 1990/27, del 2 marzo 1990, in E/CN.4/1990/94, p. 77-80; 1991/48, del 5 marzo 1991, in E/CN.4/1991/91, p. 113-116; e 1992/17, del 21 febbraio 1992, in E/CN.4/1992/84, p. 55-58. Le prime quattro risoluzioni sono state pubblicate anche in *Codice di diritto ecclesiastico*, cit., p. 45-55. Sull'attività della CDU in questo periodo, cfr. in dottrina, F. MARGIOTTA BROGLIO, *Liberté religieuse et relations entre États et Églises. L'action de l'organisation des Nations Unies pour l'élimination des toutes les formes d'intolérance et de discrimination fondées sur la religion ou la conviction*, in *Las relaciones entre la Iglesia y el Estado. Estudios en memoria del Profesor Pedro Lombardía*, Madrid,



in tutte le sessioni tenutesi ha fatto sentire la sua voce per mezzo del suo osservatore <sup>(9)</sup>, eccetto in quella del 1989 in cui è intervenuto il Card. Casaroli, Segretario di Stato, in qualità di invitato della CDU <sup>(10)</sup>.

Benché a prima vista possa sembrare che la partecipazione della Santa Sede tramite un osservatore riduca il valore e l'efficacia degli interventi — che sarebbe senz'altro maggiore se la Santa Sede agisse in qualità di membro della CDU (avrebbe il diritto di voto e gli altri diritti e obblighi connessi alla condizione di membro) —, tuttavia occorre sottolineare che questa modalità di presenza (che dipende dallo statuto della Santa Sede presso l'ONU) possiede alcuni vantaggi. In primo luogo lo *status* di osservatore non comporta una mera posizione passiva presso le Nazioni Unite: tale condizione consente l'accesso ai diversi organi e Conferenze delle Nazioni Unite, agli organismi sussidiari ed ai documenti dell'Organizzazione; ad essa ineriscono, anche, alcuni diritti sostanziali come quello di emettere dichiarazioni, formulare repliche, avanzare proposte, far distribuire documenti, ecc. Nella pratica, l'osservatore ha la possibilità di avere accesso a quei luoghi d'incontri informali in cui i processi decisionali trovano sempre più il loro principale momento di attuazione, prima della formalizzazione del voto <sup>(11)</sup>. Inoltre, il fatto di non essere

---

1989, p. 183-195; e L. NAVARRO, *Dos recientes documentos de la Naciones Unidas sobre la tutela de la libertad religiosa. Hacia una convención internacional sobre libertad religiosa, in Las relaciones entre la Iglesia y el Estado*, cit., p. 197-209.

<sup>(9)</sup> Gli interventi sono i seguenti: nella 39<sup>a</sup> Sessione della CDU, Mons. Rovida, 7 marzo 1983 (E/CN.4/1983/SR.50, p. 10-11); nella 40<sup>a</sup> Sessione della CDU, Mons. Rovida, 15 marzo 1984 (« La documentation catholique » [DC], n. 1873 [1984] p. 472-474); nella 41<sup>a</sup> Sessione della CDU, Mons. Bertello, 13 marzo 1985 (DC, n. 1895 [1985] p. 488-490); nella 42<sup>a</sup> Sessione della CDU, Mons. Mullor, 24 febbraio 1986 (E/CN.4/1986/SR.18, p. 3-4); nella 43<sup>a</sup> Sessione della CDU, Mons. Mullor, 17 febbraio 1987 (E/CN.4/1987/SR.24, p. 3-5); nella 44<sup>a</sup> Sessione della CDU, Mons. Mullor, 19 febbraio 1988 (DC, n. 1959 [1988], p. 349-351); nella 46<sup>a</sup> Sessione della CDU, Mons. Mullor, 13 febbraio 1990 (DC, n. 2003 [1990], p. 348-349); nella 47<sup>a</sup> Sessione della CDU, Mons. Mullor, 28 febbraio 1991, (« L'Osservatore Romano », ed. francese, n. 17 [1991], p. 9); nella 48<sup>a</sup> Sessione della CDU, Mons. Pierre, 7 febbraio 1992 (E/CN.4/1992/SR.19, p. 3); e nella 49<sup>a</sup> Sessione della CDU, Mons. Tabet, 16 febbraio 1993 (« L'Osservatore Romano », 26 febbraio 1993, p. 2). D'ora in poi questi interventi verranno citati nel modo seguente: autore dell'intervento, con indicazione dell'anno e della pagina.

<sup>(10)</sup> Intervento del 20 febbraio 1989, nella 45<sup>a</sup> Sessione della CDU, in DC, n. 1981 (1989), p. 326-328.

<sup>(11)</sup> Cfr. S. FERLITO, *L'attività internazionale della Santa Sede*, cit., p. 127-128.

membro permette alla Santa Sede di agire con più libertà, senza essere condizionata da schieramenti politici. In questo modo essa può svolgere un ruolo di primo ordine nella protezione e promozione dei diritti dell'uomo: è la voce di « un esperto » in umanità, il cui interesse è l'uomo; in tante occasioni è portavoce di milioni di persone che non sono in grado di far sentire le loro denunce; contribuisce a dare un tono più umano ai dibattiti della CDU e a superare i conflitti interni. La sua presenza costituisce dunque un valido contributo alla creazione di un nuovo diritto internazionale.

Lo studio dei citati interventi della Santa Sede in materia di libertà religiosa illustrerà quanto abbiamo appena detto: vedremo come essa contribuisce al rispetto di tale diritto, apre delle nuove prospettive in questo campo, sapendo anche avanzare proposte aderenti alla realtà della società internazionale.

### 3. *Analisi degli interventi.*

#### a) *Premessa.*

Prima di studiare i contenuti più salienti degli interventi degli osservatori della Santa Sede è da sottolineare, in primo luogo, che tutti poggiano sul Magistero della Chiesa in materia di libertà religiosa. Ne è prova il fatto che sia la Dichiarazione *Dignitatis Humanae* del Concilio Vaticano II<sup>(12)</sup>, sia alcuni discorsi, messaggi e lettere di Giovanni Paolo II in materia vengono spesso citati e a volte anche riportati in alcuni dei suoi brani<sup>(13)</sup>. Tali interventi sono dun-

(12) Cfr. Mullor, 1990, p. 349; e idem, 1991, p. 9.

(13) I discorsi citati sono i seguenti (gli autori dei rispettivi interventi vengono indicati fra parentesi): GIOVANNI PAOLO II, *Discorso all'Assemblea Generale dell'ONU*, 2.10.1979, in *Insegnamenti di Giovanni Paolo II*, 2, 2 (1979), p. 532-537 (Rovida, 1984, p. 473 e 474; e Casaroli, 1989, p. 328); *discorsi ai membri del corpo diplomatico accreditato presso la Santa Sede*, 15.1.1983, in *Insegnamenti di Giovanni Paolo II*, 6,1 (1983), p. 119-132 (Rovida, 1983, p. 11), e 12.1.1985 in *Insegnamenti di Giovanni Paolo II*, 8,1 (1985), p. 53-67 (Bertello, 1985, p. 489); *discorso nell'udienza al Pontificio Consiglio per la cultura*, 16.1.84, in *Insegnamenti di Giovanni Paolo II*, 7, 1 (1984), p. 102-106 (Rovida, 1984, p. 474); *allocuzione ai partecipanti alla Plenaria della Pontificia Commissione « Iustitia et Pax »*, 30.11.84, in *Insegnamenti di Giovanni Paolo II*, 7, 2 (1984), p. 1333-1338 (Bertello, 1985, p. 488); *discorso in occasione della presentazione delle lettere credenziali del nuovo ambasciatore della Repubblica Federale di Germania*, 27.8.1984, in *Insegnamenti di Giovanni Paolo II*, 7, 2 (1984), p. 252-255 (Bertello, 1985, p. 488); *allocuzione ai partecipanti al 5° colloquio interna-*

que occasioni privilegiate di diffusione della dottrina della Chiesa sull'uomo. Inoltre, questi interventi, pur avendo una certa autonomia, fanno parte dell'azione generale svolta dalla Santa Sede in favore del diritto di libertà religiosa presso gli organismi internazionali. Dato che in epoca recente si è assistito ad interessanti sviluppi nel riconoscimento e nella protezione del diritto di libertà religiosa nell'ambito europeo, tramite le riunioni di verifica della Conferenza sulla sicurezza e la cooperazione in Europa (CSCE), nelle quali la delegazione della Santa Sede ha avuto un ruolo di spicco<sup>(14)</sup>, in alcuni

*zionale di studi giuridici promosso dalla Pontificia Università Lateranense in occasione del 20° anniversario dell'enciclica « Pacem in terris », 10.3.1984, in Insegnamenti di Giovanni Paolo II, 7, 1 (1984), p. 654-658 (Bertello, 1985, p. 489); allocuzione agli esponenti delle religioni non cristiane, 5.2.1986, in Insegnamenti di Giovanni Paolo II, 9,1 (1986), p. 319-324 (Mullor, 1986, p. 3); discorso al presidente del Soviet supremo dell'URSS, Michael Gorbachiov, 1.12.1989, in Insegnamenti di Giovanni Paolo II, 12,2 (1989), p. 1409-1413 (Mullor, 1990, p. 348-349); allocuzione alla delegazione della comunità musulmana nell'incontro di Assisi, 10.1.1993, in L'Osservatore Romano, 11-12.1.1993, p. 9 (Tabet, 1993, p. 2); discorso al presidente della Repubblica del Sudan, 10.2.1993, in DC, n. 2068 (1993), p. 274-275 (Tabet, 1993, p. 2).*

I messaggi a cui si fa riferimento sono: *Messaggio del 2.10.1978 in occasione del 30° anniversario della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, in Insegnamenti di Giovanni Paolo II, 1,1 (1978), p. 255-256 (Mullor, 1986, p. 3); Messaggio dell'8.12.1987, per la giornata mondiale della Pace del 1988, in Insegnamenti di Giovanni Paolo II, 10,3 (1987), p. 1331-1341 (Mullor, 1988, p. 349-351, e Casaroli, 1989, p. 328); e Messaggio dell'8.12.1990, per la giornata mondiale della Pace del 1991, in Insegnamenti di Giovanni Paolo II, 13,2 (1990), p. 1558-1570 (Mullor, 1991, p. 9).* Questi due messaggi sono stati distribuiti dalla delegazione della Santa Sede ai membri della CDU nelle sessioni del 1988 e del 1991 (cfr. Mullor, 1988, p. 349 e Mullor, 1991, p. 9).

In fine, si fa anche riferimento alla Lettera di Giovanni Paolo II, del 1.9.1980, con cui invia un documento sulla libertà religiosa ai capi di Stato dei Paesi firmatari dell'Atto finale di Helsinki, in « Il Regno documenti », 1981, p. 70-72 (Rovida, 1983, p. 11). Per il Magistero più recente dei Romani Pontefici sulla libertà religiosa, si può consultare l'utile raccolta di G. FILIBECK, *Les droits de l'homme dans l'enseignement de l'Église: de Jean XXIII à Jean-Paul II*, Cité du Vatican, 1992, p. 325-357.

<sup>(14)</sup> Cfr. V. BUONOMO, *La Santa Sede e la difesa della libertà religiosa nella C.S.C.E da Helsinki a Madrid, in I diritti fondamentali della persona umana e la libertà religiosa. Atti del V colloquio giuridico (8-10 marzo 1984)*, Roma, 1985, p. 721-729; e A. CARRASCOSA, *La Santa Sede y la Conferencia sobre seguridad y cooperación en Europa (Helsinki-Ginebra-Helsinki)*, Roma, 1990, pp. 88-94, 148-156, 163, 165-166, 207-214. Fra i contributi più significativi della Santa Sede in queste riunioni della CSCE vi sono: il documento inviato da Giovanni Paolo II prima dell'apertura della riunione di Madrid, e distribuito ai membri della CDU nella Sessione del 1983 (cfr. Rovida 1983, p. 11), gli interventi nella terza riunione della CSCE a Vienna (4

degli interventi presso la CDU si fa riferimento tanto ai discorsi della delegazione della Santa Sede presso la CSCE quanto ai progressi avvenuti nella protezione di questo diritto<sup>(15)</sup>.

Al fine di esporre gli aspetti più salienti degli interventi degli osservatori della Santa Sede l'analisi sarà distinta in due parti: la prima tratterà della dottrina sul diritto di libertà religiosa (il suo fondamento, il suo rapporto con la libertà di pensiero e di coscienza, e il suo contenuto); nella seconda parte ci occuperemo della valutazione data da questi interventi ai lavori della CDU e delle prospettive per i lavori futuri.

## b) *Dottrina sulla libertà religiosa.*

### 1. *Fondamento del diritto di libertà religiosa.*

Una costante dei discorsi degli osservatori della Santa Sede è quella di evidenziare con molta chiarezza che il fondamento di tutti i diritti dell'uomo è la dignità della persona umana<sup>(16)</sup>. Il ruolo degli ordinamenti giuridici è, quindi, quello di riconoscerli, tutelarli e promuoverli. Tale dottrina non si discosta dall'interpretazione giusnaturalista di cui possono essere oggetto i testi internazionali sui diritti umani. In essi, infatti, benché sia assente la preoccupazione per la fondamentazione dei citati diritti, si ammette, con più o meno rigore, che essi sono previ al riconoscimento da parte dello Stato. Perciò si può legittimamente intendere che i diritti umani sono espressioni delle esigenze di giustizia provenienti dalla dignità della persona umana, e dunque sono radicati nella natura umana<sup>(17)</sup>. Nei citati interventi della Santa Sede si aggiunge, però, una precisazione non priva di rilevanza: l'uomo è un es-

---

novembre 1986-19 gennaio 1989): Mons. Silvestrini, 4 novembre 1986 (in DC, n. 1930 [1986] p. 1165-1168), Mons. Backis, 30 gennaio 1987 (in DC, n. 1935 [1987] p. 253-254), Mons. Backis, 26 febbraio 1988 (in DC, n. 1960 [1988], p. 397-398), e del Card. Sodano, 19 gennaio 1989 (in DC, n. 1980 [1989], p. 295-297). Più recentemente, nella quarta riunione di Helsinki (iniziata nel 1992 e tuttora in corso) Mons. Tauran, 25 marzo 1992 (in DC, n. 2049 [1992], p. 413-414), ha trattato anche della libertà religiosa.

(15) Cfr. Casaroli, 1989, p. 328 e Mullor, 1990, p. 348.

(16) Cfr. Rovida, 1983, p. 10; e Bertello, 1985, p. 489.

(17) Cfr. P. LOMBARDÍA-J. FORNÉS, *El Derecho Eclesiástico*, in AA.VV., *Derecho Eclesiástico del Estado español*, 3ª ed., Pamplona, 1993, p. 72-74, e J. HERVADA-J.M. ZUMAQUERO, *Textos internacionales de derechos humanos*, I, 2ª ed., Pamplona, 1992, p. 17.

sere creato da Dio, e perciò la sua dignità proviene anche da Dio <sup>(18)</sup>.

Tale contesto contribuisce decisamente a conferire un ruolo preminente al diritto di libertà religiosa: adoperando parole di Giovanni Paolo II — che sono state ripetute davanti ai membri della CDU —, « la libertà religiosa è pietra angolare dell'edificio dei diritti umani » <sup>(19)</sup>; « è il diritto più fondamentale » <sup>(20)</sup>. Perciò, il suo rispetto è termometro del rispetto degli altri diritti dell'uomo <sup>(21)</sup>. Si tratta infatti del diritto più intimo dell'uomo, quello che manifesta la sua trascendenza in quanto essere spirituale, dotato di intelletto e di volontà, e la sua capacità di raggiungere Dio <sup>(22)</sup>. Tale diritto consente lo sviluppo del rapporto fra Dio e l'uomo: fa riferimento diretto a quello più sacro insito nell'uomo. Tale rapporto esiste da sempre: la religione è una costante della storia dell'uomo, è presente in tutte le civiltà, è previa all'esistenza di una società organizzata, ed è legata al mistero della coscienza dell'uomo e alla sua capacità di distinguere il bene e il male, l'amore e l'egoismo <sup>(23)</sup>. Come afferma Giovanni Paolo II, « la libertà religiosa, in quanto attinge la sfera più intima dello spirito, si rivela punto di riferimento e, in certo modo, diviene misura degli altri diritti fondamentali » <sup>(24)</sup>.

## 2. *Libertà religiosa, libertà di pensiero e libertà di coscienza.*

In quanto diritto, la libertà religiosa si concretizza primariamente nella tolleranza e nel rispetto delle decisioni personali in materia religiosa, consentendo alla persona umana di agire in questa sfera secondo i dettati della sua coscienza, sia in pubblico che in

<sup>(18)</sup> « Man was the only thinking being and the only one that pondered on his own origin and on the Creator: God ». Mullor, 1987, p. 3.

<sup>(19)</sup> GIOVANNI PAOLO II, *Messaggio per la giornata mondiale della pace del 1988*, cit., p. 1331. Citato da Casaroli, 1989, p. 328.

<sup>(20)</sup> « Questo (diritto) è il più fondamentale, perché la dignità di ogni persona ha la sua prima fonte nel suo rapporto essenziale con Dio creatore e padre, alla cui immagine e somiglianza è stata creata, perché dotata di intelligenza e di libertà ». GIOVANNI PAOLO II, *Allocuzione ai partecipanti al 5° colloquio internazionale di studi giuridici*, cit., p. 656, citato da Bertello, 1985, p. 489.

<sup>(21)</sup> Cfr. Tabet, 1993, p. 2.

<sup>(22)</sup> Cfr. Casaroli, 1989, p. 327; e Bertello, 1985, p. 488.

<sup>(23)</sup> Cfr. Mullor, 1987, p. 3.

<sup>(24)</sup> GIOVANNI PAOLO II, *Messaggio per la giornata mondiale della pace del 1988*, cit., p. 1334, citato da Mullor, 1988, p. 351.



privato, entro i giusti limiti inerenti a tale diritto<sup>(25)</sup>. Poiché tali decisioni appartengono all'ambito più sensibile dell'autonomia della persona, dovranno essere rispettate da tutti. Perciò tale diritto comporta l'immunità da qualunque tipo di coercizione che possa interferire nell'atto di cercare la verità e di aderirvi<sup>(26)</sup>. Questa esigenza del diritto alla libertà religiosa e il fatto che esso faccia riferimento all'ambito spirituale della persona, avvicina tale diritto alle libertà di pensiero e di coscienza<sup>(27)</sup>. Sottolineando tale rapporto, il Card. Casaroli ha segnalato che la libertà religiosa è un *aspetto specifico* della libertà fondamentale di pensare ed agire secondo la propria coscienza<sup>(28)</sup>, e Mons. Mullor ha dimostrato come sia fondata storicamente la connessione fra le violazioni della libertà religiosa e della libertà di pensiero, al punto che coloro che ritenevano che l'uomo non può pregare dicevano anche che l'uomo non può pensare<sup>(29)</sup>. La libertà di coscienza si fa presente nella ricerca di Dio e nell'atto di fede. L'uomo, infatti, è tenuto a seguire fedelmente la sua coscienza in ogni sua attività, per arrivare a Dio, suo fine; e l'esercizio della reli-

(25) Fra questi limiti occupa un posto preminente il giusto ordine pubblico, le cui norme devono essere conformi all'ordine morale oggettivo. Sui limiti del diritto di libertà religiosa, cfr. CONCILIO VATICANO II, Dich. *Dignitatis Humanae*, n. 2, *in fine*; n. 3 e; n. 4 b; e *passim*, n. 7 c; e CATECHISMO DELLA CHIESA CATTOLICA, n. 2109, Città del Vaticano, 1992.

(26) Tale libertà non comporta un relativismo religioso ed è ben diversa dall'indifferentismo religioso. Come afferma Giovanni Paolo II: « Certes, ceux qui croient dans le vrai Dieu, par respect pour la Verité à laquelle ils adhèrent de toute leur foi, ne peuvent admettre l'équivalence de toutes les fois religieuses, et encore moins tomber dans l'indifférence religieuse; ils désirent même, normalement, que tous accèdent à la Verité qu'ils connaissent, et ils s'y emploient par un témoignage qui respecte la liberté de l'adhésion, car il y va de la dignité de l'homme de s'ouvrir à la foi religieuse par un hommage libre de la raison et du coeur, avec la grâce, selon ce que découvre et prescrit la conscience bien formée. Ils peuvent donc en même temps — et ils doivent — respecter la dignité des autres personnes, qui ne sauraient être empêchées d'agir selon leur conscience, surtout en matière religieuse ». GIOVANNI PAOLO II, *Discorso al corpo diplomatico*, 12.1.1985, cit., p. 60.

(27) Una manifestazione di questo rapporto è la costante presentazione unitaria delle tre libertà nei testi internazionali dedicati ai diritti umani. Cfr. art. 18 della *Dichiarazione Universale dei Diritti dell'uomo* (DUDU), art. 18 del *Patto internazionale sui diritti civili e politici*, art. 1 della D81, ecc. Comunque è altamente significativo che nell'enunciare in tali documenti i contenuti di tali libertà, quasi tutti sono propri ed esclusivi della libertà religiosa.

(28) « ... un aspect spécifique de la liberté fondamentale de penser et d'agir selon sa conscience ». Casaroli, 1989, p. 328.

(29) Cfr. Mullor, 1987, p. 4 e 5.



gione consiste anzitutto in atti interni volontari e liberi, con i quali l'uomo si mette in relazione direttamente con Dio <sup>(30)</sup>. Perciò soltanto tale libertà può garantire adeguatamente l'obbligo morale di cercare la verità su Dio ed abbracciarla con sincerità. La fede è autentica se viene assunta con piena libertà; anzi lì dove c'è coercizione la fede si diluisce in ignoranza, ipocrisia, fanatismo o superstizione <sup>(31)</sup>. Comunque, la libertà religiosa ha una sua specificità che la distingue dalla libertà di coscienza e di pensiero: essa fa riferimento alla fede e alla sua pratica, ha come oggetto la libertà nell'atto di fede e la libertà di culto o di pratica religiosa <sup>(32)</sup>. Si tratta di un diritto specifico, con conseguenze altrettanto peculiari: il culto privato e pubblico, le pratiche religiose, che comprendono la promozione di centri religiosi, di associazioni confessionali e di centri di formazione d'indole esclusivamente religiosa. È, dunque, una libertà culturale, non culturale. Tale realtà determina le manifestazioni di questo diritto di libertà: include la possibilità giuridicamente ed efficacemente tutelata di spiegarsi in realizzazioni sociali tipicamente religiose. Consente dunque la creazione di gruppi sociali con fini specificamente religiosi.

Tale consapevolezza della tipicità della libertà religiosa si riflette negli interventi degli osservatori della Santa Sede: da una parte, essi soltanto fanno dei riferimenti indiretti alla libertà di coscienza; dall'altra, evidenziano, come avremo occasione di vedere, la dimensione collettiva del diritto di libertà religiosa, il carattere specifico della religione e il suo contributo alla società, e chiedono agli Stati e alla comunità internazionale un approccio positivo alla religione.

### 3. *Contenuto del diritto di libertà religiosa.*

Come si sa, il diritto di libertà religiosa, nella sua dimensione individuale e collettiva, comprende un insieme di libertà e di diritti.

<sup>(30)</sup> Cfr. CONCILIO VATICANO II, Dich. *Dignitatis Humanae*, n. 3 b.

<sup>(31)</sup> Cfr. Mullor, 1991, p. 9.

<sup>(32)</sup> In merito ritengo illuminanti le precisazioni fatte da Viladrich e Ferrer. In breve sintesi, questi autori fanno notare che le tre libertà hanno una radice comune e oggetti diversi: la verità (e la cultura che ne deriva) è l'oggetto della libertà di pensiero; il bene è quello della libertà di coscienza; e la libertà nell'atto di fede e la libertà di culto è il duplice oggetto della libertà religiosa. La distinzione di queste libertà permette di vedere le connessioni che intercorrono fra le citate libertà e la loro autonomia. Da ciò si desume che l'ateismo nella sua dimensione comunitaria o militante non è oggetto del diritto di libertà religiosa. Cfr. P.J. VILADRICH-J. FERRER, *Los principios informadores del Derecho Eclesiástico español*, in AA.VV., *Derecho Eclesiástico del Estado español*, cit., p. 186-190 e *passim* 210-216.

Come è stato rilevato dalla dottrina, nei primi documenti delle Nazioni Unite dedicati ai diritti umani, si è affermata con più enfasi la dimensione individuale <sup>(33)</sup>, trascurandone invece quella collettiva, la quale rimaneva implicitamente riconosciuta e poco concretizzata <sup>(34)</sup>. La D81 costituisce un decisivo passo verso una maggiore apertura al riconoscimento e alla tutela delle manifestazioni collettive di tale diritto <sup>(35)</sup>.

<sup>(33)</sup> Art. 18 della DUDU:

« Ogni individuo ha diritto alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione; tale diritto include la libertà di cambiare di religione o di credo, e la libertà di manifestare, isolatamente o in comune, e sia in pubblico che in privato, la propria religione o il proprio credo nell'insegnamento, nelle pratiche, nel culto e nell'osservanza dei riti ». (in *Codice di diritto ecclesiastico*, cit., p. 58).

Art. 18 del Patto internazionale sui diritti civili e politici:

« Ogni individuo ha il diritto alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione. Tale diritto include la libertà di avere o di adottare una religione o un credo di sua scelta, nonché la libertà di manifestare, individualmente o in comune con altri, e sia in pubblico sia in privato, la propria religione o il proprio credo nel culto e nell'osservanza dei riti, nelle pratiche e nell'insegnamento.

Nessuno può essere assoggettato a costrizioni che possano menomare la sua libertà di avere o adottare una religione o un credo di sua scelta.

La libertà di manifestare la propria religione o il proprio credo può essere sottoposta unicamente alle restrizioni previste dalla legge e che siano necessarie per la tutela della sicurezza pubblica, dell'ordine pubblico e della sanità pubblica, della morale pubblica e degli altrui diritti e libertà fondamentali.

Gli Stati parti del presente Patto si impegnano a rispettare la libertà dei genitori e, ove del caso, dei tutori legali di curare l'educazione religiosa e morale dei figli in conformità alle proprie convinzioni ». (in *Codice di diritto ecclesiastico*, cit., p. 71).

<sup>(34)</sup> Cfr. P. LOMBARDÍA, *Síntesis histórica*, in AA.VV., *Derecho Eclesiástico del Estado español*, Pamplona, 1980, p. 101.

<sup>(35)</sup> Art. 6:

« Conformément à l'article premier de la présente Déclaration et sous réserve des dispositions du paragraphe 3 dudit article, le droit à la liberté de pensée, de conscience, de religion ou de conviction implique, entre autres, les libertés suivantes:

a) La liberté de pratiquer un culte et de tenir des réunions se rapportant à une religion ou à une conviction et d'établir et d'entretenir des lieux à ces fins;

b) La liberté de fonder et d'entretenir des institutions charitables ou humanitaires appropriées;

c) La liberté de confectionner, d'acquérir et d'utiliser, en quantité adéquate, les objets et le matériel requis par les rites ou les usages d'une religion ou d'une conviction;

d) La liberté d'écrire, d'imprimer et de diffuser des publications sur ce sujets;

e) La liberté d'enseigner une religion ou une conviction dans les lieux convenant à cette fin;

Date la finalità e l'oggetto delle sessioni della CDU, gli interventi degli osservatori della Santa Sede si soffermano spesso in modo indiretto sul contenuto della libertà religiosa: nell'enumerare le violazioni del diritto di libertà religiosa si fa riferimento agli aspetti individuali e collettivi di questo diritto riconosciuti nella D81 (libertà dell'atto di fede, immunità di coercizione, non discriminazione per motivi religiosi, libertà di culto, ecc.)<sup>(36)</sup>. Tuttavia ci sono alcuni aspetti che sono messi in evidenza in modo diretto: così nell'ultimo intervento<sup>(37)</sup> si sottolinea l'importanza di un diritto della persona che, esplicitamente enunciato dalla DUDU, è rimasto implicito nell'art. 18 del Patto internazionale sui diritti civili e politici e nella D81: il diritto a cambiare liberamente religione o convinzione<sup>(38)</sup>. La libertà religiosa non si manifesta unicamente nel caso della conversione di una persona senza fede, ma anche nell'ipotesi dell'abbandono di una fede religiosa per passare ad un'altra religione. Questo

---

f) La liberté de solliciter et de recevoir des contributions volontaires, financières et autres, de particuliers et d'institutions;

g) La liberté de former, de nommer, d'élire ou désigner par succession les dirigeants appropriés, conformément aux besoins et aux normes de toute religion ou conviction;

h) La liberté d'observer les jours de repos et de célébrer les fêtes et cérémonies conformément aux préceptes de sa religion ou de sa conviction;

i) La liberté d'établir et de maintenir des communications avec des individus et des communautés en matière de religion et de conviction aux niveaux national et international ».

(36) Fra le manifestazioni di discriminazione per motivi religiosi denunciate ripetutamente in questi interventi vi sono le seguenti: i credenti sono dei cittadini di seconda categoria, il loro progresso sociale è impedito, trovano ostacoli per accedere a cariche di responsabilità sociale, o agli studi superiori, vengono espulsi dai loro Paesi, incarcerati, sono rinchiusi in campi di concentramento, sottoposti a tortura o addirittura sono uccisi. Nell'ambito familiare vengono privati della possibilità di educare i propri figli o viene imposto a questi un insegnamento ateo o amorale mediante programmi scolastici. Altri comportamenti contrari al diritto di libertà religiosa sono le leggi repressive e discriminatorie che impediscono l'esercizio del culto di una religione, la persecuzione aperta, l'impedimento ai ministri di culto dell'esercizio del loro ministero, la fissazione di un *numerus clausus* e del requisito di autorizzazione governativa per accedere ai centri di formazione delle confessioni religiose, la discriminazione delle comunità religiose e la loro riduzione alla clandestinità, ecc. Cfr. Rovida, 1984, p. 473; Bertello, 1985, p. 489; Mullor, 1986, p. 3; idem, 1987, p. 5; idem, 1988, p. 350; idem, 1990, p. 349; idem, 1991, p. 9; e Tabet, 1993, p. 2.

(37) Cfr. Tabet, 1993, p. 2.

(38) Cfr. art. 18 DUDU.

aspetto concreto viene violato qualora la conversione implichi una perdita dei diritti civili, sociali, politici, ecc. <sup>(39)</sup>.

Più costanti in questi interventi sono i riferimenti alla dimensione collettiva del diritto di libertà religiosa. Non si tratta soltanto del diritto del singolo di agire insieme ad altri in materia di fede, né della somma dei diritti dei singoli appartenenti ad una religione, ma piuttosto di diritti il cui titolare è proprio la comunità o gruppo religioso. Sulla base dell'operato della Santa Sede nelle riunioni della CSCE <sup>(40)</sup> e dei documenti ivi elaborati, gli osservatori hanno messo di rilievo alcuni diritti delle comunità religiose <sup>(41)</sup>, adoperando formulazioni in parte diverse e più esplicite di quelle dell'art. 6 della D81. Nel suo intervento il Card. Casaroli ricordava l'impegno assunto da 35 Paesi nella conferenza di Vienna, di prendere misure adeguate per la garanzia di alcuni diritti <sup>(42)</sup>. In paragone con quanto

<sup>(39)</sup> La Santa Sede ricorda questo contenuto specifico del diritto di libertà religiosa perché si tratta di un aspetto che non è riconosciuto dagli Stati di ispirazione islamica: la conversione di un musulmano ad una altra religione ha gravi ripercussioni sullo stato civile della persona. Nella redazione e nell'approvazione dell'art. 18 della DUDU ci furono opposizioni, astensioni e riserve da parte di alcuni Paesi musulmani (cfr. A. VERDOOT, *Naissance et signification de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme*, Louvain Paris, s.d., p. 181-182). Sul modo di intendere la libertà religiosa nel pensiero islamico, cfr. SABANEGH, E.S.M., *Les droits de l'homme et l'Islam*, in *I diritti fondamentali della persona umana e la libertà religiosa*, cit., p. 701-714. Per la situazione nei paesi islamici, cfr. nello stesso volume appena citato i contributi di ROSSI, G.L., *La libertà religiosa nei Paesi dell'Africa islamica*, p. 647-649; e di M. BORRMANS, *Communautés chrétiennes en Pays d'Islam*, p. 651-656

<sup>(40)</sup> Cfr. il documento inviato da Giovanni Paolo II prima dell'apertura della riunione di Madrid. Nel suo contenuto è da rilevare uno stretto collegamento con il *working paper* (HR/GENEVA/1984/WP.4) presentato dalla Santa Sede al Seminario internazionale di Ginevra (314.12.1984). Cfr. J. MULLOR, *Le Saint-Siège, l'ONU et la liberté religieuse*, cit., p. 95-97.

<sup>(41)</sup> « (La religion) ne peut être réduite seulement à la simple tolérance de l'exercice d'un droit inhérent à la conscience individuelle de la personne. Elle est en même temps la garantie active d'un droit qui a aussi une dimension communautaire, comprenant, entre autres aspects, la pratique religieuse publique, le pouvoir d'auto-organisation de chaque communauté religieuse selon ses propres structures hiérarchiques, et par conséquent celui de former son propre personnel, le droit de former les consciences, de donner et de recevoir une éducation religieuse, la possibilité pour les croyants et les communautés de maintenir des contacts directs entre eux, tant chez eux qu'à l'étranger. Elle comporte aussi le droit de diffuser sa religion ou sa foi par des moyens licites et moyennant le respect de la liberté (...) ». Tabet, 1993, p. 2.

<sup>(42)</sup> « Permettez-moi de signaler à votre attention les engagements les plus significatifs que les négociateurs de Vienne ont adoptés et que lient donc trente-cinq

stabilito nell'art. 6 della D81, è da rilevare che il documento conclusivo della riunione di Vienna riconosce esplicitamente più diritti alle comunità religiose e lo fa con maggiore precisione: si dice, infatti, che hanno il diritto ad organizzarsi e a regolarsi secondo la propria struttura gerarchica ed istituzionale, il diritto di eleggere, nominare, e sostituire il loro personale, in conformità con le loro necessità e norme, il diritto di stabilire e gestire luoghi di culto di libero accesso, il diritto di acquisire, produrre ed avere libri e materiale religiosi, ecc. Inoltre si prevede che le comunità possano stabilire degli accordi con lo Stato <sup>(43)</sup>. Si riconosce dunque che le comunità religiose

---

pays européens, d'ailleurs également représentés ici: le libre accès aux lieux de culte; le droit des communautés de s'organiser et de s'administrer conformément à leur structure hiérarchique et institutionnelle; le droit d'acquérir, de posséder et d'utiliser le matériel religieux nécessaire à la pratique de la religion; le droit de donner et de recevoir une éducation religieuse; l'accès des communautés de croyants aux médias; la possibilité d'entretenir des contacts directs entre fidèles et communautés, au sein du territoire national comme à l'étranger ». Casaroli, 1989, p. 328.

<sup>(43)</sup> Art. 16:

« Al fine di assicurare la libertà dell'individuo di professare e praticare una religione o una convinzione, gli Stati partecipanti, fra l'altro,

16.1. adotteranno misure efficaci per impedire ed eliminare ogni discriminazione per motivi di religione o convinzione nei confronti di individui o comunità per quanto riguarda il riconoscimento, l'esercizio e il godimento dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali in tutti i settori della vita civile, politica, economica, sociale e culturale e assicureranno l'effettiva uguaglianza fra credenti e non credenti;

16.2. favoriranno un clima di reciproca tolleranza e rispetto fra credenti di comunità diverse nonché fra credenti e non credenti;

16.3. riconosceranno, su loro richiesta, alle comunità di credenti, che praticano o che sono disponibili a praticare la loro fede nel quadro costituzionale dei propri Stati, lo status per esse previsto nei rispettivi paesi;

16.4. rispetteranno il diritto di tali comunità religiose di costituire e mantenere luoghi di culto o riunioni liberamente accessibili, organizzarsi secondo la propria struttura gerarchica e istituzionale, scegliere, nominare e sostituire il proprio personale conformemente alle rispettive esigenze e alle proprie norme nonché a qualsiasi intesa liberamente accettata fra esse e il proprio Stato,

sollecitare e ricevere contributi volontari sia finanziari che d'altro genere;

16.5. si impegneranno in consultazioni con i culti, le istituzioni e le organizzazioni religiose al fin di pervenire ad una migliore comprensione delle esigenze della libertà religiosa;

16.6. rispetteranno il diritto di ciascuno di impartire e ricevere un'istruzione religiosa nella lingua a propria scelta, individualmente o in associazione con altri;

16.7. rispetteranno, in tale contesto, fra l'altro, la libertà dei genitori di assi-



sono titolari di posizioni giuridiche attive che riguardano il culto e la religione, posizioni che devono essere rispettate dagli ordinamenti giuridici statuali.

La dimensione collettiva del diritto di cui stiamo trattando si manifesta con alcune peculiarità nel caso delle minoranze religiose. La Santa Sede ribadisce, sulla scia del Magistero di Giovanni Paolo II <sup>(44)</sup>, che anche le minoranze hanno un diritto di libertà religiosa, che include fra l'altro il diritto a non essere discriminato o emarginato per motivi religiosi. Lo Stato non può imporre le sue convinzioni religiose alle minoranze mediante mezzi coercitivi o mediante la negazione di alcuni diritti civili e politici. Inoltre sarebbe lesivo del diritto di libertà religiosa e delle minoranze e delle persone che una norma propria di una confessione religiosa diventi legge dello Stato, in modo tale che fosse applicabile a tutti i cittadini anche se membri di un'altra religione <sup>(45)</sup>. Esigenza della libertà religiosa è, in-

---

curare l'educazione religiosa e morale dei loro figli conformemente ai propri convincimenti;

16.8. consentiranno la formazione di personale religioso nelle istituzioni appropriate;

16.9. rispetteranno il diritto dei singoli credenti e delle comunità di credenti di acquisire, possedere ed utilizzare libri sacri, pubblicazioni religiose nella lingua di loro scelta ed altri oggetti e materiali relativi alla pratica della religione o della convinzione;

16.10. consentiranno ai culti, alle istituzioni e alle organizzazioni religiose la produzione, l'importazione e la diffusione di pubblicazioni e materiali religiosi;

16.11. considereranno favorevolmente l'interesse delle comunità religiose a partecipare al pubblico dialogo, fra l'altro, tramite i mezzi di comunicazione di massa ».

Art. 32:

« Essi consentiranno ai credenti, ai culti religiosi e ai loro rappresentanti, in gruppi o individualmente, di stabilire e mantenere contatti personali diretti e comunicazioni gli uni con gli altri nel proprio paese e in altri paesi, fra l'altro con viaggi, pellegrinaggi e con la partecipazione a riunioni e ad altri avvenimenti religiosi. In tale contesto, e nella misura adeguata a tali contatti ed avvenimenti, sarà consentito agli interessati di acquistare, ricevere e portare con sé pubblicazioni e oggetti connessi con la pratica della loro religione o convinzione ». *Documento conclusivo della riunione di Vienna* (19 gennaio 1989), in « Quaderni di Diritto e politica ecclesiastica », 1989/2, p. 523-525.

<sup>(44)</sup> Cfr. GIOVANNI PAOLO II, *Messaggio per la giornata mondiale della pace del 1989*, 8.12.1988, in *Insegnamenti di Giovanni Paolo II*, 11,4, (1988), p. 1792-1793, n. 8; e IDEM, *Messaggio per la giornata mondiale della pace del 1991*, cit., p. 1563 e 1566.

<sup>(45)</sup> Cfr. GIOVANNI PAOLO II, *Discorso al corpo diplomatico*, 12.1.1985, cit., n. 3, p. 60, citato da Bertello, 1985, p. 489.



fatti, che lo Stato, benché abbia attribuito una speciale posizione giuridica ad una determinata religione, riconosca legalmente e rispetti effettivamente la libertà di tutti i cittadini e di tutti coloro che vi risiedono, anche temporaneamente per motivi di lavoro od altro <sup>(46)</sup>. La negazione della libertà religiosa alle minoranze da parte di un determinato Stato diventa ancora più grave, qualora tale minoranza sia costituita da stranieri, e ai cittadini di quello Stato appartenenti alla religione maggioritaria venga effettivamente riconosciuta la libertà di culto quando si trovano all'estero, in Paesi in cui loro sono una minoranza. Tale comportamento sarebbe lesivo non soltanto della libertà religiosa, ma anche del principio di reciprocità, che esige uguaglianza nel trattamento delle persone appartenenti a diversi Stati <sup>(47)</sup>.

c) *Valutazione e prospettive dei lavori della CDU in favore della libertà religiosa.*

La posizione della Santa Sede nei confronti del lavoro della CDU è quella di chi valuta positivamente gli sforzi fatti per l'applicazione della D81 e desidera contribuire a tale scopo. In diversi interventi si sottolinea come il dialogo sia utile per creare le condizioni adeguate al rispetto della libertà religiosa <sup>(48)</sup>. In tale contesto è altamente apprezzato il lavoro svolto dal Relatore Speciale della CDU. È significativo che gli osservatori della Santa Sede abbiano fatto spesso nei loro interventi riferimento ai rapporti presentati da questo Relatore, mettendo in rilievo sia le doti del relatore sia l'utilità del suo lavoro <sup>(49)</sup>. A ciò ha contribuito decisamente il fatto che il suo compito non è soltanto passivo, ma dinamico: egli ha avuto occasione di trattare con i governi dei Paesi da cui gli pervengono denunce di violazioni di diritti contenuti nella D81, di

<sup>(46)</sup> Cfr. GIOVANNI PAOLO II, *Messaggio per la giornata mondiale della pace del 1991*, cit., p. 1563.

<sup>(47)</sup> Cfr. Tabet, 1993, p. 2. La Santa Sede ha fatto notare che nei Paesi a maggioranza cristiana è normale che la pratica religiosa sia garantita agli altri credenti. Perciò è logico che questi cristiani si aspettino che venga loro riconosciuta anche all'estero la reciprocità di questa apertura di spirito. Cfr. Mullor, 1991, p. 9. Tale dottrina era già stata espressa da GIOVANNI PAOLO II, *Discorso al corpo diplomatico*, 12.1.1985, cit., n. 3, p. 60.

<sup>(48)</sup> Cfr. Mullor, 1988, p. 350.

<sup>(49)</sup> Cfr. Mullor, 1987, p. 4-5; idem, 1988, p. 350; Casaroli, 1989, p. 328; Mullor, 1990, p. 349; idem, 1991, p. 9; e Tabet, 1993, p. 2.

chiedere spiegazioni, di informarsi personalmente sulla situazione, ha stabilito rapporti con rappresentanti di confessioni religiose, ecc. Tale dialogo ha anche come soggetti gli Stati: in seno alla CDU le delegazioni degli Stati possono interessarsi sul rispetto del diritto di libertà religiosa in altri Stati. Inoltre, la Santa Sede, come il Relatore Speciale, ritiene che la mutua conoscenza fra le diverse religioni favorisca il rispetto di questo diritto. Perciò ha incoraggiato non solo il dialogo ecumenico ma anche il dialogo con le religioni non cristiane, e gli incontri di preghiera fra diverse religioni <sup>(50)</sup>.

La Santa Sede sarebbe favorevole al progetto di elaborazione di una Convenzione internazionale sulla materia — dato il suo valore giuridico —, in quanto strumento più adeguato rispetto alla D81 per garantire il diritto di libertà religiosa. Tuttavia, con molto realismo e sulla base dell'esperienza dei lavori svolti dalla CDU in materia di libertà religiosa, la Santa Sede considera che tale compito non è raggiungibile a breve scadenza, e che, anche nel caso in cui tale Convenzione vedesse la luce, potrebbe addirittura non essere rispettata <sup>(51)</sup>. Consapevole dell'urgenza di far cessare le violazioni di questo diritto, considera, inoltre, che, innanzitutto, devono essere applicati gli strumenti internazionali già elaborati e ratificati da parte degli Stati <sup>(52)</sup>. In questo modo le leggi ordinarie, i regolamenti, e la prassi amministrativa degli Stati dimostrerebbero rispetto verso il diritto di libertà religiosa. In secondo luogo, ritie-

<sup>(50)</sup> Fra gli esempi di questo dialogo vengono citati gli incontri di Assisi del 27.10.1986 (cfr. Mullor, 1987, p. 5) e del 10.1.1993 (cfr. Tabet, 1993, p. 2). Sul dialogo interreligioso e sulla sua necessità nella società contemporanea cfr. Mullor, 1991, p. 9; e Tabet, 1993, p. 2.

<sup>(51)</sup> Cfr. Mullor, 1987, p. 5; idem, 1988, p. 350.

<sup>(52)</sup> « Encore plus que de nouveaux textes, sagement élaborés par des experts, les nombreuses victimes de l'intolérance ont un besoin urgent de voir traduites en réalité les nobles intentions proclamées à San Francisco, New York ou Helsinki, restées souvent, hélas, lettre morte ». Mullor, 1987, citato in J. MULLOR, *Le Saint-Siège, l'ONU et la liberté religieuse*, cit., p. 104. Per un elenco degli strumenti internazionali dell'ONU che contengono disposizioni relative al diritto di libertà religiosa, cfr. F. MARGIOTTA BROGLIO, *Liberté religieuse et relations...*, cit., p. 189, 191-193. Cfr. inoltre, fra i documenti più recenti: *Convention on the rights of the Child*, approvata dall'Assemblea Generale dell'ONU il 20 novembre 1989 (in dottrina, cfr. G. FILIBECK, *Un regard sur la Convention relative aux droits de l'enfant (CDE) dans l'optique du Saint-Siège*, relazione tenutasi il 18 marzo 1993 a Poitiers, *pro manuscripto*) e *Declaration on the Rights of Persons Belonging to National or Ethnic, Religious and Linguistic Minorities*, approvata dall'Assemblea Generale dell'ONU il 18 dicembre 1992.

ne ancora molto necessario continuare sulla strada del dialogo fra tutti i soggetti interessati quale mezzo per favorire una più giusta comprensione della religione. In questo dialogo occupa un posto di rilievo quello fra le religioni e i Governi, col fine di elaborare insieme un ordine giuridico che garantisca il rispetto del diritto alla libertà religiosa <sup>(53)</sup>.

Inoltre, in vista ad un'eventuale elaborazione di una convenzione per la salvaguarda del diritto di cui ci occupiamo in questa comunicazione, la Santa Sede ha suggerito che in essa si adotti un atteggiamento più favorevole nei confronti della religione: tale documento dovrebbe centrarsi prevalentemente non tanto sull'eliminazione dell'intolleranza, quanto, piuttosto, sul riconoscimento e il rispetto della libertà religiosa e sulle sue esigenze particolari <sup>(54)</sup>. In tale contesto è da rilevare l'insistenza della Santa Sede nell'affermare il ruolo positivo della religione e del diritto di libertà religiosa nella società: i credenti quando viene loro riconosciuta e rispettata la libertà religiosa possono contribuire meglio al bene comune e al progresso della società. Anzi il rispetto per la religione è manifestazione della vera democrazia di una società e contribuisce decisamente alla pace <sup>(55)</sup>.

Da quanto abbiamo esposto finora si può concludere che l'attività degli osservatori della Santa Sede ha messo in luce alcuni aspetti particolarmente interessanti sotto il profilo giuridico: fra essi si trovano la specificità del diritto di libertà religiosa (diversa dalla libertà di pensiero e di coscienza), i molteplici contenuti giuridici

---

<sup>(53)</sup> Cfr. Rovida, 1984, p. 474; e Tabet, 1993, p. 2. Si ripropone, dunque, la richiesta fatta da Giovanni Paolo II nel suo discorso all'Assemblea generale dell'ONU e ripresa nel suo messaggio per la giornata mondiale della pace del 1988: « lo stesso rispetto della dignità della persona umana sembra richiedere che, quando sia discusso o stabilito, in vista di leggi nazionali o di convenzioni internazionali, il giusto tenore dell'esercizio della libertà religiosa, siano coinvolte anche le istituzioni che per loro natura servono la vita religiosa ». GIOVANNI PAOLO II, *Discorso all'Assemblea Generale dell'ONU*, 2.10.1979, cit., p. 538. Cfr. IDEM, *Messaggio per la giornata mondiale della pace del 1988*, cit., p. 1335.

<sup>(54)</sup> « Ceci dit, je pense qu'au cas où l'on en viendrait à considérer qu'une Convention internationale est souhaitable, il sera plus opportun de la faire porter non pas exclusivement sur l'éradication des manifestations d'intolérance mais — d'une manière plus positive — sur la reconnaissance et le respect de la liberté de religion ainsi que sur ses exigences concrètes ». Casaroli, 1989, p. 328.

<sup>(55)</sup> Cfr. Rovida, 1984, p. 474; Bertello, 1985, p. 490; Mullor, 1986, p. 4; idem, 1987, p. 5; idem, 1988, p. 349; idem, 1991, p. 9; e Tabet, 1993, p. 2.

della sua dimensione comunitaria, e i diritti delle comunità religiose<sup>(56)</sup>. Se tali approfondimenti saranno tenuti in conto negli strumenti giuridici internazionali e nazionali, essi costituiranno un contributo all'effettivo rispetto del diritto di libertà religiosa di tutti gli uomini e di tutte la comunità religiose.

*L. Navarro*

---

<sup>(56)</sup> Gli approfondimenti sui diritti delle comunità religiose potrebbero avviare una riflessione sulla possibilità di una fondamentazione del dualismo Chiesa-Stato nel diritto di libertà religiosa.

**Pagina bianca**

## THE CHURCH AND THE EXPLOSION OF CLERICAL SEXUAL ABUSE LITIGATION IN AMERICA

We have had it on the highest authority for two thousand years that the gates of hell shall not prevail against the Church. American Catholics find the promise the Lord made in that regard especially reassuring these days because the present flood of civil litigation involving allegations of clerical sexual abuse might otherwise portend the destruction of the Church in America. And there is no hyperbole in that perception of the threat: A recent lawsuit accusing the diocesan hierarchy of Camden, New Jersey, of conspiring to encourage clerical sexual abuse seeks, in addition to millions of dollars in damages and the removal of the bishop, the outright dissolution of the Camden diocese.

One obvious question is just how large is the flood of clerical sexual-abuse litigation in America. And there is a second, and separate, question about the real extent of the problem of sexual abuse among American clergy. In America, there is no necessary connection between the incidence of civil litigation and the incidence of the problem that ostensibly gives rise to the litigation. America is a litigious society, and that must be kept in mind when one tries to assess where the truth lies on the prevalence of any problem that spawns lawsuits. That caveat is all the more important in this instance because alleged sexual misconduct by the clergy is a subject obviously ripe for media sensationalism.

Because there are so many separate jurisdictions and court systems in America, it is difficult to obtain an exact count of the number of recent civil suits in which clergy have been accused of sexual abuse. It seems safe to say that over 500 such civil actions have been filed in recent years, the lion's share of them involving Roman Catholic priests and allegations of pedophilia. There is no telling how many additional civil lawsuits were avoided by negotiated settlements reached in the face of threatened litigation. The costs — emotional, financial and political — to American Catholic dioceses and religious orders have been enormous.



In part, the present flood of litigation is a wave, previously dammed, finally reaching shore. As implied by the recent reforms in several dioceses in the procedures for investigating allegations of sexual misconduct by priests and disciplining the guilty, the Church's prior practices in this area left a lot to be desired. Especially unfortunate was the practice of simply transferring a suspect priest from one diocese to another, or from one assignment to another, often with no real change in his responsibilities or in the age of persons entrusted to him. That practice guaranteed not only disgruntled complainants, who saw no justice, but also new complainants against recidivist priests. In America, complainants usually turn up eventually as plaintiffs in lawsuits.

But the explosion of litigation, especially as trumpeted in the media, may greatly overstate the incidence of real clerical sexual abuse. Recently, the chairman of the Ad Hoc Committee on Sexual Abuse of the U.S. National Conference of Bishops estimated that one to two percent of priests, or about the same percentage as would apply to individuals in the general population, may be guilty of child sexual abuse. Sexual-abuse victims' advocacy groups, however, say that up to six percent of priests are guilty of pedophilia, and the impression one gets from the media is that even the six percent figure is low.

The problem in America is that legitimate lawsuits easily beget illegitimate lawsuits, and some of the most illegitimate lawsuits are the ones most loudly publicized in the media. The clearest recent example was the suit against Chicago's Joseph Cardinal Bernardin, which was dismissed by the plaintiff after its utter lack of merit became manifest. It is impossible to say how much an episode involving highly publicized allegations, even ones later revealed as unfounded, affects the public's perception of the seriousness of the problem addressed by the allegations. Suffice it to note, however, that many studies show that media sensationalism about another social problem in America — crime — has led the average American greatly to overestimate the odds that he will be a crime victim; indeed, in America, public policy on crime is now dictated not by reliable crime statistics but by media-driven public impressions about the dimensions and character of our crime problem.

There is no mystery, however, about the aspects of America's system of civil litigation that give rise to the proliferation of lawsuits and, indeed, to the generation of meritless litigation. Some

comparisons between America's criminal and civil systems may help illuminate the matter for those not versed in American law.

There have been dozens of recent criminal prosecutions of alleged clergy/pedophiles throughout the United States. The criminal cases are typically brought in state, rather than federal, court because the crimes charged are offenses that fall within the ambit of what is called each state's « police power », or the power by which the state protects its citizens' persons and property. In a clerical sexual-abuse prosecution, the defendant might be charged with rape, or with sodomy, or with criminal sexual assault, or with criminal sexual abuse. In other words, the defendant is charged under one or more of the general statutes by which the state protects either all its citizens or its young in particular. *Federal* prosecutions would occur where federal law stands in the stead of state law — as, for instance, in Washington, D.C. — or where there are special « federal » circumstances, as for example where a defendant is accused of transporting his victim across a state line as part of his sexual offense.

There are several aspects of all criminal prosecutions in America that need to be emphasized. These greatly affect the general merit of formal criminal charges.

First, before accusations are converted into actual criminal charges, they are sifted by persons who are not connected to the accusers. Usually, a « grand jury » of citizens hears an accusation and the available evidence and decides whether or not there is « probable cause » to believe the accused is guilty — and therefore merits a felony indictment. In some states, a public prosecutor receives the accusation, reviews the evidence and decides whether there is sufficient credible evidence to show « probable cause ». (In either instance, « probable cause » is evidence sufficient to support the conclusion of a reasonable, experienced person that an identified person has probably committed a specific criminal offense.) Moreover, in the states that require grand jury indictment, the prosecutor also exercises her independent judgment on the merits of an accusation because she controls what accusations are brought to the grand jury and how vigorously they are pursued, and in the states that allow charges to be commenced by a prosecutor's complaint or « information », there is independent judicial review, soon after the charge is filed, of the prosecutor's assessment of the existence of « probable cause ». One hallmark of the American

criminal system is thus its repeated testing of allegations incident to the bringing of formal criminal charges.

The multiple layers of formal sifting of criminal accusations occur within the framework of an informal sifting process dictated by efficiency considerations. Police agencies and prosecution offices have limited budgets, and there are always more criminal accusations vying for attention than can possibly be serviced. The result is that the police and the prosecutors are unlikely to expend resources on flimsy accusations or on cases in which there is little promise of acquiring reliable evidence of guilt. One obvious casualty of the efficiency calculus is the one-on-one case, where there is only the accuser's word against the denial by the accused. That sort of case is very unattractive to a policeman and to a prosecutor.

Another key aspect of the American criminal justice system also tends to guarantee that there is some real substance to a formal criminal indictment or complaint. To win a criminal prosecution, the state or the government must convince a jury or a judge that the defendant is guilty « beyond a reasonable doubt ». Although the law does not precisely define the quantum of evidence needed to meet the « beyond a reasonable doubt » test, the standard is a high one, and in practice doubts are almost always resolved in favor of the defendant's innocence. American law presumes the defendant's innocence unless and until the prosecution proves guilt « beyond a reasonable doubt », so the burden of proof is clearly on the state or the government. Most importantly, the prosecutors of course know at the outset what the standard of proof at trial will be, and that deters them from bringing charges that have little hope of success. Indeed, the high risk of very public failure more than counterbalances what some see as an elected state prosecutor's propensity to cater to the electorate with sensationalist criminal charges. In any event, the criminal burden of proof tends to produce prosecutions only where there is significant evidence supporting the criminal charge.

Finally, statutes of limitation are strictly enforced in American criminal law. This means that, except in truly rare circumstances, criminal charges simply cannot be pursued after a certain number of years — typically, five — have passed since the commission of the alleged criminal act. Although sometimes disparagingly regarded as a « technicality », a criminal statute of limitations reflects very substantive concerns. Put bluntly, American criminal law is

suspicious of memories that have been given too much time to fade, or to flower, and the criminal law wonders about the *bona fides* of allegations of injury that were not promptly made. Also, the criminal law weighs heavily the unfairness inherent in requiring a person to defend himself against something that may derive from what was essentially his former life.

In the clergy sexual-abuse area, the noted aspects of the American criminal law system combine to produce criminal prosecutions in which, typically, a priest is accused of more-or-less recent multiple acts of abuse by multiple victims, or in which the accusations of a single victim are supported either by « similar acts » testimony by several others or by « hard evidence » in the form of incriminating photographs, films, or even surreptitiously (but legally) recorded admissions by the defendant. In other words, criminal cases charging clerical sexual abuse are usually strong cases. Nevertheless, of course, some celebrated criminal cases have fallen apart at trial because what previously appeared to be well-founded accusations turned out to be unprovable, or because false or exaggerated prior testimony was finally exposed.

On the civil side of American law, however, it is, as we say, a whole different ballgame, and not simply because a civil suit may be won by just a « preponderance of the evidence », that is, by evidence showing a 51% or greater probability of truth. The fact is that neither our civil law nor our system of legal ethics does much to restrain plaintiffs and their lawyers from bringing ill-founded private claims that are more damaging to a civil defendant than most criminal charges against him would be.

First, there is no built-in, initial independent review of a civil plaintiff's allegations prior to his filing his lawsuit. The suit can be filed by the plaintiff himself — proceeding, as it is called, « pro se ». But even where, as is more likely, the plaintiff obtains the services of an attorney, the attorney's role is as an advocate for his client and his client's interests, and the attorney has no incentive to restrain his client. The tie of the attorney exclusively to his client's cause is then further strengthened by the fact that plaintiffs' lawyers in sexual-abuse and other personal-injury cases are usually paid on a contingency fee basis, which means the lawyers are paid a percentage — 15% to 33% is typical — of the monetary recovery obtained in a successful lawsuit. Thus, unlike the criminal prosecutor, the civil lawyer is a creature of the accuser, and the

accusation in a civil suit is simply an unsifted allegation spread of record in a public filing.

In theory, the fact that sexual-abuse plaintiffs usually must seek the services of contingency-fee attorneys should deter frivolous lawsuits because lawyers presumably will sift through proposed suits and take on only those with some real merit and thus some real possibility of success. But that theory ignores the fact that there are « loss leaders » in law just as in retailing, so that there will always be lawyers willing to take on hopeless causes just for their publicity — and, therefore, their future client generating — value.

Moreover, civil suits can be commenced in America at very low cost. For instance, the filing fee for the \$ 10 million lawsuit against Cardinal Bernardin was only \$ 120. And that was the fee for filing the suit in a *federal* court, which had jurisdiction because the plaintiff and the defendants hailed from different states; filing fees in the state courts are even lower. Also, civil suits can be commenced by rather bare-bones complaints, which may literally be only two or three pages in length. Little more than identification of the parties and a statement of the basis of the claim is required, and there is no obligation that the plaintiff set out the evidence he expects to put forward on trial of the suit. In all, the total out-of-pocket costs of commencing civil litigation in America are low and do not deter the filing of marginal lawsuits.

Further, because of the so-called « American Rule », a sexual-abuse plaintiff need not fear being saddled with the attorneys' fees of the accused if the plaintiff loses the suit, or if the suit is dismissed by the court. American courts have rejected the alternative British practice, under which a lawsuit winner's attorneys' fees are shifted to the loser. The « American Rule » against fee shifting is justified on the ground that the British system puts too much of a burden on plaintiffs acting to vindicate their rights, in effect threatening them with punishment if they happen to lose on claims brought in good faith. It is difficult, however, to see why there should not be fee shifting in the area of private tort and similar suits so that there is an obvious incentive to commence or continue litigation only when one's claim has some real merit. As it is, calculations as to attorneys' fees and who pays them do not deter meritless lawsuits.

On the federal level and in some states, there are statutes that threaten court sanctions — including monetary penalties and awards



of attorneys' fees and costs — against parties and lawyers who file meritless suits or press frivolous legal positions, but such statutes are paper tigers. The statutes are often written so that the requirements imposed on lawyers before the filing of a suit are lax. For instance, the statute may require only that the lawyer make « reasonable » inquiry into the basis for his client's allegations, or the statute may define « frivolous » to mean a lawsuit's factual claims are « *completely* without merit ». On the federal level, the sanctions statute now allows a lawyer to sue if his client's factual claims are « likely » to find evidentiary support in the process of « discovery » that occurs after the filing of the suit. In other words, the federal sanctions statute allows a lawyer to file his client's suit on the hope that the exchange of information that occurs, by legal compulsion, at the beginning of litigation may yield evidence in support of the plaintiff's claim. And that invitation to a legal fishing expedition is duplicated because the statute also allows a grace period of 21 days in which a plaintiff may drop a suit revealed to be groundless, without incurring any sanctions at all. Thus, under the federal sanctions statute, a plaintiff and his attorney can bring a suit on flimsy facts, hope that favorable facts develop pretrial, and then escape sanctions altogether by dropping the suit if their hopes for supporting facts (or for a settlement offer) are dashed.

To complete the picture on the civil side of the American court docket, statutes of limitation often do not bar the bringing of old claims. For instance, state legislation or a state-court decision might allow a complainant to bring a claim of child sexual-abuse up until the plaintiff is 21 years old, regardless of when the abuse allegedly occurred. Or perhaps a sexual-abuse plaintiff might be allowed to sue within three years of his *discovering* that he was abused. That latter type of limitations statute is what sometimes produces the phenomenon of the sexual-abuse lawsuit based on hypnosis induced recent « recoveries » of « repressed memories » of sexual abuse that allegedly occurred even twenty years earlier. A prosecutor would blanch at the thought of prosecuting someone on such a claim, but it is not unthinkable, witness again the Cardinal Bernardin case, for a civil lawyer to proceed aggressively while leaning on such a weak reed.

In theory, there is one additional potential source of restraint of meritless lawsuits in the American system. Lawyers are licensed professionals in each state, and they are subject to administrative



discipline, including disbarment, for filing frivolous lawsuits or for pressing claims they have reason to believe are false. One would think that American lawyers might thus draw the distinctions and make the judgment calls that the sensitive matter of sexual-abuse litigation demands. But this is precisely where the American system most fails.

Despite soothing words here and there, in lawyers' codes of professional conduct and responsibility, about attorneys' being officers of the court and having special responsibilities to the public and for the quality of justice, the fact is that lawyers in the field and on professional disciplinary boards are all too ready to accept the notion that an attorney's *only* allegiance is to his client and to his client's wishes and interests. Never mind the implications of the fact that the lawyer's own narrow self interest also wedds him to his client's cause, and we are supposed to overlook the fact that many lawyers are rather cavalier about serving conflicting client interests when the lawyers' own interests so dictate. Our system of legal ethics nevertheless insists that the adversary system, in which each lawyer looks out only for his own client, is the most practical path to mostly just results.

The Cardinal Bernardin case shows why that particular argument for the adversary system is so unpersuasive. The Cardinal was sued despite the fact that the plaintiff's lawyer knew that there was a substantial question whether the suit met the requirements of the applicable statute of limitations and, more importantly, that his only « evidence » would be his client's « repressed memories », recently « recovered » in hypnosis sessions with a new therapist. The attorney also knew that his client had not previously « recovered » memories of abuse by the Cardinal and that the new therapist was an unlicensed part-time practitioner of her « art ».

In short, one could not imagine a more glaring case of irresponsible lawyering, and the only suit that one could imagine that would be more frivolous than the one filed against Cardinal Bernardin is one in which the defendant priest's name was picked out of a priests' directory at random. And, yet, the one certainty is that the lawyer in the case will never be called to answer before his state bar authorities, let alone be disbarred or disciplined. In America, lawyer « self-regulation » means no regulation.

In sum, the present circumstance in America as to clerical sexual-abuse litigation is morally indefensible and is very dangerous

for the Church. Essentially, we have reached the point where church officials and priests can be extorted just by the threat of a sexual-abuse lawsuit and the bad publicity that follows upon it. Perhaps the best we can do is to pray for improvement of the situation. It is the measure of our predicament that prayers will more wisely seek not reform of the American civil law system, which is practically impossible, but a swinging of the popular pendulum back against those excesses have produced the mess we are in.

*T.J. Scorza*

Pagina bianca

# *Rassegna di bibliografia*

*Recensioni*

Pagina bianca

AA.VV., *Codex iuris canonici de 1983: 10 anos de aplicação na Igreja e em Portugal. II Jornadas de Direito Canónico. 7-10 de Março de 1994 - Fátima* (Colecção « Lusitania Canonica »), coordenação Manuel Saturnino Costa Gomes, edição do Centro de Estudos de Direito Canónico da Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 1995, p. 404.

La presente opera riporta gli atti delle *II Jornadas de Direito Canónico*, svoltesi a Fátima nei giorni 7-10 di marzo di 1994, al fine di commemorare il 10° anniversario dalla promulgazione del Codice di Diritto Canonico del 1983. Si tratta del primo numero della *Colecção « Lusitania Canonica »*, iniziativa del *Centro de Estudos de Direito Canónico*, a cui si deve anche la pubblicazione del bollettino « Forum Canonicum » e l'organizzazione delle *Jornadas de Direito Canónico*, iniziate nel 1991. Sorto a Lisbona nel 1989 nell'*Universidade Católica Portuguesa*, il *Centro de Estudos de Direito Canónico* ha come scopo l'insegnamento del Diritto Canonico nella Facoltà di Teologia di Lisbona e la promozione del suo studio nelle altre Scuole di Teologia del Portogallo.

Negli interventi raccolti nel presente volume vengono ripresi gli aspetti più rilevanti dell'interpretazione e applicazione del Codice di

Diritto Canonico. Com'è ovvio, una tematica così vasta, sebbene circoscritta all'ambito portoghese, non permetteva una trattazione dettagliata di singoli istituti canonici, ma solo l'esposizione dei tratti più salienti della nuova normativa. Va comunque rilevato che, grazie all'accurata scelta dei temi e alla qualità delle relazioni, è risultata un'efficace panoramica degli argomenti che più hanno interessato la dottrina canonica, i pastori, i tribunali, e gli altri operatori del diritto, nel lavoro d'interpretazione e d'applicazione del nuovo corpo legislativo universale. D'altro canto, l'esame e l'approfondimento di singole parti della disciplina canonica è già stato avviato dalle *III Jornadas de Direito Canónico*, tenutesi a Fátima nei giorni 23-26 di aprile di 1995, con il tema *Os sacramentos da Iniciação Cristã*.

Il volume inizia con le parole del discorso di apertura delle *II Jornadas*, pronunciato da Mons. João Alves, Vescovo di Coimbra e Presidente della Conferenza Episcopale Portoghese, sulla particolare necessità, nel momento attuale della vita della Chiesa, di promuovere lo studio del Diritto Canonico, e con l'incoraggiamento rivolto al *Centro de Estudos de Direito Canónico* di prendere il testimone della secolare tradizione canonica lusitana. Seguono le riflessioni di Mons. Sera-



fim Ferreira e Silva, Vescovo di Leiria - Fátima, sull'incidenza del nuovo Codice di Diritto Canonico nella vita della Chiesa in Portogallo. A continuazione, si riporta il testo in portoghese di 17 relazioni.

Le prime due relazioni sono opera di Alfredo Leite Soares, docente della Facoltà di Teologia di Porto: una sugli aspetti teologici e giuridici del rapporto Chiesa universale-Chiesa particolare, e l'altra sulla relazione Vescovo-Presbiterio. In questo secondo lavoro, l'autore apporta delle considerazioni teologico-canoniche sul ministero sacerdotale, e un commento del canone 495 e dei documenti conciliari e postconciliari che hanno ispirato la normativa del Codice sul consiglio presbiterale. Altri due studi sono a carico di José António Silva Marques, Vicario Giudiziale di Braga: il primo versa sulle associazioni di fedeli, in cui si offrono delle interessanti riflessioni sul diritto di associazione nella Chiesa, sulla sua regolamentazione canonica, e sulla modalità per il riconoscimento da parte dello Stato Portoghese della personalità giuridica delle associazioni di fedeli; il secondo tratta alcune questioni riguardanti l'applicazione del canone 1095 da parte dei tribunali, con l'analisi dei tre capi di nullità del matrimonio ivi contenuti e la considerazione particolare di due problemi: la necessità o meno della perizia medica in queste cause di nullità, e la prova dell'incapacità consensuale. Va anche rilevato lo studio di Carlos Alberto Correia Lages, Vicario Giudiziale di Guarda, sulla formazione dei

candidati agli ordini sacri, dove ripercorre i precetti del Codice e la normativa emanata dalla Conferenza Episcopale Portoghese sui seminari e su alcuni aspetti più rilevanti della formazione dei futuri pastori. Quindi, la relazione di M. Saturino Costa Gomes, Direttore del *Centro de Estudos de Direito Canónico*, sulla funzione di insegnare nella Chiesa; in essa l'autore esamina in modo particolare i canoni 747 e 756-780 del Codice di Diritto Canonico e offre delle pregevoli valutazioni sui rapporti tra Magistero e Teologia, sull'educazione cattolica a livello universitario o catechistico, e sui mezzi di comunicazione sociale. Infine, va anche segnalato lo studio di Sebastião Pires Ferreira, Vicario Generale di Viana do Castelo, dove l'autore, dopo un *excursus* di carattere storico sulle sanzioni penali nella Chiesa, elabora in modo sistematico i tratti più salienti della nuova disciplina canonica sulla remissione delle pene nel foro interno e nel foro esterno.

La serie di lavori si completa con le seguenti relazioni. Uno studio di Manuel João Cartaxo sugli organi di partecipazione nella Chiesa particolare. Un lavoro di Mateus Cardoso Peres, O.P., sulla vita consacrata e la Chiesa particolare. Una relazione a carico di Manuel Fernando Sousa e Silva sul « modus agendi » dei tribunali ecclesiastici nelle cause matrimoniali. Silvério Benigno Pires tratta nella sua relazione della rinnovata immagine della parrocchia scaturita dalla ecclesiologia del Concilio Vaticano II e dalla normativa contenuta nel

Codice di 1983. Silvestre Ourives Marques dedica il suo studio al consiglio pastorale parrocchiale e al consiglio economico della parrocchia. A Mons. Albino Cleto, Vescovo Ausiliare del Patriarcato di Lisboa, si deve uno studio sullo statuto e sull'operato della Conferenza Episcopale Portoghese. La relazione di João Martins Marques versa sulla pastorale sacramentale in Portogallo nel periodo successivo alla promulgazione del Codice del 1983. Miguel Falcão, della Associazione Portoghese di Canonisti, tratta delle strutture pastorali peculiari, con particolare riferimento alle Prelature personali e agli Ordinariati militari. Da ultimo, Paulo Pulido Adragão, docente della Facoltà di Diritto di Lisbona, dedica il suo contributo all'importanza dello studio del Diritto Canonico nella formazione del giurista.

Antonio S. Sánchez-Gil

AA.VV., *Código de Cánones de las Iglesias Orientales. Edición bilingüe comentada por los profesores de Derecho Canónico de la Universidad Pontificia de Salamanca*, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid 1994, p. 685.

Questa ottima edizione del codice orientale in versione latina-spagnola ha il merito di essere la prima edizione commentata del CCEO. Destinatari privilegiati sono gli orientali delle comunità stabilite in America latina oltre che gli studiosi

del diritto canonico di lingua spagnola.

La traduzione della cost. ap. *Sacri Canones*, e i commenti dei cc. 410-572 (monaci e religiosi) e dei cc. 1055-1400 (diritto processuale) sono opera del prof. J.L. Acebal Luján, mentre la traduzione della *Praefatio* e i commenti ai cc. 776-866 (matrimonio), 1007-1054 (beni temporali) e 1401-1487 (diritto penale) sono del prof. F. Aznar Gil. Inoltre, i canoni preliminari 1-6, i cc. 27-41 (chiese *sui iuris*), 573-583 (associazioni), 896-1006 (accoglienza nella chiesa, ecumenismo, persone e atti giuridici, uffici, potestà, ricorsi amministrativi) e 1488-1546 (legge, consuetudine e atti amministrativi; prescrizione e computo del tempo) li ha elaborati il prof. T. I. Jiménez Urresti. Infine, al prof. J. Manzanares sono stati assegnati i cc. 7-26 (i *christifideles*), 42-409 (strutture gerarchiche, chierici, laici), 584-775 (evangelizzazione, magistero, sacramenti tranne matrimonio) e 867-895 (sacramentali, tempi e luoghi sacri).

Oltre ai commenti, l'edizione della B.A.C. raccoglie diverse appendici. La prima è un breve vocabolario dei termini meno conosciuti (p. 579-584), come ha già fatto il P. George Nedungatt per l'*Enchiridion Vaticanum* n. 12. La seconda presenta una sinossi tra il CCEO e il CIC, molto pratica (p. 585-613), ma limitata a comparare i canoni del CCEO — in ordine numerico — con quelli del CIC; infatti si sente la mancanza del paragone contrario (vale a dire, CIC-CCEO), ormai già a disposizione

nell'opera *canonum synopsis* del prof. Carl Gerald Fürst (Herder, Freiburg 1993). L'ultima appendice è un indice analitico (p. 615-685), traduzione diretta di quello di B. Testacci del *Enchiridion Vaticanum* n. 12. Sarebbe opportuno integrarlo con alcuni dei riferimenti riportati dal *index analyticus* del P. Ivan Zuzek (cfr. *Kanonika* 2, PIO, Roma 1993).

L'opera ha grandi meriti, e bisogna sottolineare l'accuratezza dell'edizione e della traduzione spagnola. Si è optato di prescindere dal commentare i canoni del CCEO che riportano la stessa disciplina del CIC, rimandando, per questi, all'apposita edizione commentata del CIC pubblicata sempre dalla B.A.C. Sebbene questa sia una opzione degna di rispetto, penso che ciò renda poco pratica l'edizione e più faticosa la consultazione. Inoltre, questa scelta può dare l'impressione di una subordinazione del CCEO rispetto al CIC.

Molti canoni che — a mio avviso — sono degni di specifico commento non sono stati commentati...: forse perché si ritenevano identici a quelli latini? Come esempio si possono indicare i §§ 4 e 5 del c. 916, inesistenti nel CIC. Oppure il riferimento alla novità del c. 208 §1, secondo cui i vescovi delle diocesi che si trovano nel territorio della chiesa patriarcale non sarebbero tenuti a fare la visita *ad limina* tranne che una volta dopo l'intronizzazione.

Si sente anche la mancanza di commenti attorno ad ambiti più ampi, come p.es. qualche osserva-

zione sull'assenza nel CCEO dei decreti generali (si sarebbe dovuto indicare nel commento ai cc. 1488-1534) e i problemi che ciò comporta. Neanche si dice niente, nel commento al tit. 19 cap. 1, art. 1, della mancanza del canone parallelo al CIC c. 96.

Inoltre, ci sono canoni in cui il commentatore fa riferimento ad altri canoni del CCEO, che però non hanno commento proprio. Questo si può vedere, ad esempio, nel commento al c. 784 in cui si fa una osservazione interessante al c. 1372 § 2 che manca di commento proprio (vedi altro esempio nei cc. 788 e 1496). Inoltre, mentre si fanno indicazioni molto interessanti sulla non differenza tra persona giuridica pubblica e privata nel commento al c. 1009 sui beni ecclesiastici, nel commento ai cc. 925-927 sulle persone giuridiche — luogo più appropriato per fare la suddetta indicazione —, questo è appena accennato (e nemmeno si rinvia al commento del c. 1009). Qualcosa di simile succede con il lungo commento generale sulle associazioni (titolo XIII) che tocca diversi aspetti sia del titolo precedente (i monaci e gli altri religiosi), sia del tit. XIX, art. 2 (le persone giuridiche) e che, pur essendo molto interessante, non è opportunamente richiamato dai commenti ai canoni degli altri titoli. In questo modo è difficile che il lettore possa indovinare — quando legga i commenti sui canoni che gli interessano — che anche altrove ci sono preziose indicazioni.

Malgrado la necessaria brevità imposta da un'opera di questo ge-

nere, i singoli commenti ai canoni sono abbastanza approfonditi e riportano frequenti riferimenti ai lavori di codificazione orientale, utili per intendere la mente del legislatore. Anche se ci sono alcuni aspetti discutibili e forse suscettibili di revisione, l'opera raggiunge ampiamente i suoi scopi. Si auspica che questa prima edizione sia ben accolta e che la B.A.C. e l'Università di Salamanca ci possano offrire presto la sua seconda edizione revisionata e arricchita.

Pablo Gefaell

AA.VV., *Error determinans voluntatem* (can. 1099), Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano 1995, p. 161.

Il canone 1099 CIC regola il cosiddetto *errore di diritto* circa le proprietà essenziali e la dignità sacramentale del matrimonio. A senso contrario, ribadisce la dottrina, in questo canone viene stabilito anche l'errore che determina la volontà. Nel canone troviamo un principio generale: l'errore circa le proprietà essenziali o circa la dignità sacramentale non intacca la validità del consenso matrimoniale. Però, si potrebbe scorgere dalla redazione del canone un'eccezione a questo principio: nella misura in cui l'errore determini la volontà potrebbe, allora, rendere nullo il consenso. Sarebbe proprio questa l'ipotesi definita come *error determinans voluntatem*.

Per cogliere bene il senso della norma, bisogna ricordare che il consenso matrimoniale è un atto volontario che coinvolge tutto l'uomo nelle sue facoltà. Soltanto nei casi in cui la volontà fosse stata determinata dall'errore circa l'unità o l'indissolubilità o la dignità sacramentale, ci troveremmo dinanzi ad un consenso invalido, in quanto lo stesso atto del consentire sarebbe stato svuotato del suo contenuto a causa dell'errore determinante.

Però, è un compito assai difficile determinare l'incidenza dell'errore nel concreto consenso matrimoniale. Cosa significa *error determinans*? Quando e perché l'errore circa dette proprietà rende nullo il consenso? Come fare a stabilire con sufficiente chiarezza le diverse fattispecie nel caso concreto? Queste ed altre domande sono state poste dalla dottrina e dalla giurisprudenza già prima del Codice dell'83.

La presente opera, che forma parte della sezione di Giurisprudenza Canonica Commentata (III) della collana Studi Giuridici (XXXV) dell'Editrice Vaticana, contiene tre interessanti saggi che cercano di dar risposta ai quesiti sollevati dalla fattispecie in questione. Gli autori sono Z. Grochowski, P.A. Bonnet e A. Stankiewicz. Vengono anche pubblicate alcune interessanti sentenze della Rota Romana che riguardano l'errore di diritto circa le proprietà essenziali o la dignità sacramentale: due c. Felice (13 luglio 1954 e 17 dicembre 1957), una c. Ewers (18 maggio 1968), una c. Anné (11 marzo 1975), una c. Pompedda (21

aprile 1986), due c. Stankiewicz (26 giugno 1987 e 25 aprile 1991) ed una c. Corso (30 maggio 1990).

Nel primo articolo, di Mons. Grocholewski, è da sottolineare una prima constatazione di fatto con cui inizia il suo studio: l'errore sull'indissolubilità è da sempre molto comune, anche tra i cattolici, nell'odierna società divorzista. Sarebbe perciò contrario al buon senso la pretesa di nullità dei matrimoni in questa situazione. Da lì che il vigente canone 1099 sia un canone veramente radicato nella tradizione della Chiesa, che sempre ha ritenuto validi i matrimoni dei non cristiani finché non venga provato il contrario.

Nella considerazione del vecchio principio della scolastica: *nihil volitum quin praecognitum*, fa una chiara distinzione tra il *volitum in se* ed il *volitum in alio*. Nell'esperienza di ogni giorno, vediamo che l'uomo fa delle vere scelte senza conoscere tutto quello che implicano: vuole qualcosa esplicitamente, ma vorrà anche quelle realtà che sono inseparabili da quel bene scelto. Questa caratteristica della scelta va applicata anche alla scelta matrimoniale per quanto riguarda le proprietà essenziali del matrimonio (pp. 11-13). Distingue poi i diversi gradi di intensità dell'errore di diritto: l'errore semplicemente intellettuale che non influisce sulle concrete scelte volitive; l'errore intellettuale che, però, in qualche modo modifica l'atteggiamento della volontà, che potrebbe arrivare all'errore pervicace, che porterebbe all'esclusione o alla determinazione della

volontà, che è causa del matrimonio o causa della esclusione, ma non ancora un errore che in sé stesso determini la volontà; ed un terzo livello che sarebbe l'errore che in sé stesso determina la volontà. Sarebbe questo l'errore *determinans* come capo autonomo di nullità (pp. 13-15). Però, afferma l'autore, bisogna stare attenti: parte della giurisprudenza sembrerebbe voler dire che ci sono degli errori così radicati nelle persone che si presume che il loro consenso, a meno che ci sia una causa che faccia sì che cambi, no, sarebbe nullo. Contro questa impostazione reagisce, affermando che non si può invertire l'onere della prova. A nostro avviso, c'è un elemento che va ricordato: l'inclinazione naturale al matrimonio, che non si trova soltanto nell'ambito degli istinti, ma anche e soprattutto nei livelli più specificamente umani della scelta matrimoniale, cioè, nell'intelletto e nella volontà, i quali hanno un'inclinazione alla verità e al bene: alla verità del matrimonio e ai beni del matrimonio.

Riguardo all'errore circa la dignità sacramentale l'autore ricorda che già prima del Codice dell'83 affermava la possibilità dell'esclusione della dignità sacramentale come capo autonomo di nullità. Però, ribadisce — e in questo siamo totalmente d'accordo —, che è veramente difficile un errore circa la dignità sacramentale che determini la volontà: chi crede, perché mai dovrebbe respingere la grazia?; e viceversa, perché una realtà che non avrebbe nessuna conseguenza pratica dovrebbe determinare la volontà



di chi non crede? D'altra parte, prendendo spunto dalla *Familiaris Consortio* 68, ricorda la specificità del sacramento del matrimonio, dalla quale scaturisce la necessità di un trattamento a sé dei requisiti dei ministri. La mancanza di fede non dovrebbe essere allegata come una causa di nullità del consenso matrimoniale tra battezzati. E conclude con queste parole: « se i due battezzati vogliono il matrimonio che già esiste nell'economia della creazione e lo celebrano validamente, esso, per la volontà di Cristo, diventa sacramentale. È sufficiente, quindi, che essi vogliano positivamente e consapevolmente detta realtà naturale, e non è necessario — per la validità del matrimonio — che vogliano consapevolmente la sacramentalità » (p. 21).

Il secondo articolo, di Piero Antonio Bonnet, cerca di spiegare il perché della norma prendendo spunto dalle nozioni filosofiche di essenza e proprietà essenziali, conoscenza umana, ecc. Stabilisce delle premesse per la retta interpretazione della norma, che sarebbero queste: la distinzione tra essenza e proprietà essenziali, come realtà diverse da quella ma inseparabilmente unite; la natura e la necessità della conoscenza negli atti umani, ribadendo che per agire è necessario che l'intelletto presenti un contenuto alla volontà; la distinzione tra conoscenza sintetica e conoscenza analitica, essendo sufficiente la prima perché si possa parlare di atto umano con un contenuto e una dimensione di libertà sufficienti. Questi elementi, sostiene, aiuta-

no a determinare il nodo ermeneutico di questo canone e di quelli dell'ignoranza sull'essenza e dell'esclusione. Per una retta interpretazione bisogna non confondere essenza e proprietà essenziali, conoscenza e volontà: si può non conoscere o errare sulle proprietà essenziali senza conseguenze circa la validità del consenso, ma non si possono non volere. In tutto questo ci sembra si deve tener conto della conoscenza per connaturalità negli ambiti in cui è in gioco tutta la persona in quanto tale, nello sviluppo delle proprie tendenze naturali.

Parlando poi dell'errore irrilevante, ricorda quanto detto sulla distinzione tra l'essenza e le proprietà essenziali: chi vuole l'essenza, vuole anche quello che essa implica. Poi, fa la stessa constatazione sociologica: ci sono, tra i non credenti e i non battezzati, tanti che errano circa questi elementi e circa la sacramentalità, e tuttavia la Chiesa non ha mai disconosciuto la validità di questi matrimoni. Fa anche una distinzione tra errore antecedente ed errore concomitante, con un accenno all'errore *dans causam contractui*, che neppure annullerebbe il consenso, dato che i motivi sono diversi dalla decisione, dall'atto di consenso. Quando parla delle proprietà essenziali afferma che si dovrebbero considerare tali anche l'*ordinatio ad prolem* e l'*ordinatio ad bonum coniugum* (pp. 29-30 e 42). Però, pensiamo che se ci teniamo alle definizioni di San Tommaso a cui fa riferimento l'autore, queste realtà si trovano più tra la natura del matrimonio che



tra le proprietà essenziali. La natura, afferma Tommaso, è l'essenza in quanto principio di operazioni. Errare, quindi, circa l'ordinazione alla prole o al bene dei coniugi sarebbe errare sull'essenza, non circa una proprietà essenziale.

Parlando dell'errore che determina la volontà, afferma che in codesta situazione l'errore modifica l'oggetto della volontà, in quanto si vorrebbe una qualche realtà diversa dal matrimonio. L'errore non rimarrebbe nell'intelletto, ma informerebbe la volontà. Non è che vi sia un'esclusione, ma l'errore *radicatus* renderebbe impossibile volere l'essenza del matrimonio, in quanto le proprietà essenziali o la sacramentalità, benché diverse dall'essenza, sono da essa inseparabili. Sarebbe, sostiene, una situazione del tutto eccezionale, in quanto ci troviamo dinanzi ad una conoscenza errata ma certa.

Alla fine, fa una difesa dell'autonomia della fattispecie. L'errore che determina la volontà va distinto dalla simulazione, nella quale ci sono due volontà: l'una simulata e l'altra dissimulata, e c'è una consapevolezza che manca nell'errore determinante. Va distinto anche dalla condizione, in cui il dubbio, che manca nell'errore, è l'elemento che la contraddistingue. Poi, se si fa un paragone con il canone 126, troveremo l'errore determinante non nell'errore che versa su una condizione, ma nell'errore *qui versetur circa id quod substantiam actus constituit*.

Conclude affermando che il vigente canone 1099 esprime meglio

la realtà del diritto divino. Corrisponderà alla dottrina e alla giurisprudenza darle una retta interpretazione.

L'intervento di Mons. Stankiewicz viene incentrato sull'evoluzione normativa e giurisprudenziale, occupandosi specialmente dell'autonomia della fattispecie e del senso della nuova clausola *dummodo non determinet voluntatem*.

Anche lui inizia con una constatazione: *errare humanum est*. La dottrina canonica faceva la distinzione tra l'errore motivo o errore vizio e l'errore ostativo. L'irrilevanza del primo nei riguardi della validità del matrimonio si situava nella presunzione di una volontà generale: chi si vuole sposare, di solito vuole quello che è il matrimonio. Però dicono, era conveniente stabilire l'irrilevanza dell'errore di diritto, anche se causa del matrimonio.

La dottrina e la giurisprudenza anteriori al CIC 83 non condividevano questa distinzione, e neanche quella della pandettistica tra l'errore proprio e l'errore improprio. Faceva, invece, la distinzione tra errore circa la sostanza ed errore circa le proprietà essenziali o la dignità sacramentale. Questi ultimi erano ritenuti irrilevanti in sé stessi, tranne nei casi in cui fossero causa remota della simulazione. In conclusione, la dottrina e la giurisprudenza anteriori non davano autonomia all'errore che non riguardasse la sostanza. Esso, infatti, veniva sempre unito alla volontà condizionante contro la sostanza del matrimonio o alla simulazione parziale.

Contro questa sistematica, il nuovo canone 1099 — ritiene Stankiewicz — ha stabilito l'autonomia dell'*error determinans*: si è operato un passaggio da un'autonomia di mera qualificazione giuridica (can. 1084 CIC 17) all'autonomia efficace giuridica dell'errore che determina la volontà (can. 1099 CIC 83). L'opinione oggi più diffusa sarebbe quella dell'autonomia della fattispecie, che non si dovrebbe ricondurre alla *condicio sine qua non* del canone 126, né alla simulazione di cui al canone 1101 § 2.

L'elemento che determinerebbe l'autonomia della fattispecie è la clausola aggiunta al canone « *dummodo non determinet voluntatem* ». È vero che il canone dice direttamente che l'errore circa l'unità o l'indissolubilità o la dignità sacramentale del matrimonio non vizia il consenso, purché non determini la volontà; però, con l'argomento a contrario, si può affermare che nel canone viene stabilita la rilevanza dell'errore che determina la volontà (pp. 80-81).

Affermata l'autonomia della fattispecie, l'autore cerca di determinare la rilevanza del fattore volitivo nell'errore determinante la volontà. Questo presenta diverse difficoltà, sia dal punto di vista sostantivo, sia dal punto di vista processuale, cioè, della prova della fattispecie. Un primo problema è il senso del termine *determinans*. Qualunque sia l'interpretazione, non si può fare a meno dell'elemento volitivo. Perciò, l'errore *determinans* va distinto dall'errore *causam*

*dans contractui*, in quanto dobbiamo distinguere tra i motivi e la decisione (cfr. p. 83).

Finisce ribadendo l'autonomia della fattispecie nei riguardi dell'esclusione, nella quale c'è l'elemento della consapevolezza, che manca nell'errore determinante. Però, afferma, si richiede l'atto positivo di volontà anche nella detta fattispecie. In verità, ci sembra assai difficile fare la distinzione tra le due fattispecie nel caso concreto. Tuttavia, dal punto di vista processuale, l'autore sostiene che la fattispecie sarebbe riconoscibile nel cosiddetto errore pervicace (cfr. p. 85).

Dalla lettura dei diversi articoli possiamo trarne alcune considerazioni. In primo luogo, a nostro avviso, c'è un elemento essenziale per l'adeguata comprensione della fattispecie: il rapporto tra intelletto e volontà. Questo è stato uno degli argomenti più discussi nella filosofia della conoscenza. Bisogna evitare gli estremi atteggiamenti intellettualistici o volutaristici. Può veramente l'intelletto determinare la volontà? Dobbiamo evitare il determinismo razionalista. È la volontà una facoltà assolutamente indeterminata, libera dai contenuti presentatigli dall'intelletto? Anche qui, bisogna evitare una nozione di volontà — e di libertà — di tipo volutaristico, come quella che intende la libertà come assoluta indeterminazione nell'agire. Perciò, soltanto con un'adeguata comprensione del rapporto tra queste due facoltà sarà possibile dare una risposta conforme a verità ai quesiti posti dalla fattispecie in questione.

Un altro elemento di cui tener conto sarebbe la natura della volontà: pensiamo che la distinzione fatta da San Tommaso tra *voluntas ut natura* e *voluntas ut ratio* — volontà come inclinazione e volontà come decisione — potrebbe giovare ad una chiarificazione dei problemi analizzati e a capire perché l'errore circa le proprietà essenziali o la sacramentalità, in linea di massima, non intacca la decisione volontaria che è il consenso: la volontà non è una facoltà in stato puro il cui contenuto viene stabilito dall'intelletto, ma ha le sue inclinazioni naturali al bene e, specificamente nella decisione matrimoniale, ai beni del matrimonio. Lo stesso si dovrebbe dire dell'intelletto, che ha le sue inclinazioni alla verità. Come si vede, la nozione di agire umano e di libertà è essenziale per una retta interpretazione della fattispecie di cui al canone 1099. Pensiamo che l'Enciclica *Veritatis Splendor* di Giovanni Paolo II dia risposta a molti dei quesiti qui proposti.

Un'ultima considerazione nasce dall'ipotizzare che una simile fattispecie si presenti nella pratica. Ci sembra infatti di trovarci di fronte ad un'ipotesi troppo *chimicamente pura*. È possibile errare fino al punto che questo errore determini la volontà e che di esso non vi sia consapevolezza, tenendo anche conto della *inclinatio naturae* al matrimonio? Se questo è possibile nei casi in cui i contraenti non conoscono la dottrina della Chiesa nei riguardi del matrimonio e la famiglia, ci sembra veramente difficile che due cattolici che si sposano in

Chiesa e che ne conoscano la dottrina, possano dar luogo alla fattispecie *a sé*. Forse l'errore, se è molto radicato, porterà allora all'esclusione o alla condizione. A nostro avviso, è quasi impossibile che rimanga entro la fattispecie del canone 1099. Perciò, pensiamo che la fattispecie, che nella teoria avrebbe la sua autonomia, nella pratica sarà difficile da individuare come categoria indipendente. Pensiamo, comunque, che è molto difficoltoso distinguere le diverse fattispecie nel caso concreto. Il giudice dovrà tener conto non soltanto della norma scritta, ma anche di quella retta antropologia di cui in non poche occasioni ha parlato il Romano Pontefice.

Héctor Franceschi F.

AA.VV., *Il processo matrimoniale canonico (Nuova edizione aggiornata e ampliata)*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 1994, p. 874.

Nel primo volume della nostra Rivista (*Ius Ecclesiae* 1 (1989), p. 689-696), il prof. Rodríguez-Ocaña pubblicò un'ampia recensione alla prima edizione di quest'opera, che raccoglieva diversi contributi riguardanti gli aspetti del processo matrimoniale, e che fece seguito a uno dei cicli di conferenze svoltosi sotto la cura dell'arcisodalizio della Curia Romana. Le due edizioni sono state curate dall'avv. C. Gullo ed il prof. P.A. Bonnet. Nella sum-

menzionata recensione, il prof. Rodríguez-Ocaña, oltre ad esprimere i meriti complimenti per l'opera recensita, fece due osservazioni che sono state sostanzialmente soddisfatte in questa seconda edizione. Un suggerimento riguardava l'ordine sistematico: non appariva chiaro, secondo il prof. Rodríguez-Ocaña, il motivo per cui venisse anteposto il tema della perizia a quello della fase introduttiva del processo. D'altra parte, auspicava che venissero meglio distinti gli aspetti del processo di nullità matrimoniale dai contributi riguardanti altri aspetti quali il processo di separazione, il processo documentale e la dispensa « *super rato et non consummato* ».

In effetti, nell'edizione del 1994, il saggio sulla fase introduttiva precede quello relativo alle perizie. Per quanto riguarda invece l'altro suggerimento, alcuni degli aspetti testé riferiti — il processo documentale e quello *super rato* — che venivano trattati nell'ultima parte dell'edizione del 1988, non compaiono in questa del 1994, poiché integrarono il volume *I procedimenti speciali nel diritto canonico*, pubblicato dall'arcisodalizio della curia romana nel 1992. Va notato comunque che il contributo di CG sul processo di separazione è stato tolto dall'edizione che commentiamo, ma non fu neanche incluso nel volume riferito sui procedimenti speciali.

Gli altri cambiamenti rispetto all'edizione del 1988 non sono di poco conto; in parte, per la scomparsa di alcuni degli autori che vengono

giustamente ricordati nella presentazione: Ch. Lefebvre, J. Ochoa, J.M. Pinto e G.M. Usai. Per quanto riguarda le novità, da una parte sono stati introdotti abbondanti riferimenti al CCEO; e sono stati rielaborati alcuni dei contributi pubblicati nella prima edizione (in particolare quelli di Llobell sui patroni e sulla genesi della sentenza e quello di Gullo sulla « *nova causae propositio* »). Ma soprattutto sono stati aggiunti ben nove nuovi saggi. In primo luogo, uno studio storico di F. Salerno: « *Precedenti medioevali del processo matrimoniale canonico* » (pp. 27-100), che viene a sostituire quello pubblicato da Ch. Lefebvre nella prima edizione. Lo studio di Salerno, comunque, oltre a fondare la specialità del processo matrimoniale canonico nella legislazione medievale, sottolinea la continuità delle linee basilari contenute nei testi medievali con i documenti legislativi emanati dal concilio di Trento fino al presente. L'autore conclude che il *Corpus Iuris Canonici* risulta essere la fonte preminente della regolamentazione del processo matrimoniale stabilita nelle codificazioni del 1917, del 1983 e del 1990.

Risultano anche nuovi due contributi riguardanti l'organizzazione giudiziaria canonica. P.A. Bonnet si occupa de « *I Tribunali nella loro diversità di grado e di specie* » (pp. 183-225) e C. de Diego-Lora de « *I Tribunali della Sede Apostolica* » (pp. 227-297). Bonnet studia sia la potestà giudiziaria del vescovo sia quella del vicario giudiziale e gli altri giudici diocesani; tratta anche

dei tribunali interdiocesani e dell'esercizio unipersonale e collegiale della potestà giudiziaria; dell'uditor e il relatore; del promotore di giustizia, il difensore del vincolo ed il notaio; l'autore si sofferma a confrontare le parti pubbliche con quelle private. Termina infine esponendo le regole di determinazione dei tribunali di seconda (e ulteriore) istanza. De Diego-Lora, a sua volta, ripropone uno studio approfondito sulla composizione e le funzioni degli uffici che integrano i tribunali della Rota Romana e della Segnatura Apostolica; nonché sulle loro competenze e procedure. Pensando a ulteriori edizioni di questo volume, sarà auspicabile l'integrazione delle pagine riguardanti alla Rota Romana con quanto dispongono le vigenti norme speciali, pubblicate posteriormente al volume che commentiamo.

È anche nuovo un interessante contributo di I. Zuanazzi su « Le parti e l'intervento del terzo » (pp. 323-391). L'autrice non soltanto completa lo studio di G.M. Usai della precedente edizione (sul difensore del vincolo ed il promotore di giustizia in quanto parti pubbliche), ma offre un'ampia trattazione che muove dalla considerazione degli interessi privati e pubblici nella dichiarazione di nullità matrimoniale; dedica le ultime pagine alla partecipazione dei terzi estranei al rapporto matrimoniale. Anche di questi terzi si occupa F. Daneels, in un altro contributo nuovo rispetto alla precedente edizione: ha per titolo « Il diritto di impugnare il

matrimonio » (pp. 393-403). L'autore analizza i canoni 1674 e 1675 CIC, con riferimenti alle normative precedenti e alle interpretazioni e applicazioni giurisprudenziali di esse.

R. Colantonio tratta in un altro saggio nuovo de « La litis contestatio » (pp. 491-538); dopo aver riferito i precedenti del diritto romano, delle decretali e del codice piobenedictino, si occupa del diritto attuale: la nozione, il *modus procedendi* e gli effetti, sia procedurali che sostanziali, della *litis contestatio*. V. Palestro, a sua volta, tratta de « L'istanza della lite » (pp. 539-566): dall'istanza introduttiva della lite ai modi di cessazione, interruzione e sospensione dell'istanza, la perenzione e la rinuncia e i mezzi stragiudiziali per porre fine all'istanza. Ai contributi già presenti nella precedente edizione in materia probatoria, si è aggiunto il saggio di A. Stankiewicz su « Le caratteristiche del sistema probatorio canonico » (pp. 567-597); il giudice rotale affronta le questioni fondanti della prova nel diritto canonico: le concezioni sottostanti, la struttura e le tipologie della prova: prova giudiziale e stragiudiziale; diretta, indiretta e sussidiaria; libera e legale, piena e non piena; finisce parlando della tipicità ed ammissibilità delle prove. Lungo l'esposizione, si sofferma anche su alcuni punti centrali del sistema probatorio, quali il libero apprezzamento da parte del giudice, o la necessità di motivare sia il divieto ai patroni dell'assistenza all'escussione delle parti, dei testi o dei pe-



riti sia il rigetto delle prove addotte dalle parti.

Gli ultimi due nuovi contributi riguardano alcuni dei mezzi di impugnazione (anche se affrontati in modo generico in un altro saggio): « L'appello », a cura di P. Moneta (pp. 771-795) e « La cosa giudicata e la "restituzione in integro" » di F. Ramos (pp. 825-844). Moneta, oltre a studiare i profili generali, le pronunce non soggette ad appello, la legittimazione ad esso, il giudice competente, l'ambito e i limiti del giudizio di appello, lo svolgimento del giudizio ed il riesame della prima sentenza di nullità *ex can.* 1682, si sofferma in modo particolare sulla proposizione, prosecuzione e rinuncia all'appello. Conclude per la non perentorietà dei termini previsti per l'appello nelle cause matrimoniali e più in generale in quelle sullo stato delle persone, e di conseguenza la possibilità di proporre l'appello in qualsiasi momento. Ramos, infine, studia con cura gli istituti del giudicato e della *restitutio in integrum*; lo fa determinando i concetti, i presupposti, i procedimenti e gli effetti di questi istituti che, seppure non coincidono esattamente con l'ambito delle cause sullo stato delle persone, offrono uno spunto di completezza a tutta la trattazione del processo canonico.

Il risultato dei miglioramenti rispetto alla precedente edizione è senz'altro apprezzabile; la nuova edizione inoltre supera in quasi quattrocento pagine quella del 1988 ed è stata completata con un indice onomastico e un indice-som-

mario dei contributi contenenti il volume; infine, anche l'indice analitico è stato completato. Il tutto costituisce uno strumento decisamente utile che premia il lavoro dei responsabili dell'arcisodalizio e in particolar modo dei curatori dell'edizione.

Miguel A. Ortiz

AA.VV., *Vitam impendere magisterio. Profilo intellettuale e scritti in onore dei professori Reginaldo Pizzorni, O.P., e Giuseppe Di Mattia, O.F.M. Conv.*, a cura di D.J. Andrés Gutiérrez, C.M.F., Libreria Editrice Vaticana e Libreria Editrice Lateranense, Roma, 1993, p. 392.

Diciassette sono gli studi che appaiono in questo volume preceduti dai profili biografico scientifici dei due noti professori dell'Università Lateranense, i Padri Reginaldo Pizzorni e Giuseppe Di Mattia, cui è dedicato il libro in occasione della loro collocazione fuori ruolo per raggiunti limiti di età, sebbene tuttora proseguano la loro benemerita attività di ricerca.

Come spesso avviene in opere di questo genere i contributi spaziano su tematiche molto diversificate, che possono essere a grandi linee raggruppate intorno a tre nuclei principali. Mi limiterò alla loro elencazione qui di seguito con alcune brevissime considerazioni finali.

In primo luogo si collocano gli studi di tipo storico. Troviamo qui



gli scritti dei Proff. Gian Luigi Falchi « A proposito di Sirm 6 e della tradizione manoscritta del CTh », Filippo Liotta « Vicende bolognesi della Constitutio "In Basilica Beati Petri" di Federico II », Onorato Bucci « L'istituto giuridico del matrimonio nella tradizione canonistica della Chiesa latina alla ricerca di una sua autonomia fra regolamentazione civilistica statuale di derivazione romanistica e formulazioni di dottrine sociologiche della scuola strutturalistica europea », Domingo J. Andrés Gutiérrez, curatore del volume, « Sinodo Romano e Università Lateranense. Considerazioni storiche, giuridiche e statistiche », Gladys Meza-Estermann « El real Patronato de Indias y la provision de sedes episcopales en la Gran Colombia. Estudio histórico-diplomático ».

Nove sono poi gli studi di ambito giuridico-canonistico: « Parte convenuta nelle cause di nullità del matrimonio » di Mons. Zenon Grocholewski; « Incardinatio y transmigratio de los clérigos seculares » di Mons. Julián Herranz; « La cremazione nel diritto comparato » del Prof. Zbigniew Suchecki; « La funzione di vigilanza del Vescovo diocesano (can. 392) » del Dott. Fabio Fabene; « L'assetto istituzionale dei Pontifici Consigli. Il caso del Pontificio Consiglio per la Famiglia » del Prof. Juan Ignacio Arieta; « Il can. 1399: Alcuni aspetti della sua portata e incidenza nel sistema penale canonico » del Prof. Josemaría Sanchis; « Riflessioni circa il rapporto tra diritto e pastorale nella Chiesa » del Prof. Carlos José

Errázuriz M.; « I Battezzati non cattolici e la promozione dell'unità dei Cristiani nel nuovo Codice dei Canonici delle Chiese Orientali » del Prof. Dimitri Salachas; « Diritto e morale nella situazione esistenziale dei divorziati -risposati con particolare riferimento all'Italia » del Prof. Valentino Ferrari.

Infine sono presenti tre contributi di tipo etico-filosofico: « La bioetica, le biotecnologie e il problema dell'identità della persona » del Prof. Francesco D'Agostino; « Abbozzo per una assiologia tomista » del Prof. Dario Composta e « La concezione del lavoro nella dottrina sociale della Chiesa ed i suoi riflessi sulla disciplina del personale della Sede Apostolica » del Prof. Nicola De Marinis.

Come rileva il Prof. Andrés nella presentazione del volume non è rintracciabile un'unità tematica che colleghi gli studi contenuti in questo libro.

Se ciò obbliga, nei ristretti limiti di una recensione, ad una scarna elencazione dei loro titoli, al contempo è segno della profonda considerazione verso questi due Professori di studiosi di ambiti diversi che hanno così voluto rendere omaggio a due dei loro più stimati colleghi e, in non pochi casi, maestri nelle aule universitarie. Non solo, ma le tematiche affrontate in questo volume, spesso di grande attualità e rilevanza nel dibattito scientifico etico-giuridico all'interno della Chiesa e della società civile, costituisce un ulteriore indice della traccia che i Professori Pizzorni e Di Mattia hanno lasciato,

come peraltro è riscontrabile nell'elenco delle loro pubblicazioni, in lunghi anni di insegnamento e di ricerca.

Davide Cito

Elisabetta CASELLATI ALBERTI, *L'educazione dei figli nell'ordinamento canonico*, Cedam, Paodva, 1990, p. 182.

In der kirchenrechtlichen Literatur ist es nicht immer leicht, Monographien aus dem Gebiet des Familienrechts zu finden. Dies ist umso erstaunlicher, da in den letzten Jahren ein verstärktes Interesse seitens des kirchlichen Lehramtes bezüglich Ehe und Familie zu bemerken ist. Die wissenschaftliche Lehre hat zwar ihre Aufmerksamkeit stets stark auf die Ehe ausgerichtet, aber vorwiegend die Ehe *in fieri* d.h. die Eheschliessung und ihre möglichen Nichtigkeitsgründe untersucht. Dieser Blickwinkel hatte die Gefahr, dass der Pathologie der Ehe eine übermässige Aufmerksamkeit geschenkt wurde. Die Betrachtung der Ehe *in facto esse*, d.h. der Ehe als existierende Realität, die eine einander gegenseitig geschuldete Lebens- und Liebensgemeinschaft ist und die erste Form der weiteren Gemeinschaft Familie bildet, ist bis jetzt im Kirchenrecht im Gegensatz zu den staatlichen Gesetzgebungen zu kurz gekommen.

In diesem Sinne ist die vorliegende Studie interessant, da sie ein

so wichtiges Thema wie die Erziehung in der kirchlichen Rechtsordnung behandelt. Die Autorin hat versucht, den Rechtsbegriff der Erziehung im kanonischen Recht zu untersuchen, indem sie von den normativen Bestimmungen des Codex mit Einbeziehung der Rechtslogik ausgeht. Die Studie legt ihr Hauptgewicht auf drei grosse Untersuchungsbereiche: Der erste untersucht die Motive, die zur Änderung des Begriffs *obligatio* in can. 1113 des Codex von 1917 zum Begriff *officium-ius* in can. 1136 des Codex von 1983 geführt haben. Anschliessend werden die Normen untersucht, die die Rechtslage der Eltern und der Kinder festlegen und abschliessend zeigt die Verfasserin die Rechtswirkungen bei Nichterfüllen der Pflicht zur Erziehung auf.

Die von der Autorin gesteckte Zielsetzung ist kein leichtes Unterfangen, da der Codex von 1983 keine organische Behandlung der Familie enthält. Das Familienrecht ist im Codex nur fragmentarisch geregelt. Die Verfasserin musste — wie Ombretta Fumagalli Carulli im Vorwort des Buches mit Recht bemerkt — ein legislatives heterogenes und zusammengesetztes Mosaik rekonstruieren, um welches sich eine schwierige Auseinandersetzung zwischen Rechtswelt, Familie und kirchlicher Gesellschaft abspielt (S.2).

Die Arbeit ist in vier Kapitel aufgeteilt. Das erste Kapitel, das die Erziehung und die Wirkungen der Ehe behandelt, kann als eine Art Einführungskapitel verstanden

werden. Nachdem die Verfasserin die Notwendigkeit der Hilfe des interdisziplinären Dialogs der Wissenschaften als Voraussetzung für die Erarbeitung des Rechtsbegriffs hervorgehoben hat und kurz die Rechtsmethode des Vorgehens erwähnt, legt sie das Hauptaugenmerk auf philosophische Prinzipien d.h. vor allem die der Scholastik, da diese ein geeignetes Instrumentarium für die Antwort auf die Frage des Gerechten ist. Die Verfasserin stellt sich dann die Frage, ob die Kirche ein universelles und für alle geltendes Ehe- und Familienrecht festlegen soll. Der in der Synode von 1980 gemachte Vorschlag eines Familienrechts wurde im Codex nicht aufgenommen. Dieser enthält keine spezifische und organische Regelung des Familienrechts. Die Frage, ob man überhaupt ein Familienrecht in der Kirche haben soll, bleibt bis heute umstritten: Tatsache ist, dass im Codex zwar Normen über Ehe und Familie vorhanden, diese aber über den ganzen Codex verstreut sind. Die Synodalväter wollten ein allgemeingültiges Modell der Familie, der Gesetzgeber hingegen hatte gemäß Interpretation der Autorin die Absicht, ein Gleichgewicht zwischen Universalität und Historizität (d.h. Notwendigkeit auf die einzelnen konkreten Verhältnisse einzugehen) herzustellen. Universalität und Historizität sind für die Verfasserin nicht antithetisch. In diesem Sinne ist diese Aussage interessant, da die Kanonistik oft wegen ihrer Universalität angegriffen

wird, hingegen könnte gerade diese Tatsache ein interessanter Beitrag des Kirchenrechts für die Zukunft sein. Mit Recht bemerkt die Autorin, dass die Würde der Person ein Leitprinzip des Codex von 1983 ist und dass in diesem Bereich seit dem Codex von 1917 eine Vertiefung stattgefunden hat. An dieser Stelle wäre es wünschenswert gewesen, wenn die Problematik Universalität und Historizität ausführlicher behandelt worden wäre.

Im zweiten Kapitel (S.35 ff) untersucht die Verfasserin die entscheidenden Faktoren, die den Rechtsbegriff *obligatio* in can. 1113 des Codex von 1917 zu *officium-ius* in can. 1136 des Codex von 1983 verändert haben: An erster Stelle werden die formellen Faktoren untersucht. Die *obligatio* wurde durch die allgemeine Kategorie *officium-ius* ersetzt. Dabei wird gezeigt, dass der Begriff *obligatio* im Codex 1917 in einem kulturellen Klima entstanden ist, in welchem die positivistische Theorie ihren Sieg fortgetragen hat. Man imitierte die zivilen Gesetzgebungen, wo methodische Ausrichtung, Begriff und abstrakte Formulierung ihren Eingang gefunden hatten. Im Gegensatz zu den zivilen Gesetzgebungen war aber der Protagonist des Systems nicht das Individuum, sondern die Autorität, die Hierarchie der Kirche. Die Eltern waren bezüglich der Erziehung nur Instrumente der Hierarchie. Das Grundproblem war, dass die Gläubigen keine tragende Aufgabe hatten. In diesem Kontext behandelt die Autorin die Fra-

ge des öffentlichen und des privaten Rechts im Codex von 1917. Sie würdigt die Theorie von Pio Fedele kritisch, die in der Basis des Kirchenrechts nur den Schutz des öffentlichen Interesses sieht. Nach dieser Theorie ist das Unterscheidungskriterium zwischen öffentlichem und privatem Interesse die *utilitas*. Die Verfasserin verneint diese Theorie mit Recht und zeigt, dass die Anerkennung der subjektiven Rechte im Kirchenrecht ein langer Prozess war und erst der Codex von 1983 sie ausdrücklich anerkennt. Die Verfasserin sieht das Fundament dieser subjektiven Rechte in der Würde der Person, was aber eine Präzisierung erfordert: Die Grundrechte in der Kirche haben im Gegensatz zu den Menschenrechten ihr Fundament, wie Javer Hervada richtig zeigt, in der Verfassung der Kirche, d.h. im göttlichen Recht. Die Erfordernis des Christseins muss gegeben sein. Sicherlich ist die Würde der Person eine notwendige Voraussetzung, aber die Person muss durch die Taufe Glied der Kirche sein. Neben diesen formellen Faktoren zeigt die Verfasserin auch, dass substantielle Faktoren zur Änderung des Rechtsbegriffs geführt haben: die Anpassung des Codex an die Dokumente des Konzils und des Lehramtes der Kirche. Hier vermisst man eine detailliertere Würdigung der Problematik, da eben vieles im Codex gerade nicht rechtliche Übertragung der Konzilsgedanken war.

Im dritten Kapitel wird die Erziehungsaufgabe der Eltern behan-

delt (S.91 ff). Die Autorin untersucht den can. 1136 und setzt ihn in Beziehung mit den anderen über den ganzen Codex verstreuten Normen. Es wird richtig festgestellt, dass die Pflicht der Erziehung, die die Eltern haben, unabhängig von der Ehe behandelt werden muss, da das Fundament dieser Pflicht in der Zeugung besteht. Die unehelichen Kinder im Codex von 1917 wurden diskriminiert: Die Sünde der Eltern war der Grund dieser Diskriminierung. Aus dieser Bestimmung ist ersichtlich, dass man Moral von Recht nicht klar getrennt hatte. Der Codex von 1983 enthält einen neuen Grundgedanken: Schutz des Kindes und eine grössere Verantwortung der Eltern bezüglich ihrer Kinder, seien sie in der Ehe oder ausserhalb der Ehe geboren. Die Autorin weist auf die integrale Erziehung als Inhalt dieser Pflicht hin, dabei hebt sie den kulturellen Aspekt hervor. Meines Erachtens muss aber hinzugefügt werden, dass die in can. 1136 aufgezählten Aspekte die kirchliche Rechtsordnung nicht an sich interessieren, sondern in dem Masse, in welchem sie in Beziehung zur sittlich-religiösen Erziehung, d.h. zur Erziehung im Glauben stehen. Ein anderer wichtiger Grundgedanke, den die Autorin erwähnt, ist die Tatsache, dass die Eltern bezüglich der Erziehung gleichgestellt sind. Sie sind die primären Erzieher ihrer Kinder, dies gilt auch in der Kirche. Es gibt jedoch eine innere Grenze, d.h. der Schutz der Kinder, die gemäss can. 217 Recht auf eine chri-

stliche Erziehung haben. Auch gibt es eine äussere Grenze: die Richtlinie der Kirche, die auch ein Recht auf Erziehung hat. Abschliessend behandelt die Autorin die Frage, ob man in der Kirche von Religionsfreiheit sprechen kann. Dieser Begriff hat seinen Grundgedanken im liberalen und demokratischen Gedankengut: Religion ist etwas Privates. Die Autorin stellt richtig fest, dass die Freiheit nichts Absolutes ist: sie hat ihre Wurzel in der Lex d.h. im Willen Gottes. Religionsfreiheit in der Kirche ist nur geschützt, soweit sie Teil des göttlichen Planes ist.

Im vierten und letzten Kapitel (S.139 ff) wird das Recht auf Erziehung, das die Kirche hat und ihre Beziehung zum Recht der Eltern aufgezeigt. Can. 226 und can. 1136 müssen gemäss der Verfasserin in Zusammenhang mit can. 209 gesehen werden. Es ist eine Pflicht der Gläubigen, die Einheit mit der Kirche zu wahren. Offen bleibt die Frage, ob diese eine juristische oder nur moralische Pflicht ist. Damit diese eine rechtliche Pflicht ist, bräuchte die allgemeine Formulierung in can. 209 noch eine Norm, die das allgemeine Prinzip konkretisiert. Weiter behandelt die Autorin die Zusammenarbeit zwischen der Kirche und den Eltern bezüglich der Erziehungspflicht. In diesem Sinne ist der can. 1063 interessant, da er diese gemeinschaftliche Dimension der Ehe und Familie hervorhebt. In diesem Zusammenhang werden die Rechtswirkungen der Erzie-

hung bezüglich des can. 1096 und des can. 1057 § 2 in Beziehung zur Partialsimulation von der Verfasserin geprüft. Für sie ist die Erziehung dem Ehevertrag fern und hat nur eine Rechtswirkung bezüglich des Kindesverhältnisses. Hier braucht es meines Erachtens eine Präzisierung: Sicherlich braucht die Erziehung nicht Objekt des minimalen Wissens, das in can. 1096 gefordert wird, zu sein. Hingegen ist das Recht und die Pflicht, die Kinder in der ehelichen Gemeinschaft zu erziehen, eine wesentliche Pflicht der Ehe, deren Ausschluss nach can. 1101 § 2 die Ungültigkeit der Ehe zur Folge hat. Abschliessend untersucht die Verfasserin die Pflichten der Kirche zur Erziehung bezüglich Glaubensunterweisung, Taufe und Mischehen und die Rechtswirkungen bei Nichterfüllung dieser Pflicht.

Die Autorin hat versucht, ein wichtiges Thema, das leider immer noch in der kirchenrechtlichen Literatur zu kurz kommt, zu untersuchen. Die Arbeit wirft interessante Probleme auf, und ist in diesem Sinne lesenswert. Einige Lösungsvorschläge fehlen, lassen aber Raum für eine wissenschaftliche Vertiefung. Es ist zu hoffen, dass viele Kirchenrechtler sich einem so wichtigen Thema wie Ehe und Familie in der Zukunft wissenschaftlich widmen werden.

*Gabriele Eisenring*

Dario COMPOSTA, *Filosofia del diritto II. I fondamenti ontologici del di-*



ritto, Urbaniana University Press, Roma, 1994, p. 357.

En 1991 le professeur Composta publiait chez le même éditeur un premier volume consacré à la philosophie du droit (*Filosofia del diritto, Prolegomeni, epistemologia, metodologia, protologia*). Voici à présent le second. Il porte sur l'ontologie du droit (première partie) et de la justice (seconde partie). Sans sacrifier aux caprices de la mode académique, l'auteur affronte méritoirement les questions les plus fondamentales en la matière.

Son *Ontologie juridique* le conduit au droit naturel. Après avoir expliqué les principales théories, il prend parti en faveur de la doctrine classique du droit naturel, la seule qu'il estime à même de rendre compte à la fois des quatre éléments indispensables: *essere, divenire, socialità e doverosità* (p. 19). Il répond aussi aux diverses critiques formulées à l'égard de cette doctrine (Kelsen, Hart, Bobbio, Croce...). Passant ensuite de la perspective historique à un point de vue apologétique, il présente cinq arguments en faveur de l'existence du droit naturel classique (chapitre III).

Contrairement aux critiques de certains anthropologues, sociologues, et structuralistes, il soutient l'existence du droit naturel, dont il tâche de préciser l'essence (chapitre V). Partant de la conception thomiste de nature, il a recours au concept d'*inclinations naturelles*. Ces inclinations, qui permettent

de dégager des critères de comportement, ne doivent pas être confondues avec les simples tendances ou les instincts, même si, d'après lui, la psychologie moderne confirme les intuitions des classiques.

S'inspirant de Rosmini, mais aussi d'auteurs plus modernes tels que Fabro et Cotta, il souligne le rôle actif de la raison pratique: l'être humain participe au gouvernement divin dans la mesure où, par le travail de sa raison pratique, il connaît et promulgue l'ordre divin imprimé en lui. De la sorte il évite les écueils de l'idéalisme et du biologisme. Il aborde également la pseudo-objection de la *fallacia naturalistica*.

Quant au contenu du droit naturel, il le considère circonscrit par trois sphères concentriques, à savoir la protection de la vie individuelle, la construction de l'institution familiale, et le progrès social et culturel de la communauté.

Le professeur Composta tire de nombreuses conséquences de l'abîme qui sépare la conception classique du droit naturel et le iusnaturalisme moderne. Il montre aussi qu'il serait erroné d'assimiler au subjectivisme toute reconnaissance de droits humains découlant de la dignité humaine. Sur ce point il ne suit pas les conclusions de M. Villey.

Aux chapitres V et VI, il aborde deux sujets très actuels: l'immutabilité du droit naturel et sa juridicité. Alors que bon nombre d'auteurs tendent à reléguer la loi naturelle au domaine de la conscience personnelle, il souligne le caractère



proprement juridique du droit naturel, répondant ainsi à ceux qui, comme J. Dabin, estiment que le droit naturel n'est pas juridique mais moral. Les partisans du droit naturel « juridique » (le lecteur voudra bien tolérer ce pléonasm obligé!) révèlent aussi entre eux des divergences notables. Ainsi, Cotta estime que le droit naturel en vigueur n'est autre que le droit positif, alors que Maritain faisait état de différences analogiques entre ces deux droits. Suivent des réponses aux objections fréquentes (surtout la carence du droit naturel au niveau de la positivité et de l'efficacité). On y trouve une position à la fois proche de Graneris et attentive aux nuances apportées par de nombreux auteurs (notamment Kaufmman).

Le chapitre VII situe le droit naturel par rapport à la coutume, au *ius gentium*, au droit international et au droit civil. Sur ce dernier point, D. Composta reconnaît au droit naturel une fonction à la fois supplétive, justificatrice et correctrice de la loi civile.

La seconde partie de l'ouvrage — *diceologia* — commence par une récapitulation des principales conceptions de la justice à travers les siècles. L'auteur donne sa préférence à la notion de *relation de justice*. Situait dans le concret, la relation, qui se compose de quatre éléments: le sujet, le terme, le rapport et son fondement.

L'auteur propose — au chapitre X — une véritable ontologie de la justice, où l'on détecte l'influence de Pieper. La justice, qui suit « le

juste », ne doit pas être diluée dans un vague idéal. On retrouve les catégories traditionnelles de justice commutative, distributive et générale (ou légale), auxquelles s'ajoute la justice « administrative » (lorsque les parties au rapport sont des personnes ou organes publics). La justice sociale est également abordée. L'équité (avec une mention à part pour l'équité canonique) ferme la marche.

Dans sa conclusion, l'auteur précise davantage sa position et se montre favorable à la conception réaliste du droit: *iustum*. La chose juste est l'acceptation propre du droit, la loi et la faculté du sujet n'en étant que des acceptations analogiques et dérivées. La *res iusta* plonge ses racines dans le droit naturel et peut être reconnue par le droit positif ou établie par les sources de droit positif. La conception réaliste du droit (qu'il qualifie de « réalisme juridique métaphysique ») est rapprochée du concept d'*institution*: selon D. Composta, si la chose juste est un rapport, l'institution est « un système ou cadre de multiples rapports objectifs et dynamiques de justice » (p. 313-314). La *res iusta* trouve donc son lieu propre dans l'institution (notion qu'il reprend en particulier à G. Renard).

Dans cet ouvrage bien documenté, le réalisme juridique métaphysique, loin de verser dans une « chosification » réductrice, s'allie harmonieusement avec le personnalisme. En effet, le personnalisme authentique suppose le respect du *iustum*, et notamment des biens dus à

la personne en vertu de sa nature humaine.

*Jean-Pierre Schouppe*

Francesco D'OSTILIO, *Il Diritto amministrativo della Chiesa*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano 1995, p. 576.

L'apparizione di un nuovo manuale di Diritto amministrativo canonico non può che essere apprezzata con soddisfazione dalla canonistica.

Infatti, la nuova pubblicazione, oltre al valore che ha in sé, da una parte va inserita nel processo — già arricchito da precedenti opere, come quelle del Labandeira e del Krukowski — di crescita e maturazione del Diritto amministrativo come disciplina canonistica, e dall'altra giova al consolidamento del menzionato processo, contribuendo a superare alcuni dubbi posti sulla praticabilità di un Diritto amministrativo in un ordinamento come il canonico nel quale costituzionalmente non può darsi la separazione fra i tre poteri (separazione intesa nel senso configurato da autori come Locke o Montesquieu). Sebbene l'unità della potestà di governo nel Sommo Pontefice e nel Vescovo diocesano sia uno dei principi costituzionali che servono a configurare l'ordinamento canonico, è la distinzione di funzioni, e la conseguente triplice articolazione della potestà di governo nella Chiesa — e qui non andrebbero dimenticati i

canoni 335 del Codice del 1917 e 135 del Codice vigente — ciò che consente di costruire un sistema di Diritto amministrativo nell'ambito ecclesiale che, senz'altro, ha le sue specificità. Proprio queste peculiarità richiedono serene riflessioni e studi, che non trascurino la conoscenza e l'utilizzo degli strumenti giuridici e organizzativi sviluppati dalla scienza amministrativa secolare. In questa linea, il presente manuale potrebbe apparire come una valida prova della fiducia nella dottrina amministrativa secolare da parte di un canonista.

Per ciò, pur avendo un'impostazione un po' diversa per alcuni argomenti — non tratterei, per esempio, come fa l'a. a p. 87, il Diritto amministrativo come parte del Diritto costituzionale —, riterrei che uno dei pregi rilevanti di quest'opera sia, appunto, la naturalezza con la quale l'a. — con provata esperienza nel campo docente e pratico del Diritto ecclesiale — ricorre alla scienza amministrativa secolare senza pregiudizi, ma senza tuttavia perdere di vista le specifiche caratteristiche del sistema canonico.

La stessa struttura dell'opera, che in primo luogo presenta — dopo un'introduzione generale — la trattazione dell'organizzazione ecclesiastica, per sviluppare poi, nella seconda parte, l'attività amministrativa sembra risentire di questo metodo.

Benché in sede dottrinale non condividerei alcune proposte avanzate nel manuale, come, ad esempio, la distinzione che si sostiene a

p. 292 fra atti amministrativi singoli e generali (distinzione che, mi sembra, è stata superata già in una delle prime sessioni di lavoro del *coetus de Normis generalibus*, nei lavori di riforma del Codice precedente), sottolineo positivamente, fra tanti altri aspetti rilevanti, l'ampiezza dedicata alla trattazione dell'atto amministrativo canonico.

Può destare una certa perplessità il fatto che talvolta vengano utilizzate terminologie dell'ambito medico, e che, nella bibliografia generale figurino alcune opere di medicina. Forse la giustificazione è fornita dalla circostanza che durante la sua esperienza docente, l'a., ha potuto constatare nelle sue lezioni l'efficacia di questa tecnica. In ogni caso, ciò nulla toglie all'utilità del manuale, che oltre al testo offre un considerevole numero di tavole e schemi.

Javier Canosa

Andrea DRIGANI, *L'insegnamento della Religione cattolica*, «Legislazione scolastica», Collana diretta da Antonio Di Florio e Corrado Mauceri, Giunti Lisciani Editori, Teramo, 1994, p. 120.

Si vanno sempre più diffondendo volumi che, in un limitato numero di pagine, sebbene redatte con attenzione e precisione, offrano gli elementi necessari per poter districarsi in legislazioni sempre più complesse, consentendo quindi al grande pubblico di avere a porta-

ta di mano strumenti con finalità prettamente pratiche che possano orientarlo soprattutto nelle questioni più rilevanti.

È il caso del presente libro che tratta di una tematica cruciale ed annosa quale l'insegnamento della religione cattolica nelle scuole italiane.

L'Autore ha suddiviso il suo lavoro in tre parti. Nella prima, di carattere storico-giuridico, vengono brevemente ripercorse le principali tappe che, dalla Legge Casati del 1859 all'Accordo di revisione del Concordato Lateranense del 1984, hanno caratterizzato la disciplina statale dell'insegnamento della religione cattolica nelle scuole (pp. 5-10). Segue poi una sintetica analisi dei principi contenuti nell'Accordo del 1984 (pp. 11-15) La prima parte si conclude con un riferimento alla normativa canonica concernente la natura di detto insegnamento (pp. 1619).

La seconda parte, prendendo le mosse dalla responsabilità educativa dei genitori, analizza la normativa attualmente vigente in tema di studenti, genitori e docenti (pp. 21-35) soprattutto in relazione alla possibilità di avvalersi o no dell'insegnamento della religione cattolica e alla qualificazione professionale degli insegnanti.

La terza parte, la più cospicua del volume (pp. 37-115), è costituita da un'utile appendice documentale in cui sono in ordine riportate: le norme; le sentenze della corte costituzionale; i programmi nei vari ordini e gradi delle scuole pubbliche; i requisiti di abilitazione per

gli insegnanti. Vengono infine elencati gli istituti che possono rilasciare i titoli di studio per l'insegnamento della religione cattolica ai sensi del dpr 16 dicembre 1985, n. 751. Ovviamente l'elenco va man mano aggiornato giacché si vanno costantemente aggiungendo nuovi istituti abilitati a tale rilascio.

Il libro si chiude con un breve indice bibliografico riguardante i principali contributi in materia.

Come detto all'inizio, opere di questo genere pur non avendo la pretesa di rappresentare un'approfondita riflessione, svolgono una funzione di grande servizio, perché consentono al non specialista di potersi muovere con certa scioltezza in un mondo spesso intricato come quello del diritto, e soprattutto in quelle materie che comportano per i fedeli una responsabilità, come nel campo dell'educazione, cui non possono sottrarsi.

*Davide Cito*

Julio GARCIA MARTIN, *Le norme generali del Codex Iuris Canonici*, Ediurcla, Roma 1995, p. 654.

Il primo libro del Codice di diritto canonico del 1983 legisla, com'è noto, su una serie di materie difficilmente riconducibili ad unità sistematica. La sua normativa, infatti, riguarda sia le fonti del diritto — le leggi e la loro interpretazione, la consuetudine, i decreti, gli atti amministrativi... —, i soggetti in generale — persona fisica e persona

giuridica, il domicilio, ecc. — e gli atti giuridici; sia, anche, la considerazione canonica della potestà e del suo esercizio nella Chiesa, la normativa generale sugli uffici ecclesiastici, nonché la prescrizione e il computo del tempo. Un tale ventaglio di norme diventa molto complicato da spiegare con metodo e criteri unitari, come sarebbe proprio di una materia del corso di laurea in diritto canonico.

García Martín, docente di diritto canonico all'Università Lateranense di Roma, offre uno studio generale su tutto questo complesso libro del Codice, « studio ... di carattere prevalentemente didattico e istituzionale, ... indirizzato a coloro che cominciano lo studio del diritto canonico » (dalla *Prefazione* dell'autore, p. 3). Il filo d'unione dei diversi pezzi — « non troppo connessi tra loro » (p. 11) — viene preso dall'organizzazione sistematica del Codice stesso, riprendendo così quella che è stata, per molti anni in questo secolo, l'unica prospettiva metodologica — incoraggiata anche dal legislatore medesimo — nello studio del diritto canonico. Tale impostazione sistematica del manuale è giustificata dall'autore nelle prime pagine del libro (p. 5-14) mediante un breve studio delle proposte sistematiche fatte in sede di codificazione, che conclude con la constatazione che il legislatore « ha adottato un criterio pragmatico e non ha concesso eccessiva attenzione alla sistematicità del Codice, la cui importanza viene ridimensionata in favore della finalità pragmatica, quella di facilitare il

suo uso, da parte di chi ha bisogno, come i Pastori della Chiesa » (p. 13).

Quindi, l'autore si addentra nel commento dei canoni iniziando dall'*ambito di applicazione ed efficacia del Codice* (p. 15-39) e seguendo i diversi titoli del libro I: *le leggi ecclesiastiche* (p. 41-118), *la consuetudine* (p. 119-135), *i decreti generali e le istruzioni* (p. 137-153), *gli atti amministrativi* (p. 155-286), *gli statuti e i regolamenti* (p. 287-295), *le persone fisiche e giuridiche* (p. 297-385), *gli atti giuridici* (p. 387-419), *la potestà di governo o di giurisdizione* (p. 421-472), *gli uffici ecclesiastici* (p. 473-583), *la prescrizione* (p. 585-591) e *il computo del tempo* (p. 593-598). Alla fine del volume si può trovare anche un *Indice dei canoni del Codice del 1983* (p. 609-617), con riferimento alle pagine del manuale nelle quali un canone è stato citato, in modo da facilitare ancora il collegamento con il *Codex*.

L'autore presta attenzione alle indicazioni desumibili dal processo di codificazione, ai diversi commenti dottrinali al Codice finora apparsi, alle interpretazioni autentiche emanate dal Pontificio Consiglio competente e ad altre fonti normative, con un occhio di riguardo per le materie collegate al diritto dei religiosi. La dottrina dei canonisti viene usata nella misura in cui riesce utile alla spiegazione dei concetti, lasciando un poco da parte la discussione delle diverse posizioni degli autori. Per questo motivo, le citazioni in calce al testo non sono mai pura dimostrazione di

erudizione giuridica, ma contengono brevi e utili riferimenti alle fonti normative e dottrinali che l'autore ritiene più interessanti. Inoltre, alla fine del volume si aggiunge una succinta bibliografia (p. 599-608).

Dal punto di vista *fisico*, per così dire, il volume, piuttosto corposo, si presenta in una veste tipografica chiara e attraente, con molte suddivisioni all'interno di ogni titolo che servono a non rendere pesante la lettura, anche se, logicamente, questo comporta un maggiore numero di pagine (soltanto il sommario ne occupa ben trentacinque: p. 619-654). Per quanto riguarda poi lo stile letterario, la costruzione sintattica lascia, a volte, trasparire l'origine spagnola dell'autore, il che, comunque, non intralcia minimamente la comprensione del contenuto scientifico dell'opera.

A nostro avviso, l'autore raggiunge l'obiettivo prefissato, mettendo sul mercato un utile strumento didattico per lo studio del primo libro del Codice di diritto canonico da parte degli alunni dei corsi di laurea in questa disciplina.

Jesús Miñambres

GRUPPO ITALIANO DOCENTI DI DIRITTO CANONICO (a cura di), *La funzione di Insegnare della Chiesa*, XIX Incontro di Studio, Passo della Mendola-Trento, 29 giugno-3 luglio 1992, Glossa, Milano, 1994, p. 151.

Per chi in Italia e non solo in Italia s'interessa di diritto canonico è



ormai ben noto il significativo ruolo di promozione e approfondimento di questa disciplina, svolto dal gruppo di docenti cui dobbiamo questa pubblicazione. Per la prima volta, vengono raccolti in un unico volume gli atti del loro incontro annuale al Passo della Mendola e non si può che auspicare che l'iniziativa continui. A questo proposito meritano una parola di elogio le Edizioni Glossa, che in tal modo si pongono al servizio anche degli studi canonici, come già di quelli teologici.

Le sette relazioni svolte durante la riunione del 1992, offrono una valida e approfondita introduzione allo studio ed una panoramica della vigente normativa codiciale a proposito del *munus docendi Ecclesiae*. Vengono infatti passati in rassegna i cinque titoli del libro III, anzi la considerazione si allarga ad abbracciare tutto il Codice e si ricollega alle stesse tematiche in campo teologico.

Non a caso il primo contributo, dedicato al tema del magistero, è del teologo T. Citrini. La presentazione che apre quest'opera (p. 7) ricorda appunto l'indicazione data dal Vaticano II circa lo studio del diritto canonico alla luce del mistero della Chiesa e richiama i fondamenti teologico-dogmatici che ispirano la normativa canonica. Si tratta, quindi, fra l'altro, di un invito ad approfondire i rapporti fra teologia e diritto canonico anche da questo particolare punto di vista.

A P. Urso si deve l'esposizione accurata ed esauriente dei canoni riguardanti il *divini verbi ministe-*

*rium*, dove viene delineata la legislazione circa le sue precipue forme d'esercizio, cioè la predicazione e la catechesi. L'A. non manca, fra l'altro, di segnalare alcuni problemi e anche qualche carenza delle attuali norme in materia.

La presentazione del diritto missionario e del titolo dedicato appunto all'azione missionaria della Chiesa si deve a F. Bugin, il quale accenna anche alle strutture di cooperazione missionaria esistenti in Italia.

Nel trattare il tema dell'educazione cattolica, A. Montan indica anzitutto le fonti magisteriali e normative cui s'ispira l'attuale legislazione codiciale in materia. L'articolata relazione delinea, poi, soprattutto la fisionomia di quelle istituzioni (scuole, università cattoliche, facoltà ecclesiastiche) attraverso cui la Chiesa svolge la sua opera educativa.

Il rispettivo ruolo dei fedeli e della Chiesa in quanto istituzione, in rapporto ai mezzi di comunicazione sociale, è il tema che apre la trattazione di C. Errázuriz sul titolo IV del libro III. L'A. richiama la giuridicità intrinseca della parola di Dio, su cui si fonda la regolamentazione ecclesiale della pubblicazione dei libri, come anche quella circa l'uso degli altri moderni strumenti di comunicazione.

L'ultimo canone del libro III e gli ulteriori interventi legislativi circa la professione di fede e il giuramento di fedeltà sono presentati da D. Cito, facendo riferimento ai fondamenti ecclesiologici e all'attuale situazione ecclesiale e rilevan-



do anche alcuni problemi interpretativi di tali norme.

A conclusione della trattazione, G. Di Mattia tratta della « patologia » che può affettare l'esercizio del *munus docendi*. Egli delinea i diversi interventi con cui la Chiesa previene (tutela funzionale), corregge (tutela disciplinare) o sanziona (tutela penale) le inadempienze in questo importante ambito della sua vita. Il contributo segnala anche il ruolo proprio della Curia Romana in tale settore.

L'opera qui considerata è, quindi, senza dubbio un importante apporto allo studio *sub ratione iusti* di questa vitale funzione ecclesiale e dimostra quanto la normativa e la scienza canonica possano contribuire ad un suo corretto e fruttuoso esercizio.

Antonio Filipazzi

Fernando MARCHI, *I tempi di Oropa e il suo futuro*, Piemme, xxx, 1994, p. yyy.

Il volume redige un profilo molto completo della storia giuridica del noto santuario di Oropa. In occasione dell'inserimento nel Codice del 1983 delle norme relative ai santuari, lo scopo della presente opera — come l'Autore scrive nella premessa — è l'esame dell'attuale situazione giuridica del santuario di Oropa in relazione con la nuova normativa canonica, onde poter elaborare i presupposti fonamen-

tali per l'aggiornamento dei suoi statuti e regolamenti.

È molto interessante l'analisi condotta sulle vicende giuridiche di un santuario in Italia, dove la situazione giuridica dei santuari ha subito, in modo rilevante, l'influsso degli interventi e delle leggi dello Stato che provocarono problemi nella vita e nel regime giuridico di questi enti.

Come è noto il codice del 1917 non definiva i santuari e non esistevano nel diritto canonico, fino al Codice del 1983, norme specifiche sui santuari. Pertanto ai santuari venivano applicate le norme riguardanti le chiese, ma permanevano incertezze ed inadeguatezze sul loro regime giuridico.

L'Autore descrive questa realtà nella vita di un santuario importante come quello di Oropa, in cui vi furono, come in altri santuari, significativi interventi di laici nella sua amministrazione: la città di Biella, dopo un voto fatto alla Madonna di Oropa nel 1599, ricostruì un nuovo santuario ed anche la strada per giungervi, e cominciò, con l'assenso del Vescovo, ad intervenire nella sua amministrazione.

Ad alimentare lo stato di incertezza contribuirono le leggi eversive promulgate in Italia nel secolo scorso, con cui si tentava di colpire il patrimonio degli enti ecclesiastici considerato come manomorta. Per evitare l'applicazione di tali leggi, alcuni santuari tentarono di nascondere la loro vera natura, aumentando l'intervento dei laici nella loro amministrazione. Si spiega così che il santuario di Oropa ve-

nisse considerato, nel 1867, « opera pia essenzialmente laicale » ed era chiamato Ospizio di Oropa, e che, nel 1900, una sentenza della Corte d'Appello di Torino dichiarasse che il santuario era un « ente autonomo laicale di culto ».

Lungo questo secolo in Italia si sono fatti passi avanti che hanno contribuito a chiarire la vera natura dei santuari fino a giungere alla prima definizione canonica di santuario ed alle norme del Codice del 1983. In primo luogo il Concordato dell'11 febbraio 1929, in cui lo Stato italiano, nell'art. 27, riconobbe all'autorità ecclesiastica la libera gestione dei santuari, estromettendone le eventuali amministrazioni laicali. L'interpretazione e l'applicazione di questo articolo diede l'occasione, prima nella scienza civilistica e poi in quella canonistica, di sviluppare una dottrina indirizzata a delineare la figura giuridica del santuario.

L'autore raccoglie, con abbondante bibliografia e numerose fonti, la storia non soltanto di questo santuario, ma anche gli eventi legislazione preconcordataria italiana e dottrina successiva al Concordato — che indussero in Italia lo sviluppo della dottrina sui santuari.

Il volume è diviso in tre parti; Nella prima, l'Autore si occupa della nozione etimologica, dell'evoluzione storico-giuridica dei santuari, ed anche delle norme del Codice ad essi relative. La seconda parte viene dedicata allo studio storico-giuridico del santuario di Oropa: è la parte centrale del libro, in cui vengono anche proposti degli ade-

guamenti in accordo con la nuova legislazione. La terza ed ultima parte è costituita da un'interessante appendice documentale complementare.

Dopo la promulgazione del Codice nel 1983, e quindi delle norme sui santuari, un libro come il presente risulta molto stimolante perché il lettore si trova di fronte alla storia giuridica di un importante santuario in Italia, in cui vi è anche un capitolo ed una parrocchia, con tutti i relativi problemi — amministrazione, nomina ed autorità del rettore ecc. — e come essi siano stati risolti lungo i secoli.

Sebbene il volume sia molto completo sulla storia giuridica del santuario di Oropa, ci è parsa un po' troppo breve e sintetica l'analisi delle norme del Codice relative ai santuari (cc. 1230-1234): si avverte la mancanza di un'analisi più approfondita di questi canoni per comprendere meglio il nuovo regime giuridico generale introdotto dal Codice e le sue conseguenze.

Tutto ciò ovviamente nulla toglie al valore di questo volume che risulta interessante per tutti coloro che vogliono addentrarsi nella realtà giuridico-canonica dei santuari che tanta tradizione possiedono nella storia della Chiesa.

Xavier Brossa

Lluís MARTÍNEZ SISTACH, *Las asociaciones de fieles*, 3<sup>a</sup> ed. revisada y actualizada, Col·lectània Sant Pacià. Facultat de Teologia de Cata-

lunya, Herder, Barcelona, 1994, p. 173.

Fra le materie che hanno attirato di più l'attenzione della canonistica dopo l'entrata in vigore del Codice di diritto canonico del 1983 vi sono le associazioni dei fedeli, non solo perché nella nuova normativa vi sono notevoli differenze rispetto al codice pianobenedettino, ma anche perché da qualche decennio stiamo assistendo al nascere di una nuova stagione aggregativa nella Chiesa, che suscita nuovi problemi giuridici. Espressione di questo interessamento della dottrina canonica sono fondamentalmente il VI congresso internazionale di diritto canonico, *L'elemento associativo nella Chiesa*, organizzato dalla *Consociatio Internationalis Studio Iuris Canonici promovendo*, tenutosi a Monaco di Baviera nel 1987, e le diverse monografie che hanno come oggetto le associazioni.

L'A., il cui prestigio è noto in materia (nella sua produzione scientifica ci sono diversi saggi sulla questione, fra cui segnaliamo, oltre al presente libro, la sua monografia *El derecho de asociación en la Iglesia*, Barcelona 1973), presenta adesso la terza edizione dell'opera pubblicata per la prima volta nel 1986 (la seconda edizione è del 1987). In questa occasione, rispettando la finalità e la struttura originarie, l'A. ha incorporato numerosi riferimenti sia agli sviluppi del Magistero (l'Esor. Ap. *Christifidelis laici*) e della legislazione particolare spagnola, che agli atti del già cita-

to congresso internazionale e alle monografie apparse dal 1987 in poi.

Nella monografia, rivolta soprattutto ai responsabili delle associazioni come sussidio di grande utilità per la costituzione dell'associazione, per la redazione dei suoi statuti, e per il suo governo, è trattata in modo chiaro e didattico la normativa codiciale in materia, premessa da un capitolo dedicato al diritto di associazione nella Chiesa. Tuttavia non si tratta di una semplice opera di divulgazione. Oltre a presentare numerosi passi e riferimenti al processo di elaborazione di questa materia nel nuovo codice, vi sono anche prese di posizione in questioni dibattute in dottrina. Fra queste, senza trascurare alcune più teoriche (come il significato dell'agire *nomine Ecclesiae*, proprio delle associazioni pubbliche), la maggior parte ha un carattere eminentemente pratico. Vengono infatti affrontati molti problemi, fra cui vi sono: l'autorità competente per erigere, approvare o riconoscere associazioni regionali e provinciali (si fa riferimento [p. 64-65] ad un parere su tale questione, del 23 marzo 1993, del Pontificio Consiglio per l'Interpretazione dei Testi legislativi), l'appartenenza di non cattolici alle associazioni pubbliche e private, la necessità dell'approvazione o del riconoscimento da parte dell'autorità competente delle modifiche degli statuti delle associazioni private perché possano entrare in vigore, e le competenze dell'autorità sull'amministrazione dei beni temporali delle associazioni priva-

te. Per quanto riguarda questo ultimo punto, l'A. propone che l'autorità ecclesiastica possa esigere la presenza negli statuti di una clausola secondo cui l'associazione assume l'obbligo di presentare alla stessa autorità un rendiconto annuale dell'amministrazione dei beni. In questo modo si renderebbe più facile il compito, attribuito dal Codice all'autorità (cf. can. 325 § 1), di vigilare sull'uso dei beni dell'associazione perché siano destinati ai fini associativi. Ritengo però che tale clausola, qualora non sia voluta dall'associazione o da essa non liberamente accettata, non può esserle imposta, perché il rendiconto annuale è proprio il modo previsto per il controllo sui beni delle associazioni pubbliche (sono appunto beni ecclesiastici), e dunque si opererebbe un'estensione di un aspetto del regime di questi enti alle associazioni private. Tenendo presente che alcuni beni di queste associazioni (quelli previsti al can. 325 § 2) sono già sottoposti a stretti controlli da parte dell'autorità ecclesiastica e che gli organi direttivi (in particolare l'assemblea generale di soci) esercitano anche funzioni di controllo sull'operato dell'amministratore, non rispetterebbe di più l'autonomia di questi enti e la natura dei loro beni ritenere che l'autorità possa chiedere un rendiconto dell'uso dei beni qualora fosse venuta a conoscenza di irregolarità o abusi nella gestione del patrimonio associativo?

Il libro si conclude con due capitoli dedicati rispettivamente al riconoscimento civile delle associa-

zioni nel diritto spagnolo e ai criteri per discernere se un'associazione debba essere pubblica o privata (con particolare attenzione alla trasformazione delle associazioni erette o approvate secondo il Codice del 1917).

In appendice di questa utile monografia si presentano alcuni modelli che possono essere seguiti per la redazione dello statuto di un'associazione, delle diverse richieste da rivolgere all'autorità (di riconoscimento, di approvazione, di erezione), dei decreti.

*Luis Navarro*

Paolo MONETA, *La giustizia nella Chiesa*, Società ed. Il Mulino, ristampa aggiornata, Bologna, 1995, p. 239.

La ristampa della prima edizione del 1993, con le sole modifiche riguardanti le *Normae* della Rota Romana del 28 aprile 1994 ed alcuni aggiornamenti bibliografici, offre l'occasione per rivisitare quest'opera dell'ordinario di diritto canonico dell'Università di Pisa (che ha ricevuto il premio « Arturo Carlo Jemolo » nel 1994) e con essa l'intero sistema di tutela dei diritti nella Chiesa.

La collana « La nuova scienza » della Società editrice Il Mulino (in cui era inserito il volume nel 1993) si propone sui risultati più recenti della indagine scientifica nei diversi campi della conoscenza » (ed. 1993, p. 241). Tale scopo è stato

pienamente raggiunto da Moneta riguardo ad una materia, il classico trattato canonico « de processibus », che è regolata non solo da più di una quinta parte dei canoni del codice latino ma, inoltre, da molte norme particolari o speciali, processuali o amministrative, di origine pontificia. L'A. è riuscito infatti, in un volume breve, non solo a presentare una suggestiva panoramica degli istituti tecnici, di natura giudiziaria e amministrativa, per garantire l'espletamento della giustizia nella Chiesa, ma, ad offrire inoltre un vero trattato che assicura a chi lo leggerà attentamente, avendo una previa conoscenza giuridica, la conoscenza completa, a livello degli studi universitari specializzati nel diritto ecclesiale, di detti istituti formali, del loro sviluppo storico, dei loro aspetti problematici in sede dottrinale ed applicativa. Vengono pure forniti i criteri ermeneutici utili a capire sia la necessità del processo (inteso *lato sensu*) affinché la Chiesa *in terra* possa adempiere il suo fine soprannaturale (la *salus animarum*), sia le peculiarità provenienti da tale fine e dalla struttura gerarchica determinata dal Cristo, fondatore della comunità dei credenti.

Per poter ottenere un risultato così importante (infatti il libro è destinato a diventare duraturo e sicuro punto di riferimento per le Facoltà di diritto civile e canonico), l'A. non poteva non muovere da una vasta esperienza di ricerca specializzata (manifestata in numerosi libri ed articoli), di attenta cono-

scenza della dottrina e della giurisprudenza, di estesa pratica accademica e forense, e di quella specifica sapienza offerta dall'onesto tentativo di fede vissuta.

Il libro è strutturato in quattro capitoli. Nel *primo capitolo* (« Profili generali », pp. 7-33), l'A. espone i criteri ermeneutici sulla pastoralità e sulla tipicità del sistema canonico di tutela dei diritti, in modo pedagogicamente impeccabile e con squisito rispetto dello specifico dato soprannaturale. Nelle pagine dedicate ai « Fondamenti teologici e giuridici della funzione di giustizia nella Chiesa » (pp. 7-10, integrate con precise specificazioni opportunamente riportate nella successiva trattazione dei singoli istituti) Moneta sintetizza le norme « costituzionali » della risposta cristiana sulla necessità di stabilire i mezzi per decidere imparzialmente le liti all'interno della Chiesa peregrinante in questo mondo; quelle norme cioè appartenenti alla rivelazione contenuta nella sacra scrittura, nella tradizione apostolica e nella dichiarazione magisteriale del diritto naturale.

La descrizione dello « sviluppo storico della potestà giudiziaria » (pp. 10-14) manifesta l'armonico progressivo perfezionamento degli istituti, evoluzione in cui il concilio Vaticano II ha avuto un particolare rilievo nel palesare l'uguaglianza fra tutti i fedeli nella loro personale dignità di figli di Dio, chiamati tutti alla santità ed a contribuire in modo ugualmente attivo alla realizzazione del fine della Chiesa, secondo la diversa partecipazione,



non meramente graduale, al sacerdozio di Cristo, determinata dai sacramenti del battesimo e della cresima (sacerdozio regale o comune) e dal sacramento dell'ordine (sacerdozio ministeriale). Le potenzialità ecclesiologiche e giuridiche derivanti da queste realtà affermate dal Vaticano II sono ancora tante; si pensi, ad es., alla partecipazione alla potestà di governo dei laici (donne ed uomini) nelle mansioni in cui non è richiesto l'esercizio del sacerdozio ministeriale o della specifica potestà episcopale derivante dalla successione apostolica.

L'A. aderisce alla radicata convinzione di un ampio settore dottrinale secondo cui l'universalità della Chiesa e le profonde diversità culturali e sociologiche dei cattolici rendono preferibile l'impostazione giurisprudenziale anziché codiciale della formalizzazione giuridica. Tale impostazione è solo formalmente contrastante con la sostanziale unitarietà normativa (di natura legislativa) degli istituti predisposti a tutela dei diritti. Il sistema legale vigente consente, infatti, mediante l'applicazione dell'*aequitas canonica*, importanti ambiti nomopoietici all'interpretazione giurisprudenziale, in particolare, ma non solo, ai tribunali apostolici (cfr. « Particolare natura della giustizia nella Chiesa. *L'aequitas canonica* », pp. 15-21; « La giurisprudenza nell'ordinamento canonico », pp. 27-33).

Il fondamentale ruolo della giurisprudenza nella determinazione dei parametri di giustizia nei casi singoli è ulteriormente approfondito dall'A. nell'esposizione dell'« ordi-

namento giudiziario canonico » (*capitolo secondo*, pp. 35-68), specie nello studio della Rota Romana (pp. 53-61), tribunale universale di appello, concorrente con quelli locali, i quali tendono sempre più a diventare interdiocesani, sia nella prima sia nella seconda istanza (pp. 37-45). L'analisi delle complesse competenze della Segnatura Apostolica (pp. 61-68) schiude un affascinante mondo di secolari tradizioni, di sviluppi raggiunti e da traguardi da conquistare, particolarmente nell'ambito della giustizia amministrativa.

Molto felice l'impostazione del *capitolo terzo* (« Il processo matrimoniale », pp. 69-147). L'A., prendendo atto della reale attività dei tribunali ecclesiastici, quasi interamente dedicata al processo matrimoniale, espone organicamente e per intero l'andamento del processo sulla validità del vincolo (analogamente a quante fece, a livello normativo, l'istr. *Provida Mater Ecclesia* del 1936). Tale scelta, dibattuta dalla commissione codificatrice del 1983, fu respinta per motivi assiologici: il processo canonico « ordinario » non poteva avere come « analogatum princeps » un processo speciale, quello matrimoniale, costituendo la tutela giudiziaria di tutti i diritti la chiave di volta dello stesso concetto di diritto. Resta tuttavia indiscussa l'utilità di una trattazione unitaria del processo matrimoniale, in particolare se si considera la penuria organica di taluni tribunali, talvolta del tutto inesistenti, e la loro impreparazione giuridica. Moneta anticipa



così la *legge*, auspicata da settori dottrinali e di governo, che in futuro potrà sostituire l'abrogata istr. *Provida Mater Ecclesia*. In realtà, la descrizione unitaria del processo matrimoniale è stata intrapresa da non pochi autori in seguito alla promulgazione del codice (fra i primi il Gordon con il suo « *Novus processus nullitatis matrimonii. Iter cum adnotationibus* », Romae, 1983), ma Moneta è riuscito ad abbinare magistralmente l'esposizione dei principi e dello spirito del processo matrimoniale con quella degli istituti meramente formali.

Nell'ambito del processo di nullità del matrimonio l'A. studia quindi i protagonisti del processo (il giudice e le parti pubbliche e private: pp. 75-95) e lo svolgimento della causa, dal libello introduttivo alla sentenza eseguibile (pp. 95-129). Così facendo, l'A. evita le considerazioni astratte senza alcun riscontro giurisprudenziale e può trattare invece, senza appesantire il discorso, le questioni che pongono difficoltà applicative o che sono oggetto di dibattito dottrinale e presso i tribunali locali e presso quello apostolico della Rota Romana. Possiamo accennare, ad es., alla riluttanza dei tribunali ad accettare il litisconsorzio attivo dei due coniugi, sebbene tale possibilità sia prevista dalla legge e il suo utilizzo gioverebbe ad adeguare le posizioni formali delle parti con la realtà, a beneficio del corretto svolgimento della causa e della posizione di parte del difensore del vincolo (pp. 88-91); o alla possibile situazione di mancanza di difesa delle parti non

assistite dai patroni, in particolare nelle circostanze (eccezionali secondo la legge, ma realmente frequenti per comodo di diversi tribunali) in cui alcuni atti della causa rimangono segreti per i coniugi (cfr. pp. 92-95, 108-109, 116-117).

In questa completa esposizione dell'intera vicenda processuale non mancano interpretazioni dell'A. sulle quali la riflessione dottrinale resta aperta. Accenno, ad es., al concetto di « conformità sostanziale » tra due sentenze a favore della nullità del matrimonio per capi diversi (cfr. pp. 100, 122, 126-127). Come abbiamo sostenuto in altre occasioni, di là dell'uso (abusivo o confacente con l'*aequitas canonica*) che i tribunali possano fare di tale concetto di conformità, siffatta impostazione sembra difficilmente compatibile con il sistema canonico che consente l'esercizio di una nuova azione ogniqualvolta cambi il capo di nullità invocato (la « causa petendi »), e ciò sia presso lo stesso tribunale di prima istanza che già ha deciso la causa per un altro capo (cfr. pp. 146-147), sia presso il tribunale che, giudicando in sede di appello una determinata « causa petendi » (o una pluralità di esse), giudica « *tamquam in prima instantia* » un nuovo capo (cfr. p. 127), la cui revisione spetta al tribunale di terza o superiore istanza. La natura non meramente accademica del problema si evince dal conforto che il parere dell'A. trova in un ampio settore della giurisprudenza rotale e dall'adesione dello stesso Moneta alla proposta sull'opportunità di rinunciare al principio della necessità

della doppia sentenza conforme *pro nullitate* affinché le parti possano contrarre nuove nozze (cfr. pp. 126-127), anche se tale principio è stato sancito dopo attenta valutazione dal legislatore nei due nuovi codici (*vide supra*, su questa stessa *Rivista*, il decreto *coram* Stankiewicz, 22 marzo 1994, e il relativo commento di L. Del Giudice).

Sempre nell'ambito delle condizioni per l'eseguibilità della sentenza, prima fra tutte quella particolare stabilità offertale dal giudicato (o del « quasi-giudicato » nelle cause sullo stato delle persone), l'A. segue il primo criterio di ermeneutica della legge determinato dal can. 17 (« *leges ecclesiasticae intellegendae sunt secundum propriam verborum significationem in textu et in contextu consideratam* ») nell'accettare, con la dottrina predominante, la formale affermazione del can. 1641, secondo cui il giudicato canonico si può raggiungere solo attraverso una duplice via: la doppia sentenza conforme e la sentenza (di prima istanza) non appellata o inappellabile (*ex lege* o per perenzione del diritto di appello) (cfr. pp. 131, 189-190). Siffatta interpretazione comporta, per le cause non riguardanti lo stato delle persone, che quando c'è l'appello e la rispettiva sentenza è difforme da quella di prima istanza, la seconda sentenza è passibile di un ulteriore « appello » presso il tribunale di terza istanza, cioè, in pratica, presso la Rota Romana. Anzi, questa impugnazione della sentenza di appello, che avrebbe valore sospensivo, non richiederebbe alcun motivo

particolare per essere interposta, al di là del mero gravame subito dalla parte soccombente in seconda istanza, a differenza della *nova causae propositio* e della *restitutio in integrum*, che sono esperibili solo a precise condizioni (cann. 1644 e 1645). Tale soluzione, anche se riconducibile alla *communis opinio*, rispecchia la tendenza della canonistica a « matrimonializzare » il processo. A nostro modo di vedere, invece, nelle cause non riguardanti lo stato delle persone, può essere discutibile interpretare il sistema in modo da affermare, da una parte, il giudicato della prima sentenza quando la parte soccombente non appella o rinuncia al mezzo di gravame e, d'altra parte, richiedere necessariamente la doppia sentenza conforme qualora la sentenza di appello sia difforme da quella di prima istanza e la parte soccombente voglia impugnarla. A tale osservazione critica ci si potrebbe obiettare che la peculiarità dell'ordinamento canonico è giustificata dal « favor veritatis » e dalla convenienza di un ulteriore giudizio che sciolga il dubbio creato dalle due sentenze difformi sulla loro aderenza alla verità oggettiva. Ma è pure vero che non si dovrebbero allargare le peculiarità canoniche al di là di quelle direttamente richieste dallo stesso ordinamento. Il concetto di appello è applicabile, *natura sua*, solo alla sentenza di prima istanza; la sentenza di seconda istanza è essenzialmente inappellabile e consente solo, oltre la querela di nullità, lo specifico ricorso contro il giudicato palesemente ingiusto: la *re-*

*stitutio in integrum* (vide supra, su questa stessa *Rivista*, il decreto *coram* Stankiewicz, 11 novembre 1993, e il relativo commento di H. Franceschi). Dobbiamo riconoscere, comunque, che l'impostazione dell'A. risponde alla struttura dell'opera, in cui il giudicato (inesistente di per sé nelle cause matrimoniali) è considerato nell'analisi delle questioni incidentali, le sole suscettibili di diventare giudicato in una causa sullo stato delle persone (p. 139).

Lo studio sul valore probatorio delle dichiarazioni delle parti in vista del raggiungimento della certezza morale giudiziaria è molto equilibrato e confacente con la giurisprudenza rotale (analizzata da Pompèda su questa *Rivista*: vol. 5, 1993, pp. 437-468) e con la lettera della Congregazione per la dottrina della fede ai vescovi della Chiesa cattolica circa la recezione della comunione eucaristica da parte dei fedeli divorziati risposati (14 settembre 1994). Infatti, l'uso semplicistico delle nuove possibilità concesse dal codice (cfr. cann. 1536 § 2, 1573, 1679) e dalla loro interpretazione rotale potrebbe distorcere sia il concetto di certezza morale, sia lo scopo della nuova norma, fondata sulla giurisprudenza del tribunale apostolico, scopo proteso all'accertamento della verità nel pieno rispetto della dignità della persona umana. Altrettanto chiara è l'affermazione della praticabilità della conferma della sentenza di prima istanza *pro nullitate vinculi* mediante il decreto di ratifica (can. 1682 § 2), anche se la parte soc-

combente (pubblica o privata) abbia proposto l'appello (p. 135).

Il superamento del formalismo processuale fine a se stesso come criterio ermeneutico degli istituti giurisdizionali della Chiesa è motivo ricorrente nell'opera di Moneta. Detto superamento è stato sostanzialmente raggiunto dal nuovo codice, anche se non è semplice tracciare il limite giusto fra il formalismo e l'arbitrarietà; il dilemma è analogo a quello sui limiti del garantismo nel processo penale statale. Al riguardo, risulta emblematica l'analisi fatta dall'A., alla luce della giurisprudenza rotale, delle condizioni per poter impugnare la doppia sentenza conforme nelle cause sullo stato delle persone (pp. 143-145) e della situazione risultante, simile ad un nuovo giudizio di prima istanza, qualora sia ammessa la *nova causae propositio*.

Il capitolo quarto (« I processi speciali », pp. 149-231) costituisce una delle esposizioni più lucide e complete dell'importante, vasto ed ingarbugliato mondo dei processi giudiziari concernenti cause diverse da quelle di nullità del matrimonio (anche se essi trovano scarsa applicazione nella prassi canonica) e delle procedure amministrative (molto più frequenti), i quali sono spesso poco conosciuti nei loro particolari anche dagli studiosi del diritto canonico. Comune denominatore di dette procedure è la presenza di un qualche contraddittorio o anche il richiedere un qualche intervento dei tribunali ecclesiali, almeno nella fase istruttoria della procedura amministrativa. I processi e le pro-

cedure rispecchiano inoltre un altro punto d'incontro, segnalato dall'A. sulla scorta della « felice intuizione di Berlingò »: il « diritto al giudizio » (can. 221) e il rispetto della dignità della persona umana (p. 152).

In tale capitolo, l'A. tratta innanzitutto i processi e le procedure speciali sul matrimonio, in modo da non allontanarne l'esposizione dal processo di nullità studiato nel capitolo terzo: il processo documentale (pp. 152-155), le procedure per lo scioglimento del vincolo *super matrimonio rato et non consummato* ed in favore della fede (pp. 155-168), e le cause di separazione dei coniugi (pp. 168-171). Nel contesto di queste ultime è trattato il processo contenzioso orale (che tante aspettative aveva suscitato in dottrina prima del 1983 e negli anni successivi alla promulgazione del codice). L'A. richiama le indicazioni legislative sul contenzioso orale, processo che, non essendo utilizzabile nelle cause di nullità del matrimonio, è rimasto, *de iure condito*, una mera pagina della storia della codificazione vigente, anche se, *de iure condendo*, le possibilità applicative continuano ad essere tante.

Lo stesso taglio di resoconto della prassi (quasi inesistente) hanno le pagine sulle cause di separazione dei coniugi. La causa canonica giustificante la separazione perpetua (la « colpa ») segna una profonda distinzione dall'impostazione civilistica, per la quale la causa della separazione giudiziale è data dall'intollerabilità della convivenza; di-

stinzione che, unitamente al predominante principio consensualistico nella separazione, fa smarrire la « natura naturale » degli obblighi matrimoniali, giustificando poi il divorzio. L'A. ricorda in materia le delibere della conferenza episcopale italiana che sembrano consentire un ritiro della giurisdizione ecclesiale sulla separazione. Questa lettura della normativa particolare, se fosse esatta, si troverebbe tuttavia in contrasto con la legge universale, che attribuisce alle cause di separazione un'innegabile valenza pastorale riguardante il bene pubblico (cfr. can. 1696), quantunque lo stesso codice possa dare àdito ad un atteggiamento rinunciataro (cfr. can. 1692 §§ 2 e 3).

Sui processi per la perdita dello stato clericale (pp. 171-178), l'A. evidenzia la preferenza della Curia Romana a seguire la procedura amministrativa per la dispensa dagli obblighi della sacra ordinazione (in particolare da quello del celibato), anziché la dichiarazione della nullità dell'ordine sacro, in via giurisdizionale o amministrativa. Nel commento di questa scelta amministrativa (il cui provvedimento non dovrebbe continuare ad essere chiamato di « riduzione allo stato laicale », in considerazione della pari dignità fra tutti i fedeli e della connotazione negativa dell'espressione nei confronti dei laici), l'A. espone con incisività sia le insite somiglianze fra la dichiarazione della nullità del matrimonio e quella della sacra ordinazione, sia le non meno profonde differenze giustificanti detta scelta in sede normativa ed

applicativa, di segno opposto alla scelta — di prediligere la via giurisdizionale — adoperata per le cause di nullità del matrimonio.

Il processo penale è esaminato sia sotto il profilo assiologico sia sotto quello procedurale (pp. 178-191). Sotto il profilo assiologico l'A. evidenzia come il processo penale manifesti in modo del tutto particolare la natura essenzialmente « pacifica » e comunionale dell'ordinamento canonico, mediante gli strumenti giuridici protesi all'efficace superamento delle controversie sulla via del perdono e del pentimento. Ne sono manifestazione l'eccezionalità dell'inflizione della pena, la quale consente all'autorità (amministrativa e giudiziaria) ampi margini di discrezionalità nella determinazione della sanzione, la non obbligatorietà dell'azione penale, gli specifici istituti per agevolare la cessazione della pena, ecc. Lo scopo direttamente punitivo (« vendicativo », mirante al solo ripristino della giustizia) del processo penale è largamente assorbito dalle altre finalità (prioritarie) delle sanzioni: l'emendamento del reo e la riparazione dello scandalo (cfr. can. 1341). Tuttavia, poiché vi sono delitti recanti grave scandalo alla comunità e giacché l'emendamento dell'accusato può risultare non sufficientemente provato, rendendolo quindi passibile di sanzioni penali, questi deve godere di tutti i mezzi utili a garantire l'esercizio del suo diritto di difesa; e dette garanzie sono pienamente assicurate solo se si segue la via giudiziaria.

Nello stesso contesto sanzionatorio, con le opportune distinzioni, l'A. dedica particolare attenzione alla procedura per l'esame delle dottrine presso la Congregazione per la dottrina della fede (pp. 191-200). L'argomento, oltre ad avere un grande rilievo sotto il profilo assiologico e storico, è di grande attualità culturale ed ecclesiale. Con rilievi tecnici sostanzialmente condivisibili, l'A. critica prudentemente la vigente normativa: l'*Agendi ratio in doctrinarum examine* (15 gennaio 1971). D'altra parte, la norma tende ad assicurare ai fedeli (e ad ogni persona) la doverosa e primaria cura pastorale tesa a garantire, da parte della gerarchia ecclesiastica, la fedeltà alle verità rivelate in materia dogmatica e morale ed indicate dallo stesso Dio come cammino, arduo ma da tutti percorribile con il Suo aiuto, per raggiungere la salvezza eterna. Detta fedeltà è pienamente rispettosa delle legittime diversità dottrinali, culturali, sociologiche, ecc., secondo l'insegnamento dell'enc. *Veritatis splendor* (6 agosto 1993). Infatti, l'unità della fede e della morale non comporta necessariamente l'uniformità nella loro esposizione pastorale o scientifica. Perciò, anche se è opportuna la revisione dell'*agendi ratio* del 1971, la questione è talmente difficile che sembra non poter essere pienamente risolta dalla norma formale. Forse sarebbe meglio, quantunque la norma debba offrire sufficienti garanzie di difesa, affidare taluni ambiti procedurali alla determinazione « giurisprudenziale » della « praxis cu-



riae », che così, purché la prassi sia pubblica, acquisterebbe valenza nomopoietica (cfr. can. 19).

Considerata la competenza dell'A. sulla giustizia amministrativa, sorprende la sobrietà con cui è trattato questo argomento (pp. 200-215), sul quale le sue pubblicazioni sono punto di riferimento per la dottrina e per i dicasteri interessati. Comunque, come del resto capita nelle altre materie studiate, l'A. manifesta la consapevolezza dell'importanza del contenzioso-amministrativo, chiave di volta del sistema di tutela dei diritti nella Chiesa, nella quale l'esercizio dei diritti e dei doveri dei fedeli è spesso in rapporto con l'agire pubblico dei pastori, cioè con l'attività amministrativa. Ma la sobrietà della trattazione nulla toglie alla sua profondità; l'A. chiarisce compiutamente lo spirito del sistema (di soluzione pacifica delle controversie) ed i principali problemi applicativi, al superamento dei quali egli suggerisce operative ed eque risposte (*vide*, ad es., le considerazioni sulla legittimazione ad agire: pp. 208-210).

L'ultima procedura analizzata è quella per la proclamazione della santità di un fedele cristiano (pp. 215-231). L'A. dà notizia puntuale e chiara della genesi storica dell'istituto, dei concetti sostanziali utili per intenderne lo scopo, la normativa vigente e la prassi più aggiornata.

Alla fine di queste annotazioni ci è cosa molto gradita riportare qualche brano delle motivazioni della commissione che ha attribuito a

quest'opera di Paolo Moneta (*ex aequo* col volume *Enti e beni religiosi in Italia* di Salvatore Berlingò) il premio « Arturo Carlo Jemolo » come migliore libro in lingua italiana nelle materie canonistiche ed ecclesiasticistiche pubblicato negli anni 1992-93: « Gli interessi spirituali dell'ordinamento ecclesiale vanno favoriti, non sacrificati in nome del formalismo e della certezza giuridica, fini a se stessi. Ma non si potrà mai prescindere dalla serie di garanzie e di valori, davvero transpocali e transnazionali, che un'antica tradizione giuridica e un lungo processo di civiltà hanno trasfuso nel processo, chiave di volta per la tutela della persona, e nelle norme processuali, manifestazioni della giustizia strumentale che conduce a quella sostanziale. Nel lavoro (di Paolo Moneta) è una sapiente lettura di istituti e dell'intero ordinamento giudiziario canonico, con particolare valorizzazione del diritto vivente giurisprudenziale (...). Il lavoro si segnala per l'afflato continuo verso lo "spirito" del diritto canonico; per la serenità di lettura, che traspare in giudizi sempre equilibrati; per lo stile piano e nitidissimo, che semplifica la trattazione dei punti più controversi e complessi; per la ricostruzione precisa e ricca, insomma, dell'intero sistema della giustizia ecclesiale canonica ».

Joaquín Llobell

NATIONAL CONFERENCE OF CATHOLIC BISHOPS (U.S.A.), *Le manuel de*



*l'évêque: les droits et les responsabilités de l'évêque diocésain selon le « Code de droit canonique »*, trad. di M. Thériault, Montréal 1994, p. 102.

La Conferenza episcopale degli Stati Uniti d'America ha dato incarico al prof. Thomas J. Green, della Catholic University of America, di elaborare per il vescovo diocesano una specie di prontuario pratico che potesse offrire un riferimento immediato e sistematico alle diverse norme sull'ufficio episcopale contenute nel codice del 1983. Nello stesso anno, la suddetta conferenza ha pubblicato il lavoro in inglese con il titolo *A Manual for Bishops*. Nel 1991 il prof. Green aprontò, a completamento dell'opera originale, alcuni aggiornamenti che vennero pubblicati nel 1992 sotto il titolo *Revisions to A Manual for Bishops*. Il prof. Thériault, approfittando di un periodo sabatico concessogli dall'Université Saint-Paul, nella quale insegna, ha tradotto il tutto in francese, corredandolo di alcune aggiunte e modifiche formali.

Dal punto di vista formale, il contenuto del libro si presenta come un indice analitico-sistematico esteso, per le voci che riguardano l'esercizio dell'ufficio episcopale. Ma non segue l'ordine alfabetico tipico di un indice, bensì una sistematica che divide l'opera in quattro parti riguardanti la funzione di santificare, quella di insegnare e quella di reggere, nonché un'ultima parte sui rapporti del vescovo dio-

cesano con i diversi membri del popolo di Dio (con i laici, con i chierici, con i consacrati e con quelli che non sono in piena comunione con la Chiesa cattolica). A sua volta ogni parte viene divisa e suddivisa per giungere a proposizioni nucleari di contenuto preciso enunziate in una o due righe facendo riferimento al canone dal quale vengono estratte. Così l'opera diventa un elenco sistematico dei riferimenti del Codice del 1983 relativi all'ufficio dei vescovi diocesani.

Un'ulteriore facilitazione per la consultazione del contenuto del volume viene dall'indice analitico alfabetico, questa volta in senso stretto, offerto alla fine del volume (p. 99-102) con rinvio alle pagine nelle quali si tratta la materia elencata.

Il prof. Green avvertiva già nell'introduzione all'edizione originale (p. 13) che questo manuale non intende subentrare ad una lettura attenta del Codice di diritto canonico, né tantomeno ad una riflessione sull'ufficio episcopale, lettura e riflessione che il manuale presuppone. Una presentazione schematica, infatti, come quella che il manuale offre non può rendere giustizia alla portata ecclesiale del Codice di diritto canonico e delle sue fonti teologico-canoniche.

Come dice il traduttore nella presentazione dell'edizione francese (p. 15), il libro si rivolge soprattutto ai vescovi diocesani e ai loro collaboratori immediati (i vicari generali, episcopali e giudiziali, i cancellieri, ecc.); ma vuole essere anche un promemoria per i canonisti

e gli studenti di diritto canonico, nonché per gli operatori della pastorale a livello locale. Ci auguriamo che i destinatari possano trovare utile nel loro lavoro giuridico pastorale lo strumento che quest'opera vuole offrire.

Jesús Miñambres

Rafael PALOMINO, *Las objeciones de conciencia. Conflictos entre conciencia y ley en el derecho norteamericano*, ed. Montecorvo, Madrid 1994, p. 459.

Questo lavoro pretende analizzare in maniera approfondita ed esauriente il panorama giurisprudenziale, legislativo e dottrinale nel quale si inquadrano i diversi tipi di obiezione di coscienza negli Stati Uniti.

Intento interessante poiché — come affermato dal prof. NavarroValls nel prologo — « la policromía de la sociedad americana es como una especie de calidoscopio donde intermitentemente estallan cuestiones que parecen dormidas en otros ámbitos jurídicos », e quindi lo studio della soluzione operata attraverso esse può servire da guida per rendere più agevole il lavoro di chi, quando arriverà il momento, dovrà trovare la soluzione giusta al problema dell'obiezione coscienza in altri ambiti.

Il fatto che si tratti di una ricerca condotta da uno studioso di formazione giuridica continentale favorisce il lavoro del lettore: infatti l'autore comprendendo le difficoltà che troverà il lettore europeo nel ap-

prendere le categorie giuridiche nord americane gli va incontro. In questo senso è di grande aiuto il glossario dei termini legali in cui si spiega il significato di quelle voci meno conosciute nell'ambito europeo (*disparate treatment, writ of error, primari effect*, ecc). Ma il discorso è soprattutto pratico: l'autore lascia da parte costruzioni teoretiche e va subito al nocciolo della questione, alla soluzione giuridica concreta, che risulterà quasi sempre giurisprudenziale.

Per portare avanti questa ricerca, l'autore ha studiato 388 sentenze federali e statali che trattano sull'argomento il che offre un'idea dell'ampiezza del lavoro svolto. Alla fine ha potuto ricavare delle conclusioni sul trattamento giuridico delle obiezioni di coscienza negli Stati Uniti.

L'autore inizia l'esposizione della sua opera con un discorso introduttivo nel quale mostra il concetto di obiezione di coscienza, il perché della diversità terminologica riguardo i conflitti coscienza versus legge nelle dottrine statunitensi e continentali, e dedica un lungo paragrafo a descrivere i principi giuridici che inquadrano il trattamento giuridico dell'obiezione di coscienza negli Stati Uniti. Per quanto riguarda l'ambito legislativo — ristretto nei confronti di quello giurisprudenziale, ma ugualmente importante — presenta sommariamente le leggi e le normative federali e statali che difendono gli obiettori.

Nella parte più estesa del lavoro si analizzano i diversi tipi di obiezione di coscienza che si sono presenta-

ti nella società nord americana compendosi un percorso storico sin dalla nascita dell'obiezione concreta fino alla sua configurazione odierna. In primo luogo studia l'obiezione al servizio militare, stabilita da una normativa federale del 1967 (*Military Service Act*) e che si configura come un privilegio concesso dal Congresso e, pertanto, revocabile. In seguito esamina il caso dell'obiezione al pagamento delle tasse poiché si presenta insieme a quello militare, per il fatto che le decisioni giurisprudenziali hanno sempre fatto remissione agli organismi legislativi come unica istanza capace di concedere tale esenzione. Vengono studiati anche casi di obiezione fiscale per altri motivi, quali l'aborto e la sanità pubblica (unico caso finora accettato nell'ordinamento nord americano).

Il capitolo successivo è dedicato a esaminare le diverse obiezioni di coscienza sorte nel mondo del lavoro. Prende in considerazione, quindi, il caso del riposo settimanale in sabato, il rifiuto della contribuzione sindacale obbligatoria e l'obiezione alle pratiche religiose nell'azienda. Negli ultimi capitoli vengono esaminati due grandi e complessi argomenti quali l'aborto e i trattamenti medici (soprattutto le trasfusioni di sangue); è da mettere in rilievo la concretezza e la diversità delle differenti situazioni analizzate, che danno l'idea delle possibilità di espansione di ognuna delle forme di obiezione di coscienza esistenti. Lo studio si conclude con un'analisi dei casi di rifiuto al giuramento e della partecipazione a una giuria popolare.

A conclusione dello studio viene svolta un'analisi comparativa dei due sistemi di protezione dell'obiettore: quello usato negli Stati Uniti che tenta di stabilire sin dal inizio la sincerità dell'obiettore e quello di matrice europea che si basa su una maggiore penalizzazione della prestazione sostitutiva. L'opera termina con una serie di proposte per il trattamento dell'obiezione di coscienza fatte alla luce di tutto quanto è stato studiato in precedenza.

L'opera è profonda, esauriente ed equilibrata, molto utile per chi è interessato al problema dell'obiezione di coscienza non soltanto negli Stati Uniti ma anche in genere. Sicuramente si tratta della prima monografia in lingua spagnola che affronta l'intero argomento dell'obiezione di coscienza negli U.S.A. Pensiamo che questo studio offra a chi ha già una familiarizzazione con i problemi dell'obiezione di coscienza la possibilità di approfondire un determinato tipo di obiezione, ma può servire anche come una panoramica accurata e completa per chi si avvicina per la prima volta a questo argomento.

Ignasi Durany

Francisca PÉREZ-MADRID, *Derecho administrativo sancionador en el ordenamiento canónico. Una propuesta para su construcción*, Eunsa, Pamplona, 1994, p. 266.

È sempre una lieta sorpresa trovare volumi che, non accontentan-

dosi della mera esegesi letterale dei canoni, cerchino l'elaborazione sistematica del diritto della Chiesa. Tanto più in una branca, come quella del diritto penale che, non solo non è oggetto frequente di studi, ma che ancor oggi suscita in alcuni forti perplessità circa la sua indole e la sua finalità.

Ed è per questo che il presente volume costituisce una stimolante ricerca su una tematica largamente dibattuta negli ordinamenti civili ma solo incidentalmente affrontata in sede canonica.

Scopo dell'Autrice, come avverte nella presentazione (pp. 22-23), non è quello di limitarsi ad una esercitazione teoretica, pur suggestiva ma forse anche sterile, nel tentativo di delimitare ciò che appartiene al diritto penale vero e proprio e ciò che rientrerebbe invece nell'ambito della potestà sanzionatoria di tipo amministrativo, bensì quello di « *establecer las bases para reducir el Derecho penal en sentido estricto hasta donde puede ser reducido: hasta el nivel en el que es verdaderamente eficaz* » (p. 22).

La metodologia seguita dall'Autrice ricalca da vicino quella tradizionalmente seguita nelle trattazioni penalistiche, ma senza cadere nella tentazione di un'attraente ma quantomai improduttiva trasposizione delle tecniche, certamente più avanzate, del diritto penale secolare all'ordinamento canonico, giacché questa operazione comporterebbe una considerazione della Chiesa e del rapporto tra fedeli e pastori, decisivo per comprendere

la funzione del diritto penale canonico, sicuramente falsata.

Il primo capitolo (pp. 27-83) è dedicato alla delimitazione tra il diritto penale e il diritto amministrativo negli ordinamenti statali, con particolare attenzione alla normativa spagnola. L'indagine è condotta sulla base di quattro parametri: le fonti costitutive dell'uno e dell'altro ramo; la natura dei due tipi di illecito; la diversità delle sanzioni; i procedimenti per l'inflizione delle sanzioni.

L'analisi è succinta ma non superficiale e in essa traspaiono le incertezze dottrinali in materia, anche perché non vi è dubbio che il grande influsso che il positivismo giuridico esercita tuttora sugli ordinamenti statali fa sì che le distinzioni vengano spesso operate sulla base di meri criteri formali e sfuggano invece le distinzioni fondate sulla realtà.

I successivi quattro capitoli affrontano la questione nel diritto canonico tenendo conto dei parametri di riferimento indicati in precedenza.

Così il capitolo II (pp. 86-131), è dedicato al momento costitutivo delle disposizioni sanzionatorie, attraverso la considerazione delle norme penali e delle norme amministrative. In esso si evidenziano le peculiarità dell'ordinamento della Chiesa che da un lato non recepisce il principio della riserva di legge in materia penale e dall'altro fa largo uso della possibilità di introdurre norme penali particolari (sia mediante leggi sia mediante precetti singoli e generali). Viene da ulti-

mo affrontata la dibattuta questione del c. 1399, come legge penale in bianco e delle perplessità che essa suscita in relazione al principio di legalità sancito dal c. 221 § 3.

Il terzo capitolo (pp. 133-164), intitolato « *Ilicitud penal e illicitud administrativa* » si prefigge, dopo l'analisi dell'illecito penale, di poter distinguere da esso la figura dell'illecito amministrativo, che certamente non si evince dal testo del Codice, ma che è ipotizzabile a partire da figure di illecito che non rientrano nella tipologia tipica dei delitti.

Il capitolo successivo (pp. 165-196), dal titolo « *Las sanciones en derecho canónico* », dopo aver descritto le caratteristiche della sanzione penale vera e propria e la natura giuridica dei rimedi penali e delle penitenze, affronta le sanzioni amministrative canoniche, distinguendole in disciplinari e non disciplinari.

Il quinto ed ultimo capitolo (pp. 197-254) è dedicato all'applicazione delle sanzioni canoniche, ricostruito a partire dall'*iter* della codificazione del 1983, che innova la legislazione piobenedettina laddove prevede una duplice via, giudiziale o amministrativa, per l'inflizione delle pene.

Le conclusioni cui perviene l'Autrice, al termine della sua indagine condotta in modo attento e lineare, sono dirette ad una delimitazione precisa dell'ambito strettamente penale, adottando per esso quei principi limitatori: di sussidiarietà, di sussidiarietà dei mezzi di protezione, di uniformità, di legalità, di

intervento penale minimo che, presenti con denominazioni diverse negli ordinamenti secolari, consentano di utilizzare per questa branca del diritto, tutti gli strumenti tecnici che garantiscono un'efficace tutela del bene pubblico e dei fedeli autori delle condotte più gravi.

Vi è poi un'ampia possibilità di illeciti amministrativi, individuati secondo criteri quantitativi, ossia quanto alla gravità della lesione dei beni giuridici interessati, perseguibili con mezzi più agili.

Ciò, ad avviso dell'Autrice, sebbene a dire il vero non pare essere l'orientamento in pratica prevalente, basti pensare tra l'altro alle pene *latae sententiae*, dovrebbe riflettersi anche nelle modalità di applicazione delle sanzioni, riservando tassativamente il procedimento giudiziario nel caso di commissione di delitti.

In conclusione, si tratta di un volume interessante, la cui lettura aiuta a riflettere su problemi di non poco conto nella vita del Popolo di Dio.

Davide Cito

PONTIFICIUM CONSILIUM DE LEGUM TEXTIBUS INTERPRETANDIS, *Ius in vita et missione Ecclesiae. Acta Symposii internationalis iuris canonici occurrente X anniversario promulgationis Codicis iuris canonici, diebus 1924 aprilis 1993, in Civitate Vaticana celebrati*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 1994, p. XIV + 1320.

In tempi veramente brevi vengono pubblicati gli atti di questo sim-



posio internazionale organizzato dal Pontificio Consiglio per l'Interpretazione dei Testi Legislativi. In questo modo il citato organismo della Curia Romana ha messo in atto, nel suo ambito di competenza, una delle funzioni che sono proprie dei Dicasteri: promuovere iniziative per il bene della Chiesa. Allo stesso modo, anni prima, la Pontificia Commissione per la riforma del Codice di diritto canonico aveva promosso una riunione scientifica in occasione del cinquantenario dall'entrata in vigore del CIC del 1917 (cf. PONTIFICIA COMMISSIO CODICI IURIS CANONICI RECOGNOSCENDO, *Acta conventus internationalis canonistarum, Romae diebus 20-25 mai 1968 celebrati*, Typis Polyglottis Vaticanis 1970). In quel momento, poco dopo la conclusione del Concilio Vaticano II, si cercava di aprire nuove vie nel diritto della Chiesa, e perciò il carattere di quel congresso fu soprattutto *de iure condendo*. Nel caso degli atti che adesso presentiamo lo scopo è logicamente diverso. Si tratta non tanto di mostrare gli aspetti della normativa canonica suscettibili di miglioramento, ma di fare un certo bilancio dell'applicazione del Codice di diritto canonico del 1983 nella vita della Chiesa, evidenziandone le potenzialità in ordine alla missione della Chiesa. La scelta operata dagli organizzatori del simposio si è mostrata adeguata al momento presente, perché, prima di avviare proposte di modifica della normativa canonica, occorre accertare i frutti della sua applicazione; e la ricorrenza del decimo anniver-

sario dalla sua promulgazione era un momento per fermarsi, per analizzare quanto è successo in questo periodo e per suggerire alcune vie per il futuro.

Dalle relazioni e dalle comunicazioni del simposio, il cui numero rende impossibile analizzare particolareggiatamente il loro contenuto, emerge in modi diversi, e al margine di posizioni di scuola, un'idea centrale che costituisce la chiave di lettura del presente volume: il diritto canonico è un elemento necessario nella Chiesa, ed è dotato di una essenziale dimensione pastorale. Una profonda comprensione del ruolo del diritto ecclesiale e della scienza canonica nella vita della Chiesa consente di capire che la retta applicazione del diritto vigente contribuisce decisamente alla missione della Chiesa, perché favorisce la giustizia nel Popolo di Dio ed è un presupposto necessario della carità. Perciò, pastorale e diritto non sono realtà contrapposte o in tensione dialettica, ma l'una richiede l'altra. Anzi, il retto esercizio della funzione dei sacri pastori, in accordo col diritto, costituisce il cammino obbligato per la pastorale, in quanto l'agire secondo il diritto consente che la vocazione cristiana di ogni fedele possa crescere e svilupparsi nella società ecclesiale. Il diritto canonico è, dunque, uno strumento al servizio del fedele e dei Pastori.

Tale impostazione generale è stata determinante sia per la scelta degli argomenti trattati in questo libro (e indirettamente per quelli che sono stati esclusi — non tutto il co-



dice poteva essere oggetto del simposio), che per i limiti entro i quali si muovono i contributi dei diversi autori (oltre alle relazioni, ci sono più di 60 comunicazioni presentate da canonisti di tutto il mondo, alcuni di riconosciuto prestigio internazionale, altri emergenti). Intorno alle suddette grandi questioni si collocano gli argomenti delle relazioni. Come spiegano Fagiolo ed Herranz nella presentazione del volume, « I primi due argomenti — *Crisi e rinnovamento del Diritto della Chiesa* e *Il Diritto canonico al servizio della «communio ecclesiastica»* — hanno fornito la cornice generale di carattere fondamentale nella quale si sono inseriti gli altri temi. I tre seguenti — *La dimensione giuridica della comunione nella Chiesa universale*, *La dimensione giuridica della comunione nella Chiesa particolare* e «*Ius universale*» e «*Ius particolare*» — hanno sviluppato la tematica sotto il profilo della dinamica, inscindibilmente universale e particolare, della vita e della missione ecclesiale. Si è voluto sottolineare la rilevanza del Diritto Canonico Orientale per la comunione dell'intera Chiesa mediante una trattazione specifica: *Incidenza del «Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium» nella storia moderna della Chiesa universale*. In-

fine, gli ultimi tre temi hanno voluto toccare tre aspetti più particolari, ma ugualmente centrali da un punto di vista scientifico-pastorale: la dimensione giuridica della struttura comunitario-gerarchica della Chiesa — *Sacerdozio comune e sacerdozio ministeriale* — e dei beni salvifici: i Sacramenti — *Diritto canonico e pastorale sacramentale* — e la Parola — *Norma canonica e Magistero ecclesiastico* — (p. VI).

Dalla lettura di questo volume e dalle conclusioni del simposio (p. 1273-1275) si può desumere un fervido incoraggiamento allo studio e all'applicazione della norma canonica, nella consapevolezza che la nuova evangelizzazione richiede un retto esercizio delle funzioni proprie dei fedeli e della Gerarchia in tutti gli ambiti della comunità ecclesiale. Se ciò verrà fatto, la scienza canonica e il Legislatore saranno poi in grado di introdurre le successive modifiche che contribuiranno, di volta in volta, ad offrire a tutta la Chiesa uno strumento più adeguato per favorire la sua missione.

Questo libro, presentato in una edizione molto elegante e curata, costituisce un contributo indispensabile non soltanto per gli studiosi del diritto canonico ma anche per i Pastori e per gli operatori del diritto.

Luis Navarro

*Documenti*

Pagina bianca

## ATTI DI GIOVANNI PAOLO II

**Bolla pontificia di elevazione alla dignità dell'Episcopato del Prelato dell'Opus Dei, 21 novembre 1994** (*Romana*, 11, 1995, pp. 14-15) (\*).

JOANNES PAULUS EPISCOPUS Servus Servorum Dei dilecto Filio *Xaverio Echevarría Rodríguez*, praelaturae personalis Sanctae Crucis et Operis Dei Praelato, electo Episcopo titulari Ecclesiae Cilibiensis, salutem et Apostolicam Benedictionem.

Pastorum et Episcoporum officium et gratia communis est illa Ecclesiae fideles docere, quibus iidem in via Dei ducuntur, Evangelica videlicet mandata (cfr. *Veritatis splendor*, 114). Hac de causa Nos seligere solemus probatos viros qui pastorale ministerium sedule expleant. Post mortem autem Venerabilis Fratris Alvari del Portillo opportunum duximus aptius consulere praelaturae personali Sanctae Crucis et Operis Dei, quo planius prospiceretur animarum saluti illorum Christifidelium.

Ideo Apostolica Nostra potestate te, praelaturae personalis Sanctae Crucis et Operis Dei Praelatum, quem novimus virum prudentem, pium, aequum animo atque assiduum in pastoralis industria, inter Episcopos adlegere cupimus, titulum imponentes *Cilibiensem*, omnia onera cunctaque ad dentes iura quae huic officio ad normam iuris competunt.

Episcopalem ordinationem Nos Ipsi libenter tibi conferemus in basilica Petriana proxima sollemnitatem Epiphaniae Domini. Antea autem tuum erit fidei professionem nuncupare coram S.R.E. Cardinali Congregationis pro Episcopis Praefecto atque ius iurandum fidelitatis erga Nos Nostrosque in hac Apostolica Sede Successores dare coram S.R.E. Cardinali Protodiacono, ad statutas formulas.

Denique te, dilecte Fili, gregem tuum et omnes Christifideles committimus intercessionem Dei Genetricis Mariae et beati Josephmariae Escrivá de Balaguer, ut omnibus significare valeas « opera maximi Dei » (cfr. 2 Mac 3,36).

Datum Romae, apud S. Petrum, die vicesimo primo mensis Novembris, anno Domini millesimo nongentesimo nonagesimo quarto, Pontificatus Nostri septimo decimo.

*Joannes Paulus PP. II*  
*Franciscus Chiaurri*, Proton. Apost.

---

(\*) Vedi nota di V. GÓMEZ-IGLESIAS C., *Circa l'elevazione all'Episcopato del secondo Prelato dell'Opus Dei*, alla fine del documento.

## Circa l'elevazione all'Episcopato del secondo Prelato dell'Opus Dei

### a) *L'ordinazione episcopale.*

1. « L'Osservatore Romano » del 21-22 novembre 1994, nella rubrica « Nostre Informazioni », inseriva la seguente notizia: « *Il Santo Padre ha elevato alla dignità dell'Episcopato il Reverendissimo Monsignore Javier Echevarría Rodríguez, Prelato della prelatura personale dell'Opus Dei, assegnandogli la sede titolare vescovile di Cilibia* » (1). Un mese dopo, nello stesso giornale vaticano, l'Ufficio delle Celebrazioni Liturgiche del Sommo Pontefice notificava che nella prossima solennità dell'Epifania del Signore il Santo Padre avrebbe conferito nella Patriarcale Basilica Vaticana l'ordinazione episcopale a dieci presbiteri tra cui Mons. Javier Echevarría, Prelato dell'Opus Dei (2). Quindi, il 6 gennaio 1995, Mons. Echevarría veniva consacrato Vescovo da Giovanni Paolo II, alla presenza di ventinove Cardinali e altre personalità ecclesiastiche e civili (3).

2. Il 23 marzo 1994, il Signore volle chiamare a Sé Mons. Álvaro del Portillo, primo Vescovo Prelato dell'Opus Dei (4). Il Santo Padre Giovanni Paolo II, accompagnato dal Segretario di Stato, Cardinale Angelo Sodano, si recò nella chiesa prelatizia di Santa Maria della Pace per raccogliersi in orazione davanti alle spoglie mortali del Prelato (5): si è trattato di un'ulteriore conferma dell'affetto del Papa nei confronti di Mons. del Portillo e della sua stima per l'Opus Dei, da lui stesso eretto il 28 novembre 1982 in Prelatura di carattere personale ed ambito internazionale (6), ponendo così punto finale sul terreno normativo all'inadeguata posizione giuridica dell'Opus Dei nella Chiesa (7).

Un mese dopo la scomparsa di Mons. del Portillo, per procedere all'elezione del nuovo Prelato, si svolse a Roma il Congresso Generale elettivo della Prelatura, regolarmente convocato da Mons. Echevarría,

(1) « L'Osservatore Romano » del 21-22 novembre 1994, p. 1.

(2) « L'Osservatore Romano » del 29 dicembre 1994, p. 1.

(3) « L'Osservatore Romano » del 7 gennaio 1995, pp. 1 e 6.

(4) Questa rivista, nel secondo fascicolo del 1994 dedicò una sezione « in memoriam » a Mons. del Portillo, primo Gran Cancelliere dell'Ateneo Romano della Santa Croce: *vid.* « *Ius Ecclesiae* » 6 (1994) 422-445.

(5) *Vid.* « L'Osservatore Romano » del 24 marzo 1994 pp. 1-2; e del 25 marzo 1994, p. 8; « *Romana* » 10 (1994) 23.

(6) *Vid.* A. DEL PORTILLO, *Lettera pastorale sull'avvenuta trasformazione dell'Opus Dei in Prelatura personale di ambito internazionale (28-XI-1982)*, in *Rendere amabile la Verità. Raccolta di scritti di Mons. Álvaro del Portillo*, Città del Vaticano 1995, 48-90.

(7) Sulle tappe dell'iter giuridico dell'Opus Dei, *vid.* A. DE FUENMAYOR, V. GÓMEZ-IGLESIAS, J.L. ILLANES, *L'itinerario giuridico dell'Opus Dei. Storia e difesa di un carisma*, Milano 1991.

che in qualità di Vicario Generale aveva assunto il 23 marzo il governo *ad interim* della Prelatura dell'Opus Dei <sup>(8)</sup>. Il 20 aprile 1994, è risultato eletto alla prima votazione Mons. Javier Echevarría; una volta accettata l'elezione è stata chiesta al Santo Padre la Sua conferma <sup>(9)</sup>. Nello stesso giorno 20 aprile, il Romano Pontefice, confermando l'avvenuta elezione canonica, nominò Mons. Javier Echevarría Prelato della Prelatura dell'Opus Dei <sup>(10)</sup>.

3. Il 24 aprile 1994, con una nutrita partecipazione del presbitero e dei fedeli laici della Prelatura, il nuovo Prelato dell'Opus Dei fece l'ingresso solenne nella sua Chiesa prelatizia di Santa Maria della Pace <sup>(11)</sup>, e nell'omelia disse tra l'altro: « Al Santo Padre Giovanni

<sup>(8)</sup> La Costituzione Apostolica *Ut sit* (28-XI-1982) relativa all'erezione della Prelatura dell'Opus Dei, stabilisce nell'articolo IV: *Praelaturae Operis Dei Ordinarius proprius est eius Praelatus cuius electio iuxta praescripta iuris generalis et particularis facta Romani Pontificis confirmatione eget* (vid. « AAS », 75, 1983, 423-425). Quando resta vacante l'ufficio di Prelato, entro un mese deve essere convocato il Congresso generale elettivo, il cui svolgimento deve avvenire entro il termine massimo di tre mesi dal momento in cui l'ufficio è rimasto vacante (*Codex iuris particularis Operis Dei* o *Statuta* della Prelatura dell'Opus Dei, n. 149 §§ 1-2).

Partecipano al Congresso elettivo, senza possibilità di compromissari, tutti i Congressisti nominati a vita dal precedente Prelato (o dai precedenti prelati) con il voto deliberativo del suo Consiglio, dopo aver sentito la Commissione regionale e i Congressisti della rispettiva circoscrizione (*ibid.*, n. 130). I 140 Congressisti o elettori che hanno partecipato al Congresso elettivo di 1994 (di 26 nazionalità diverse e provenienti da 29 paesi) sono stati nominati dal Beato Josemaría Escrivà (108) e, dopo il 1975, da Mons. del Portillo (32) (vid. « Romana » 10, 1994, 115-116).

<sup>(9)</sup> Trattandosi dell'ufficio di presidenza di una struttura giurisdizionale dell'organizzazione gerarchica della Chiesa, l'elezione non è costitutiva, ma richiede conferma da parte del Romano Pontefice (*CIC* 1983, cann. 178-179; Cost. ap. *Ut sit*, cit. in nota 8, art. IV; *Codex iuris particularis...*, cit. in nota 8, n. 130 §§ 1 e 4).

<sup>(10)</sup> « L'Osservatore Romano » del 22 aprile 1994 ne dava notizia nella rubrica « Nostre Informazioni »: « Il Santo Padre, confermando l'avvenuta elezione canonica a norma del n. 130 degli Statuti, ha nominato Prelato della Prelatura personale della Santa Croce e Opus Dei il reverendissimo Monsignor Javier Echevarría, finora Vicario Generale della stessa Prelatura ». Vid. « Romana » 10 (1994) 121-122.

<sup>(11)</sup> Il nuovo Prelato illustrò il senso della cerimonia di ingresso con le seguenti parole: « Il solenne ingresso del Prelato nella chiesa prelatizia esprime, nei segni liturgico-sacramentali di questa cerimonia, la realtà di cui ancora una volta siamo stati appena testimoni nell'Opus Dei. Infatti, mediante l'elezione canonica e la successiva conferma della Sede Apostolica, il Sommo Pontefice ha affidato al nuovo Prelato la cura pastorale di questa porzione del Popolo di Dio e gli ha conferito la *sacra potestas* (Cfr. Concilio Vaticano II, Cost. dogm. *Lumen gentium*, n. 19) sui fedeli della Prelatura, sacerdoti e laici, che egli regge come Ordinario proprio in tutto ciò che è connesso al lavoro pastorale della Prelatura (Cfr. Giovanni Paolo II, Cost. ap. *Ut sit*, 28-11-1982, norma IV) » (vid. « Romana », 10, 1994, 132).



Paolo II, felicemente regnante, che con tanto affetto e con sollecitudine veramente paterna segue ogni passo compiuto dall'Opera, si rivolge il nostro più fervido ringraziamento, mentre la nostra preghiera per la sua Augusta Persona e per le sue intenzioni diviene ancora più intensa » (12).

A questa sollecitudine pastorale si riferisce il Romano Pontefice nella Bolla pontificia di elevazione all'Episcopato del Prelato dell'Opus Dei, datata 21 novembre 1994 e riportata sopra, quando dichiara: « *In seguito alla morte del Nostro Venerabile Fratello Álvaro del Portillo, abbiamo ritenuto opportuno provvedere nel modo più adeguato alla Prelatura personale della Santa Croce e Opus Dei, allo scopo di meglio propiziare il bene delle anime dei suoi fedeli* ». Conseguenza di questa sollecitudine per meglio propiziare il bene delle anime dei fedeli della Prelatura è la decisione del Santo Padre che la Bolla subito dopo espone in questi termini: « *Perciò, in virtù della Nostra potestà Apostolica, abbiamo voluto annoverare fra i Vescovi te, Prelato della Prelatura personale della Santa Croce e Opus Dei* ».

Questa sollecitudine pastorale nei confronti della Prelatura dell'Opus Dei si era già manifestata precedentemente in modo simile. In effetti, anche il primo Prelato dell'Opus Dei, Mons. Álvaro del Portillo, era stato elevato all'Episcopato il 7 dicembre 1990 e successivamente consacrato Vescovo da Sua Santità Giovanni Paolo II nella Solennità dell'Epifania del 1991 (13).

#### b) *Congruenza e convenienza.*

4. Nell'omelia della Messa con cui, nel 1991, inaugurò il proprio ministero episcopale, Mons. Álvaro del Portillo aveva osservato tra l'altro: « L'ordinazione episcopale del Prelato significa un gran bene spirituale per la Prelatura dell'Opus Dei, e, nel contempo, un nuovo attestato da parte della Santa Sede sulla sua natura giuridica quale struttura giurisdizionale nella Chiesa » (14). Possiamo ben dire che si sono avverate queste parole di Mons. del Portillo, che Mons. Echevarría ricordò nell'omelia predicata nel corso della solenne concelebrazione eucaristica da lui stesso presieduta all'indomani della sua consacrazione episcopale (15).

Infatti, l'elevazione all'Episcopato del successore di Mons. del Portillo nell'ufficio di Prelato dell'Opus Dei viene a confermare anco-

(12) *Ibid.*

(13) *Vid.* « L'Osservatore Romano » del 8 dicembre 1990, p. 1; e del 7-8 gennaio 1991, pp. 1, 4 e 5; « Romana » 7 (1991) 5, 12, 152-153.

(14) *Vid.* *Rendere amabile...*, cit. in nota 6, 201-202; « Romana » 7 (1991) 129.

(15) *Vid.* « Romana » 11 (1995) 136.

ra una volta <sup>(16)</sup> la piena congruenza dell'ordinazione episcopale del Prelato delle Prelature personali con la natura teologico-canonica di questa nuova figura, voluta dal Concilio Vaticano II e delineata dalle norme d'applicazione successivamente promulgate: struttura giurisdizionale dell'organizzazione gerarchica della Chiesa per lo svolgimento di peculiari opere pastorali <sup>(17)</sup>.

Questa nuova struttura gerarchica, istituita dal Romano Pontefice e dotata di una legge particolare pontificia o *Statuta*, viene affidata al governo di un Prelato, Ordinario proprio, con o senza carattere episcopale <sup>(18)</sup>. Come titolare dell'ufficio di governo o di presidenza di una struttura giurisdizionale dell'organizzazione gerarchica della Chiesa, questo Prelato fa parte a tutti gli effetti della gerarchia ecclesiastica.

Il Vescovo diocesano riceve radicalmente da Cristo la potestà con cui governa la diocesi, che gli è stata affidata dall'autorità suprema della Chiesa, e la possiede in qualità di successore degli Apostoli. Diversamente, la funzione di presidenza o di governo delle prelature personali e di altre strutture giurisdizionali e gerarchiche di istituzione ecclesiastica con la relativa potestà — sembra che la storia della Chiesa e del suo diritto dimostrino che è così — trova il proprio fondamento nel ministero episcopale del successore di Pietro <sup>(19)</sup>, quindi non si riceve direttamente da Cristo ma dal Romano Pontefice, e si possiede sia per partecipazione *a iure* sia per vicarietà: perciò, in modo diverso da quanto succede nelle diocesi, non si richiede necessariamente il carattere episcopale del titolare dell'ufficio di presidenza di queste strutture <sup>(20)</sup>.

<sup>(16)</sup> Sulla congruenza e convenienza dell'ordinazione episcopale del primo Prelato dell'Opus Dei, Mons. A. del Portillo, con speciale riferimento alla storia giuridica dell'Opus Dei, *vid.* V. GÓMEZ-IGLESIAS, *L'ordinazione episcopale del Prelato dell'Opus Dei*, in « *Ius Ecclesiae* » 3 (1991) 251-265.

<sup>(17)</sup> Circa la natura giuridica delle Prelature personali, *vid.* G. LO CASTRO, *Le Prelature personali. Profili giuridici*, Milano 1988 e la bibliografia ivi menzionata, anche una selezione bibliografica sull'argomento si può trovare in J.L. GUTIÉRREZ, *Le Prelature personali*, in « *Ius Ecclesiae* », 1 (1989) 490-491.

<sup>(18)</sup> Già nell'« *Annuario Pontificio* » per l'anno 1983, nelle note storiche sulle Prelature personali, si leggeva: « Per lo svolgimento delle loro peculiari iniziative pastorali, tali Prelature hanno sempre un prelato, Ordinario proprio, con o senza carattere episcopale » (*vid.* « *Annuario Pontificio 1983* », 1522).

Nello stesso anno 1983, nell'articolo *Sacerdozio e presbiterio nel CIC*, in « *Servizio migranti* » 19 (1983) 354-372, E. Corecco, commentando i nuovi cann. 294-297, prendeva in considerazione come possibile la consacrazione episcopale del Prelato (E. CORECCO, *Théologie et Droit Canon. Écrits pour une nouvelle théorie générale du Droit Canon*, Fribourg Suisse 1990, 306).

<sup>(19)</sup> *Vid.* A. DE FUENMAYOR, *Potestad primacial y prelaturas personales*, in *Escritos sobre prelaturas personales*, Pamplona 1990, 151-166.

<sup>(20)</sup> *Vid.* J. HERVADA, *Diritto Costituzionale Canonico*, Milano 1989, 304-313.

Nonostante ciò, è comune a tutte queste strutture gerarchiche che la loro funzione pastorale e la potestà degli uffici di presidenza o di governo siano *vere episcopales* <sup>(21)</sup>, in quanto determinazione del *munus regendi* affidato da Cristo al Papa e al Collegio dei Vescovi <sup>(22)</sup>.

Per quanto riguarda le Prelature personali, come ben si è fatto notare, il Prelato « concentra in sé la giurisdizione che sorregge la Prelatura come struttura gerarchica » — giurisdizione circoscritta all'ambito della missione pastorale per cui è stata eretta —; e « personifica sia la comunione della Prelatura col Papa e col Collegio » sia la *sollicitudo omnium ecclesiarum* del Papa e del Collegio che si manifesta nel peculiare servizio pastorale affidato alla Prelatura <sup>(23)</sup>. Da qui la congruenza teologica dell'ordinazione episcopale del Prelato della Prelatura personale <sup>(24)</sup> in quanto l'inserisce nell'organo specifico della *communio hierarchica* dei Pastori della Chiesa, cioè il Collegio dei Vescovi, che succede al Collegio degli Apostoli.

Inoltre, la potestà del prelado è *vere episcopalis* e in conseguenza viene esercitata *ad instar Episcopi* <sup>(25)</sup>. La potestà del Prelato è una vera giurisdizione di natura episcopale, giuridicamente *ordinaria* e non delegata; *propria*, partecipata *a iure*, e non vicaria <sup>(26)</sup>; non si tratta di « una mera e immanente attuazione delle possibilità *presbiterali* insite nell'ordi-

<sup>(21)</sup> Vid. sull'argomento, J.I. ARRIETA, *Chiesa particolare e Circoscrizioni ecclesiastiche*, in « Ius Ecclesiae », 6 (1994) 3-40; IDEM, *Le Circoscrizioni personali*, in « Fidelium Iura » 4 (1994) 207-243.

<sup>(22)</sup> Vid. F. OCÁRIZ, *La consacrazione episcopale del Prelato dell'Opus Dei*, in « Studi Cattolici », 35 (1991) 23.

<sup>(23)</sup> P. RODRÍGUEZ, *Chiese particolari e Prelature personali*, Milano 1985, 140.

<sup>(24)</sup> P. RODRÍGUEZ parla di « convenienza teologica » che definisce « immanente a queste nuove strutture » (*Ibid.*).

<sup>(25)</sup> Vid. P. LOMBARDÍA-J. HERVADA, *Sobre prelaturas personales*, in « Ius Canonicum », 27 (1987) 72-73; J. HERVADA, *Pensamientos de un canonista en la hora presente*, Pamplona 1989, 213-225. Per quanto si riferisce in concreto alla Prelatura dell'Opus Dei, è stato scritto: « La potestà del Prelato dell'Opus Dei ha quindi un contenuto giurisdizionale di natura episcopale, anche nel caso che il Prelato non sia vescovo: infatti, l'oggetto di questa potestà è il governo e la regolazione della costitutiva interazione tra fedeli e ministri sacri, nucleo della dinamica interna della Chiesa e della funzione pastorale dei vescovi. Il Prelato dell'Opus Dei svolge questa funzione nei riguardi dei suoi fedeli e del suo presbiterio per il servizio della *communio ecclesiarum* che è stato affidato alla Prelatura. Abbiamo già visto che la potestà in questione ha queste caratteristiche perché si basa sull'autorità episcopale del Romano Pontefice e ne partecipa; [...] Per tutte queste ragioni, la sua potestà è di natura episcopale, anche se egli è un presbitero abilitato canonicamente *ad instar episcopi* » (P. RODRÍGUEZ-F. OCÁRIZ-J.L. ILLANES, *L'Opus Dei nella Chiesa*, Casale Monferrato 1993, 104-105).

<sup>(26)</sup> Vid. J.I. ARRIETA, *L'atto di erezione dell'Opus Dei in Prelatura personale*, in « Apollinaris » 56 (1983) 100-102; IDEM, *Chiesa particolare...*, cit. in nota 21, 28.

nazione ricevuta»: la nomina di un presbitero all'ufficio di presidenza di una Prelatura personale comporta l'esercizio di funzioni ecclesiali *vere episcopales* determinate dalla normativa generale e particolare di ogni prelatura e radicate teologicamente nella Suprema Autorità (27). Da qui anche la congruenza giuridico-canonica dell'ordinazione episcopale del Prelato della Prelatura personale in quanto adegua sacramentalmente la condizione personale del Prelato alla natura *vere episcopalis* della potestà prelatizia.

5. Mons. Javier Echevarría, in un'intervista pubblicata dal quotidiano « Avvenire » il giorno della consacrazione episcopale, ricordava che « la Prelatura dell'Opus Dei è un'istituzione gerarchica della Chiesa cattolica, la cui missione è diffondere fra i cristiani di tutte le condizioni la consapevolezza della chiamata alla santificazione personale nel proprio stato »; e subito dopo sottolineava: « L'ordinazione episcopale del prelado è certamente una realtà adeguata alla sua missione specifica e contribuisce a radicare più profondamente l'istituzione nella comunione universale della Chiesa cattolica » (28).

Queste parole di Mons. Echevarría ci portano a delle riflessioni che vanno più in là dell'affermazione circa la generica congruenza della condizione episcopale del Prelato con la natura teologico-canonica della Prelatura personale per entrare nella considerazione sulla concreta convenienza nel caso del Prelato dell'Opus Dei.

Come giustamente si è fatto notare, nella varietà dei tipi possibili di Prelatura personale, la convenienza dell'ordinazione episcopale del Prelato si fa più evidente nelle Prelature che hanno un proprio clero incardinato e un laicato incorporato che riceve la specifica cura pastorale da parte del clero prelatizio; e ancora più evidente se presbiterio e laicato della Prelatura assieme concorrono allo svolgimento di uno specifico compito di natura pastorale e apostolica in organica e mutua cooperazione, sotto la guida del Prelato; convenienza che si fa particolarmente evidente nei casi in cui inoltre il Prelato erige il seminario internazionale e promuove i candidati ai sacri Ordini, incardinandoli al servizio della Prelatura: l'ordinazione dei diaconi e dei presbiteri da parte del Vescovo Prelato sarebbe in tal caso una più piena manifestazione dell'interna struttura di *communio sacramentalis* sottesa alla giurisdizione della Prelatura personificata nel Prelato; nel più profondo del *ministerium* di questi diaconi e presbiteri resterebbero iscritte *sacramentaliter* la comunione con il Romano Pontefice, la comunione con il loro Prelato e la comunione con il Vescovo della chiesa locale in cui si compie e si inserisce la loro attività pastorale (29).

(27) J.R. VILLAR, *La capitalidad de las estructuras jerárquicas de la Iglesia*, in « Scripta Theologica », 23 (1991) 972.

(28) « Avvenire » (Milano) del 6 gennaio 1995, p. 19.

(29) P. RODRÍGUEZ, *Chiese particolari...* cit. in nota 23, 140-141.

Questo è precisamente il caso della Prelatura della Santa Croce e Opus Dei <sup>(30)</sup>, Prelatura di carattere personale ed ambito internazionale, che ormai è presente in più di trecento chiese locali di cinquantaquattro paesi dei cinque continenti <sup>(31)</sup>. A Mons. del Portillo era stata conferita la pienezza del sacerdozio ministeriale perché l'Episcopato era particolarmente conveniente alla sua funzione di governo e di presidenza della Prelatura della Santa Croce e Opus Dei. L'esperienza degli anni di Episcopato del primo Prelato dell'Opus Dei attestano questa particolare convenienza.

In effetti, l'ordinazione episcopale del primo Prelato dell'Opus Dei ha indubbiamente giovato non solo a radicare ancora più profondamente l'Opus Dei nella comunione universale della Chiesa ma anche a consolidare ulteriormente l'inserimento della Prelatura nella pastorale della Chiesa universale e in quella delle singole Chiese locali nelle quali essa svolge la propria missione, rafforzando sacramentalmente la *sollicitudo omnium ecclesiarum* del Prelato dell'Opus Dei e i vincoli della comunione del Prelato, e quella del suo presbiterio e dei fedeli laici della Prelatura, con il Romano Pontefice e con tutti gli altri Vescovi. Inoltre, Mons. del Portillo ha conferito l'Ordine sacro a più di ottanta fedeli della Prelatura: è stata un'altra rilevante esperienza degli anni di Episcopato del primo Prelato dell'Opus Dei.

Il 7 gennaio 1995, nella solenne concelebrazione eucaristica di inaugurazione del proprio ministero episcopale, Mons. Javier Echevarría ricordava nell'omelia come il sacramento dell'Ordine « configura coloro che lo ricevono con Gesù, Sommo ed Eterno Sacerdote, Capo del Corpo Mistico »; ed aggiungeva: « i Vescovi "figura del Padre" nella Chiesa, come osserva Sant'Ignazio di Antiochia, sono "costituiti dallo Spirito Santo, che è stato loro donato, come veri ed autentici maestri della fede, pontefici e pastori" (Decr. *Christus Dominus*, n. 2), e rendono presente Gesù Cristo, Pastore supremo delle anime (cfr. 1 *Petr.* 2, 25), nel popolo assegnato alle loro cure » <sup>(32)</sup>.

La pienezza del sacerdozio ministeriale, in quanto nuova infusione dello Spirito Santo sul Pastore della Prelatura con tutte le conseguenze appena indicate, rappresenta una grande ricchezza spirituale per coloro ai quali è rivolto il suo ministero pastorale, in primo luogo i fedeli della Prelatura e poi coloro che in vario modo nei cinque continenti partecipano ai suoi più diversi apostolati.

<sup>(30)</sup> Vid. J. HERVADA, *Aspetti della struttura giuridica dell'Opus Dei*, in « Il Diritto Ecclesiastico », 97-1 (1986) 410-430; V. GÓMEZ-IGLESIAS, *L'ordinazione...*, cit. in nota 16, 263-265.

<sup>(31)</sup> I dati recenti dei fedeli della Prelatura sono i seguenti: 1.533 sacerdoti incardinati, di cui 45 ordinati nell'anno precedente, e 77.867 laici incorporati (vid. « Annuario Pontificio 1995 », p. 1135).

<sup>(32)</sup> « Romana » 11 (1995) 136.



La recente consacrazione episcopale di Mons. Echevarría, nuovo Prelato dell'Opus Dei, viene quindi a significare che è stata apprezzata, in pratica e per la seconda volta, e perciò anche confermata, la particolare convenienza della condizione episcopale del titolare dell'ufficio di governo e di presidenza della Prelatura della Santa Croce e Opus Dei.

Parafrasando le parole della Bolla pontificia di elevazione all'Episcopato di Mons. Javier Echevarría, possiamo dire che nell'« *annoverare fra i Vescovi* » il « *Prelato della Prelatura personale della Santa Croce e Opus Dei* » il Romano Pontefice, « *in seguito alla morte* » di Mons. del Portillo, ha provveduto « *nel modo più adeguato alla Prelatura [...], allo scopo di meglio propiziare il bene delle anime dei suoi fedeli* ».

c) *Il servizio pastorale del Prelato dell'Opus Dei.*

6. La Bolla pontificia relativa alla consacrazione episcopale del secondo Prelato dell'Opus Dei conclude invocando la protezione della Madonna e del Beato Josemaría Escrivá: « *Infine affidiamo all'intercessione di Maria, Madre di Dio, e del beato Josemaría Escrivá de Balaguer, te, diletto Figlio, il tuo gregge e tutti i fedeli, affinché tu possa mostrare a tutti "le opere del Dio Altissimo" (cfr. 2 Mac 3, 36)* ».

All'intercessione del Beato Josemaría Escrivá si riferiva anche Mons. del Portillo in una lettera datata pochi giorni prima di ricevere da Giovanni Paolo II l'ordinazione episcopale: « sono sicuro che, con la sua intercessione dinanzi al trono di Dio, egli ha ottenuto per noi dal Cielo questa nuova grazia che, ripeto, era già presente nel suo animo ed in quell'intenzione speciale per la quale spese la propria vita e ci fece pregare tanto, nell'esclusivo desiderio di compiere la volontà del Cielo »<sup>(33)</sup>. Ordinazione episcopale che « tutti noi abbiamo considerato come una chiara conferma del cammino giuridico della Prelatura », scriveva nella stessa lettera Mons. del Portillo, sottolineando subito dopo: « non esito a scrivervi in questi termini, giacché non penso alla mia persona, bensì al fatto che l'ordinazione episcopale del Prelato comporterà un gran bene per l'Opera nel suo servizio alla Chiesa, unico scopo della nostra esistenza e dell'esistenza della nostra Prelatura »<sup>(34)</sup>. Queste parole fanno eco ad un'affermazione assai cara al Beato Josemaría: « l'u-

(33) A. DEL PORTILLO, *Lettera*, 1-I-1991. « L'intenzione speciale » del Beato Josemaría Escrivá, di cui parla la lettera citata, consisteva nel conseguimento da parte dell'Opus Dei, allo scopo di meglio servire la Chiesa, di una configurazione giuridica adeguata al carisma originario ed in grado di garantire il fenomeno pastorale in cui detto carisma si era manifestato: ciò costituisce la questione centrale dell'intero itinerario giuridico dell'Opus Dei fino all'erezione in Prelatura di carattere personale ed ambito internazionale voluta dal Beato Josemaría (sull'*iter* giuridico dell'Opus Dei, *vid.* la bibliografia citata nelle note 6, 7 e 16).

(34) *Ibid.*



nica ambizione, l'unico desiderio dell'Opus Dei e di ognuno dei suoi figli è quello di servire la Chiesa come Essa vuole essere servita »<sup>(35)</sup>.

7. L'erezione di una Prelatura personale presuppone per sua natura che il Papa, in virtù del suo ministero di promotore dell'unità della fede e della comunione, abbia ritenuto conveniente una nuova struttura per lo svolgimento di una peculiare opera pastorale — in una regione o nazione, o in tutto il mondo — per il bene comune di tutta la Chiesa<sup>(36)</sup>, in *bonum commune totius Ecclesiae* come dice il Concilio Vaticano II<sup>(37)</sup>. Concretamente, la Prelatura della Santa Croce e Opus Dei è stata eretta dalla Sede Apostolica, dopo aver consultato i Vescovi di tutte le diocesi nelle quali l'Opus Dei aveva eretto centri, per lo svolgimento di una peculiare opera pastorale al servizio dell'intera Chiesa.

La Prelatura dell'Opus Dei possiede, come tutte le strutture gerarchiche all'interno della *communio*, autonomia e giurisdizione ordinaria per svolgere la propria missione di servizio: « La Prelatura dell'Opus Dei è sottoposta immediatamente e direttamente alla Santa Sede, che ne ha approvato lo spirito e il fine e ne tutela e promuove anche il regime e la disciplina in *bonum Ecclesiae universae* »<sup>(38)</sup>. Realizza la peculiare opera pastorale, che le è stata affidata, nell'ambito delle Chiese locali e al loro servizio: « Tutto il lavoro apostolico che la Prelatura svolge, secondo la propria natura e il proprio fine, contribuisce ad *bonum singularum Ecclesiarum localium*, e la Prelatura mantiene sempre le debite relazioni con l'autorità ecclesiastica territoriale »<sup>(39)</sup>. Tutti i criteri riguardanti l'armonica coordinazione pastorale con le Chiese locali, contenuti nel quinto capitolo del titolo quarto degli « Statuti » della Prelatura dell'Opus Dei, sono informati dall'idea di servizio, in conformità allo spirito e agli insegnamenti del Beato Josemaría Escrivá<sup>(40)</sup>.

« Servire la Chiesa come Essa vuole essere servita »: l'efficacia del servizio che la Prelatura dell'Opus Dei presta alla Chiesa universale e alle Chiese locali dipende dallo svolgimento della sua attività nel rispet-

(35) J. ESCRIVÁ DE BALAGUER, *Lettera* 31-V-1943, n. 1. Due anni prima della sua morte, il Beato Josemaría Escrivá si esprimeva così: « Non abbiamo altro fine che quello di servire il Signore, la sua Chiesa Santa, il Romano Pontefice, le anime tutte. Se l'Opera non prestasse questo servizio, io non la vorrei: si sarebbe snaturata » (IDEM, *Lettera* 17-VI-1973, n. 11).

(36) Vid. A. VIANA, *Las circunscripciones personales al servicio de la comunión*, in *Ius in vita et in missione Ecclesiae*, Città del Vaticano 1994, 353-365.

(37) CONCILIO VATICANO II, Decreto *Presbyterorum Ordinis*, n. 10.

(38) *Codex iuris particularis...*, cit. in nota 8, n. 171.

(39) *Ibid.*, n. 174 § 1.

(40) Vid. P. RODRÍGUEZ-F. OCÁRIZ-J.L. ILLANES, *L'Opus Dei...*, cit. in nota 25, 132.

to della propria identità, della propria natura e dei propri mezzi e fini, tutelati dalla Sede Apostolica <sup>(41)</sup>.

8. Il Prelato dell'Opus Dei, centro di unità e capo della Prelatura, padre e pastore dei suoi fedeli, concentra e personifica in sé la missione di servizio della Prelatura. In effetti, « la funzione che il Signore ha affidato ai pastori del suo popolo è un vero servizio, che nella sacra scrittura è chiamato significativamente *diaconia* o ministero » <sup>(42)</sup>.

Il servizio pastorale del Prelato dell'Opus Dei venne illustrato da Mons. Echevarría, nella concelebrazione eucaristica all'indomani della consacrazione episcopale, con espressioni tratte dagli « Statuti » della Prelatura: « Il Prelato deve essere maestro e Padre per tutti i fedeli della Prelatura; li ami tutti veramente nel cuore di Cristo, tutti istruisca e protegga con affettuosa carità; doni se stesso generosamente in favore di tutti e sempre più sacrifici se stesso con gioia » <sup>(43)</sup>.

Il Concilio Vaticano II insegna che « con la consacrazione episcopale viene conferita la pienezza del sacramento dell'Ordine, quella cioè che dalla consuetudine liturgica della Chiesa e dalla voce dei Santi Padri viene chiamata il sommo sacerdocio, il vertice del sacro ministero. La consacrazione episcopale conferisce pure, con la funzione di santificare, le funzioni di insegnare e di governare [...]. Dalla tradizione infatti [...] consta chiaramente che con l'imposizione delle mani e con le parole della consacrazione la grazia dello Spirito Santo viene conferita, e viene impresso un sacro carattere, in maniera che i Vescovi, in modo eminente e visibile, sostengono le parti dello stesso Cristo Maestro, Pastore e Pontefice, e agiscono in sua persona » <sup>(44)</sup>. « I singoli Vescovi, per quanto lo permette l'esercizio del particolare loro ufficio, sono tenuti a collaborare tra di loro e con il successore di Pietro » <sup>(45)</sup>; e « per istituzione e precetto di Cristo, sono obbligati ad avere per tutta la Chiesa una sollecitudine che, sebbene non esercitata con atto di giuri-

<sup>(41)</sup> L'attività pastorale e apostolica della Prelatura dell'Opus Dei, come quella di altre strutture gerarchiche per lo svolgimento di peculiari compiti pastorali, « non solo non intacca l'unità della Chiesa particolare fondata sul vescovo, bensì contribuisce a dare a questa unità l'interiore diversificazione propria della *comunione* » (CONGREGAZIONE PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, Lettera *Communio notio*, 28 maggio 1992, n. 16, in « AAS » 85, 1993, 838-850). Vid. F. OCÁRIZ, *Unità e diversità nella comunione ecclesiale*, in « L'Osservatore Romano », del 21 giugno 1992, p. 11.

<sup>(42)</sup> CONCILIO VATICANO II, Cost. dog. *Lumen Gentium*, n. 24. Sull'argomento, vid. V. GÓMEZ-IGLESIAS, *Acerca de la autoridad como servicio en la Iglesia in Ius in vita...*, cit. in nota 36, 193-217.

<sup>(43)</sup> *Codex iuris particularis...*, cit. in nota 8, n. 132 § 3. Vid. « Romana » 11 (1995) 137.

<sup>(44)</sup> CONCILIO VATICANO II, Cost. dog. *Lumen gentium*, n. 21.

<sup>(45)</sup> *Ibid.*, n. 23.

sdizione, sommamente contribuisce tuttavia al bene della Chiesa universale »<sup>(46)</sup>.

Da quanto ora ricordato, si capiscono le ragioni per cui il Concilio Vaticano II può descrivere il *munus* episcopale come un *eximium servitium*<sup>(47)</sup>. Perciò, una rilevante conseguenza della consacrazione episcopale de Mons. Echevarría è la nuova forza sacramentale del proprio *servizio pastorale* come titolare dell'ufficio di governo e di presidenza della Prelatura dell'Opus Dei e della sua *sollicitudo omnium ecclesiarum* come membro del Collegio dei Vescovi, sempre *cum Petro et sub Petro*.

Il motto scelto da Mons. Javier Echevarría per lo stemma episcopale riprende un'esclamazione innumerevoli volte scritta e pronunciata dal Beato Josemaría fin dai primi tempi: *Deo omnis gloria!*, a Dio *tutta* la gloria, esclusivamente a Lui<sup>(48)</sup>. Esso compendia molto bene il desiderio del secondo Vescovo Prelato dell'Opus Dei, sulla scia dell'esempio del Beato Josemaría Escrivá e di Mons. del Portillo, « di servire la Chiesa come Essa vuole essere servita », per potere così — sono le ultime parole della Bolla pontificia — « mostrare a tutti "le opere del Dio Altissimo" ».

Valentín Gómez-Iglesias C.

**Allocuzione alla Rota Romana**, 10 febbraio 1995, (*L'Osservatore Romano*, 11 febbraio 1995, p. 5).

1. Le sono vivamente grato, Monsignor Decano, per le espressioni con cui si è fatto interprete dei sentimenti augurali del Collegio dei Pretoli Uditori e degli Officiali del Tribunale della Rota Roma, come pure dei componenti dello Studio Rotale ed agli Avvocati Rotali. Tutti saluto con affetto.

Sono sempre molto lieto di accogliervi in occasione dell'apertura dell'Anno Giudiziario, che mi offre la gradita opportunità, anzitutto, di incontrarvi e di manifestarvi il mio riconoscente apprezzamento e, poi, di incoraggiarvi nel vostro peculiare servizio ecclesiale.

Le riflessioni che Ella ha svolto nel suo indirizzo, Mons. Decano, mi suggeriscono di soffermarmi, quasi a continuazione di quanto ebbi a dire lo scorso anno, su *due argomenti*, fra loro in qualche modo comple-

<sup>(46)</sup> *Ibid.*, n. 23.

<sup>(47)</sup> *Ibid.*, n. 21.

<sup>(48)</sup> Quest'espressione appare già nel marzo 1930, in uno dei primi brani delle sue annotazioni personali: *Apuntes íntimos* n. 8; successivamente essa ritorna inoltre un centinaio di passi del medesimo testo. La si può riscontrare anche in *Cammino*, n. 780, ripresa alla lettera dall'edizione di *Consideraciones espirituales* del 1932 (n. 195). *Vid.* anche *Solco*, n. 647; *Forgia*, nn. 611, 639 e 1051.

mentari. Alludo all'urgente necessità, da una parte, di *collocare la persona umana al centro del vostro ufficio*, più propriamente del vostro « ministerium iustitiae »; e, dall'altra, al dovere di tener conto delle esigenze derivanti da *una visione unitaria che abbracci insieme giustizia e coscienza individuale*.

2. Non vi è dubbio che l'uomo, creato a immagine di Dio, redento dal sacrificio di Cristo e a Lui fatto fratello, sia l'unico destinatario di tutta l'opera evangelizzatrice della Chiesa e quindi anche dello stesso ordinamento canonico. A ragione quindi il Concilio Vaticano II, ribadendo l'altissima vocazione dell'uomo, non ha esitato a riconoscere il « *divinum quoddam semen in eo insertum* » (*Gaudium et spes*, 3). « L'immagine divina — ci ricorda anche il *Catechismo della Chiesa Cattolica* — è presente in ogni uomo. Risplende nella comunione delle persone, a somiglianza dell'unione delle persone divine tra loro » (n. 1702; cfr. nn. 27, 1701, 1703), così che — per riprendere l'insegnamento conciliare — « *omnia quae in terra sunt ad hominem, tamquam ad centrum suum et culmen, ordinanda sunt* » (*Gaudium et spes*, 12).

« *Quid est autem homo?* », si domanda immediatamente il Concilio. La questione non è oziosa. Sulla natura dell'essere umano vi sono infatti opinioni tra loro divergenti. Consapevoli di ciò, il Concilio si è impegnato ad offrire una risposta nella quale « *vera hominis condicio delineetur, explanentur eius infirmitates, simulque eius dignitas et vocatio recte agnosci possint* » (*Gaudium et spes*, 12).

3. Non è quindi sufficiente richiamarsi alla persona umana e alla sua dignità, senza essersi prima sforzati di elaborare *un'adeguata visione antropologica*, che, partendo da acquisizioni scientifiche certe, resti ancorata ai principi basilari della filosofia perenne e si lasci insieme illuminare dalla vivissima luce della Rivelazione cristiana.

Ecco perché, in un precedente incontro con codesto Tribunale, ebbi a riferirmi ad « una visione veramente integrale della persona » e ad ammonire contro certe correnti della psicologia contemporanea, le quali « oltrepassando la propria specifica competenza, s'inoltrano in tale territorio e in esso si muovono sotto la spinta di presupposti antropologici non conciliabili con l'antropologia cristiana » (*Discorso ai Membri della Rota Romana*, n. 2: *AAS* 79 [1987] p. 1454). Tali presupposti, infatti, presentano un'immagine della natura e della esistenza umana « chiusa ai valori e significati che trascendono il dato immanente e che permettono all'uomo di orientarsi verso l'amore di Dio e del prossimo come sua ultima vocazione » (*ib.*, n. 4: *AAS* 79 [1987] p. 1455).

4. Non è inutile, pertanto, richiamare ancora una volta l'attenzione dei Tribunali ecclesiastici sulle *inammissibili conseguenze* che da erronee impostazioni dottrinali si riverberano negativamente sull'amministrazione della giustizia ed in modo particolare, ancor più gravemente,

sulla trattazione delle cause di nullità del matrimonio. Già da molti anni del resto, la specifica normativa canonica, disponendo in fatto di consultazione di medici specialisti ed esperti nella scienza e pratica psichiatrica, aveva espressamente ammonito: «cauto tamen ut excludantur qui sanam (catholicam) doctrinam hac in re non profiteantur» (Instr. «Provida Mater Ecclesia», art. 151: AAS 28 [1936] p. 343).

Soltanto una antropologia cristiana, arricchita dal contributo dei dati raggiunti con certezza dalla scienza anche in tempo recente nel campo psicologico e psichiatrico, può offrire una visione completa, e perciò realistica, dell'uomo. Ignorare che egli «ha una natura ferita, incline al male — ammonisce il *Catechismo della Chiesa Cattolica* — è causa di gravi errori nel campo dell'educazione, della politica, dell'azione sociale e dei costumi» (n. 407; cfr. nn. 410 ss.). Ugualmente fuorviante sarebbe dimenticare che l'uomo è stato gratuitamente redento dal sacrificio di Cristo e reso capace, anche in mezzo a condizionamenti del mondo esterno e di quello a lui interiore, di operare il bene e di assumere impegni per l'intera sua esistenza.

5. Tutto questo non può condurre che ad *una sempre maggiore considerazione della altissima nobiltà dell'uomo*, dei suoi diritti intangibili, del rispetto a lui dovuto, anche quando i suoi atti e il suo comportamento diventano oggetto di esame giudiziale da parte della legittima autorità in genere e di quella ecclesiale in specie.

È ben noto l'apporto che, soprattutto negli ultimi decenni, l'elaborazione giurisprudenziale della Rota Romana ha offerto ad una conoscenza sempre più adeguata di quell'*interior homo* da cui nascono, come dal proprio centro propulsore, gli atti consapevoli e liberi. In ciò è del tutto lodevole il ricorso fatto alle discipline umanistiche in senso lato, e a quelle medico-biologiche od anche psichiatriche-psicologiche in senso stretto. Ma una psicologia puramente sperimentale, non coadiuvata dalla metafisica né illuminata dalla dottrina morale cristiana, porterebbe ad una concezione riduttiva dell'uomo che finirebbe per esporlo a trattamenti decisamente degradanti.

In realtà l'uomo, aiutato e corroborato dalla grazia soprannaturale, è *capace di superare se stesso*: pertanto certe esigenze del Vangelo, che in una visione delle cose puramente terrena e temporale potrebbe apparire troppo dure, non soltanto sono possibili, ma riescono apportatrici di benefici essenziali per la crescita dell'uomo stesso in Cristo.

6. Verso quest'uomo occorre tenere un atteggiamento di riverente considerazione *anche nella conduzione dei processi*. A tal fine questa Sede Apostolica non ha mancato di dare, secondo le circostanze e i tempi, opportune direttive. Così è avvenuto, ad esempio, quando si è trattato di dover ricorrere ad indagini peritali, che avrebbero potuto in qualche modo ledere in senso di una comprensibile e necessaria riservatezza (cfr. Resp. S. Officii diei 2 augusti 1929, AAS 21 (1929) p. 490; — Art. 150



cit. Instr. S.C. Sacram., AAS 28 (1936) p. 343; — Decretum S. Officii diei 12 iunii 1942, AAS 34 (1942) p. 200; — Allocutio PII PP. XII diei 8 octobris 1953, AAS 45 (1953) pp. 673-679).

Parimenti, quando le condizioni psichiche di una parte non garantiscono una consapevole e valida partecipazione al giudizio, la legge canonica vi provvede con l'istituto della rappresentanza tutoria o di curatela (cfr. cann. 1478-1479 CIC; cann. 1136-1137 CCEO).

Altrettanto risulta da tutta la normativa *in fatto di difesa*. Di questa si garantisce in primo luogo l'effettiva presenza sia con la scelta privata che con l'assegnazione d'ufficio di competenti patroni (cfr. can. 1481 CIC; can. 1139 CCEO); se ne tutela poi il libero esercizio giungendo fino a prevedere la possibile nullità di decisioni giudiziarie nelle quali tale libertà risultasse lesa (can. 1620, n. 7 CIC; can. 1303, n. 7 CCEO). Tutto ciò sta a dimostrare la concreta considerazione della dignità dell'uomo, da cui è ispirata la disciplina canonica.

7. A questo proposito, desidero richiamare la vostra attenzione su un punto di natura processuale: esso riguarda la disciplina vigente circa *i criteri di valutazione delle affermazioni fatte in giudizio delle parti* (cann. 1536-1538, 1679 CIC; cann. 1217-1219, 1365 CCEO).

È indubitato che le supreme istanze di una vera giustizia, quali sono la certezza del diritto e l'acquisizione della verità, devono trovare il loro corrispettivo in norme procedurali, che mettano al riparo da arbitri e leggerezze inammissibili in ogni ordinamento giuridico, ed ancora meno in quello canonico. Il fatto tuttavia che la legislazione ecclesiale riponga proprio nella coscienza del giudice, e cioè nel suo libero convincimento, pur dedotto dagli atti e dalle prove (can. 1608 § 3 CIC; can. 1291 § 3 CCEO), il criterio ultimo e il momento conclusivo del giudizio stesso, prova come un inutile ed ingiustificato formalismo non debba mai sovrapporsi fino a soffocare i chiari dettami del diritto naturale.

8. Questo ci porta ad affrontare in modo diretto l'altro argomento, al quale facevo riferimento all'inizio: *il rapporto fra una vera giustizia e la coscienza individuale*.

Scrivevo già nell'Enciclica « Veritatis Splendor »: « Il modo secondo cui si concepisce il rapporto tra la libertà e la legge si collega intimamente con l'interpretazione che viene riservata alla coscienza morale » (n. 54).

Se ciò è vero nell'ambito del cosiddetto « foro interno », non vi è dubbio però che una correlazione fra la legge canonica e la coscienza del soggetto si pone anche nell'ambito del « foro esterno »: qui il rapporto si instaura fra il giudizio di chi autenticamente e legittimamente interpreta la legge, sia pure nel caso singolo e concreto, e la coscienza di chi all'autorità canonica ha fatto appello: fra il giudice ecclesiastico quindi e le parti in causa del processo canonico.

A tale riguardo scrivendo nella lettera Enciclica *Dominum et vivicantem*: « La coscienza non è una fonte autonoma ed esclusiva per decidere



ciò che è buono e ciò che è cattivo; invece, in essa è inscritto profondamente un principio di obbedienza nei riguardi della norma oggettiva, che fonda e condiziona la corrispondenza delle sue decisioni con i comandi e i divieti che sono alla base del comportamento umano » (n. 43). E nell'enciclica *Veritatis Splendor* ho aggiunto: « L'autorità della Chiesa, che si pronuncia sulle questioni morali, non intacca in nessun modo la libertà di coscienza dei cristiani... anche perché il Magistero non porta alla coscienza cristiana verità ad essa estranee, bensì manifesta la verità che dovrebbe già possedere sviluppandole a partire dall'atto originario della fede. La Chiesa si pone solo e sempre al servizio della coscienza, aiutandola a non essere portata qua e là da qualsiasi vento di dottrina secondo l'inganno degli uomini (cfr. Ef. 4, 14), a non sviarsi dalla verità circa il bene dell'uomo, ma, specialmente nelle questioni più difficili, a raggiungere con sicurezza la verità e a rimanere in essa » (n. 64).

Un atto aberrante dalla norma o dalla legge oggettiva è, dunque, moralmente riprovevole e come tale deve essere considerato: se è vero che l'uomo deve agire in conformità con il giudizio della propria coscienza, è altrettanto vero che il giudizio della coscienza non può pretendere di stabilire la legge; può soltanto riconoscerla e farla propria.

9. Pur nella distinzione tra la funzione magisteriale e quella giurisdizionale, è indubbio che nella società ecclesiale *anche la potestà giudiziaria emana dalla più generale « potestas regiminis », « quae quidem ex divina institutione est in Ecclesia »* (can. 129 § 1), tripartita appunto « in legislativam, executivam et iudicalem » (can. 135 § 1). Ove pertanto sorgano dubbi sulla conformità di un atto (per esempio, nel caso specifico di un matrimonio) con la norma oggettiva, e conseguentemente venga posta in questione la legittimità od anche la stessa validità di tale atto, il riferimento deve essere fatto al giudizio correttamente emanato dalla legittima autorità (cfr. can. 135 § 3), e non invece ad un preteso giudizio privato, tanto meno ad un convincimento arbitrario del singolo. È principio, questo, tutelato anche formalmente dalla legge canonica, che stabilisce: « *Quamvis prius matrimonium sit irritum aut solum qualibet ex causa, non ideo licet aliud contrahere, antequam de prioris nullitate aut solutione legitime et certo constiterit* » (can. 1085 § 2).

Si situerebbe quindi fuori, ed anzi in posizione antitetica con l'autentico magistero ecclesiastico e con lo stesso ordinamento canonico — elemento unificante ed in qualche modo insostituibile per l'unità della Chiesa — chi pretendesse di infrangere le disposizioni legislative concernenti la dichiarazione di nullità di matrimonio. Tale principio vale per quanto riguarda non soltanto il diritto sostanziale, ma anche la legislazione di natura processuale. Di questo occorre tener conto nell'azione concreta, avendo cura di evitare risposte e soluzioni quasi « in foro interno » a situazioni forse difficili, ma che non possono essere affrontate e risolte se non nel rispetto delle vigenti norme canoniche. Di questo soprattutto devono tener conto quei Pastori che fossero eventualmente

tentati di distanziarsi nella sostanza dalle procedure stabilite e confermate nel Codice. A tutti deve essere ricordato il principio per cui, pur essendo concessa al Vescovo diocesano la facoltà di dispensare a determinate condizioni da leggi disciplinari, non gli è consentito però di dispensare « in legibus processualibus » (can. 87 § 1).

10. Ecco i punti dottrinali che mi premeva oggi richiamare. Operando nell'ambito giuridico così delineato, i giudici dei Tribunali ecclesiastici, ed in primo luogo voi, Prelati Uditori di questo foro apostolico, non mancherete di recare grande vantaggio al Popolo di Dio. Vi esorto a cercare di svolgere sempre il vostro lavoro con quella adeguata conoscenza dell'uomo e con quell'atteggiamento di doveroso rispetto della sua dignità su cui vi ho oggi intrattenuto.

Confidando nel vostro sincero sentimento di disponibilità alle indicazioni del Magistero e persuaso del grande senso di responsabilità col quale esercitate l'altissima funzione a voi affidata per il bene della società ecclesiale ed umana, vi porgo il mio augurio affettuoso e di cuore vi imparto l'Apostolica Benedizione.

**Pagina bianca**

## ATTI DELLA SANTA SEDE

SEGRETERIA DI STATO. **Statuto del Fondo di Assistenza Sanitaria della Sede Apostolica**, 7 novembre 1994 (AAS, 87 (1995), p. 92-102) (\*).

Il Santo Padre Giovanni Paolo II, nell'Udienza concessa al sottoscritto Cardinale Segretario di Stato il giorno 7 novembre 1994, ha approvato il nuovo Statuto del Fondo Assistenza Sanitaria per il personale degli Organismi ed Enti gestiti amministrativamente in modo diretto, dalla Sede Apostolica, anche non aventi sede nello Stato della Città del Vaticano.

Il Santo Padre ha disposto la promulgazione del suddetto Statuto per mezzo della sua pubblicazione in « Acta Apostolicae Sedis », stabilendo che esso entri in vigore a decorrere dal 1° Gennaio 1995.

*Angelo card. Sodano*  
*Segretario di Stato*

### *Instituti medicae curationis ordinatio*

#### FONDO ASSISTENZA SANITARIA

#### STATUTO

*Art. 1.* È costituito nella Città del Vaticano il Fondo Assistenza Sanitaria (F.A.S.) per il personale degli Organismi ed Enti gestiti amministrativamente, in modo diretto, dalla Sede Apostolica, anche non aventi sede nello Stato della Città del Vaticano.

*Art. 2.* 1. Il Fondo Assistenza Sanitaria ha personalità giuridica ed ha sede nella Città del Vaticano.

2. Il Presidente del Consiglio di Amministrazione ne ha la rappresentanza legale.

*Art. 3.* 1. Il Fondo Assistenza Sanitaria è amministrato dal Consiglio di Amministrazione sotto la vigilanza della Commissione Cardina-

---

(\*) Vedi nota di J. CANOSA, *Un esempio di riforma amministrativa nell'ordinamento canonico: il nuovo statuto del Fondo di Assistenza Sanitaria (FAS)*, alla fine del documento.

lizia dell'Amministrazione del Patrimonio della Sede Apostolica, integrata dal Cardinale Presidente della Pontificia Commissione per lo Stato della Città del Vaticano, qualora non ne sia già membro.

2. Il Consiglio di Amministrazione, presieduto dal Segretario dell'Amministrazione del Patrimonio della Sede Apostolica, è composto da:

- il Direttore del Fondo Assistenza Sanitaria;
- il Direttore dei Servizi Sanitari dello Stato della Città del Vaticano;
- il Capo dell'Ufficio Legale del Governatorato dello Stato della Città del Vaticano;
- un Membro designato dal Cardinale Segretario di Stato tra il personale in servizio della Sede Apostolica;
- un Membro designato dal Cardinale Presidente dell'Amministrazione del Patrimonio della Sede Apostolica;
- un Membro designato dal Cardinale Presidente della Pontificia Commissione per lo Stato della Città del Vaticano;
- un Membro designato dal Prefetto della Congregazione per l'Evangelizzazione dei Popoli;
- un Membro designato dal Direttore Generale della Radio Vaticana.

3. I Membri del Consiglio di Amministrazione assumono la loro carica una volta avutane comunicazione da parte del Cardinale Segretario di Stato e durano in carica per un quinquennio.

4. Il Presidente nomina un Segretario.

5. Il Consiglio si riunisce su convocazione del Presidente almeno tre volte l'anno e su richiesta di almeno cinque suoi componenti.

6. Il Consiglio delibera con la presenza della maggioranza dei suoi componenti ed a maggioranza assoluta dei presenti. A parità di voto spetta al Presidente la decisione finale.

*Art. 4.* Il Consiglio di Amministrazione del Fondo:

a) determina gli indirizzi generali e vigila sull'andamento della gestione del Fondo;

b) stabilisce i criteri generali in tema di convenzionamento, ratifica o revoca le convenzioni;

c) determina le tariffe e le modalità relative alle spese di assistenza del le diverse prestazioni erogabili, nella forma diretta o indiretta, a carico del Fondo;

d) propone alla Commissione Cardinalizia dell'Amministrazione del Patrimonio della Sede Apostolica eventuali concorsi alle spese di assistenza, a carico degli assistiti;

e) predispose il bilancio annuale e la relativa relazione da presentare alla Commissione Cardinalizia dell'Amministrazione del Patrimonio della Sede Apostolica;

f) delibera in merito alla stipula di apposite convenzioni con Enti, previdenziali e non, anche esterni all'ordinamento vaticano, per esigenze assistenziali ed assicurative;

g) determina l'ambito delle deleghe da attribuire alla Giunta Esecutiva per la gestione ordinaria del Fondo.

*Art. 5.* 1. Nell'ambito del Consiglio di Amministrazione è costituita una Giunta Esecutiva, composta da:

— il Direttore del Fondo Assistenza Sanitaria, Presidente;

— un Ufficiale medico delegato del Direttore dei Servizi Sanitari dello Stato della Città del Vaticano;

— il Capo dell'Ufficio Legale del Governatorato dello Stato della Città del Vaticano;

— il Membro del Consiglio designato dal Cardinale Presidente dell'Amministrazione del Patrimonio della Sede Apostolica.

2. La Giunta Esecutiva provvede alla gestione ordinaria del Fondo, nell'ambito delle deleghe ad essa attribuite dal Consiglio di Amministrazione.

*Art. 6.* 1. Il Direttore del Fondo Assistenza Sanitaria, scelto tra i laureati in medicina e chirurgia, è nominato dal Sommo Pontefice.

2. Al Direttore spetta la gestione tecnico-amministrativa in conformità alle direttive generali impartite dal Consiglio di Amministrazione e dalla Giunta Esecutiva. In particolare, il Direttore:

a) è capo dei servizi dell'Ufficio, dei quali propone al Presidente del Consiglio di Amministrazione la composizione;

b) collabora con il Presidente nella programmazione delle adunanze del Consiglio di Amministrazione e nella preparazione dei provvedimenti, e ne cura l'esecuzione;

c) segue lo studio delle proposte relative alla normativa riguardante il Fondo.

*Art. 7.* 1. Il Collegio dei Sindaci, composto di tre Membri, di cui uno con funzioni di Presidente, è nominato dal Cardinale Segretario di Stato su proposta della Commissione Cardinalizia dell'Amministrazione del Patrimonio della Sede Apostolica integrata dal Cardinale Presidente della Pontificia Commissione per lo Stato della Città del Vaticano, qualora non ne sia già membro, e dura in carica tre anni.

2. Il Collegio dei Sindaci è invitato alle riunioni del Consiglio di Amministrazione.

3. Il Collegio dei Sindaci ha funzione di revisore dei conti ed elabora una relazione al bilancio predisposto dal Consiglio di Amministrazione.

*Art. 8.* 1. Sono iscritti al Fondo Assistenza Sanitaria:

a) i dipendenti di ruolo e a contratto degli Organismi ed Enti di cui all'art. 1. Al momento della loro assunzione, l'Amministrazione provvede alla loro iscrizione;



*b)* gli ex dipendenti titolari di pensione secondo il disposto del successivo art. 9.

2. Con delibera del Consiglio di Amministrazione, può essere iscritto al Fondo Assistenza Sanitaria anche il personale di Organismi ed Enti indirettamente amministrati dalla Sede Apostolica, su richiesta delle rispettive Amministrazioni.

3. Possono essere iscritte, su loro richiesta e secondo le modalità contributive stabilite dal Consiglio di Amministrazione, le persone autorizzate a risiedere nello Stato della Città del Vaticano e che non abbiano diritto all'iscrizione per altro titolo.

4. Sulla base di adeguate motivazioni il Consiglio di Amministrazione, previo nulla osta della Commissione Cardinalizia dell'Amministrazione del Patrimonio della Sede Apostolica, può autorizzare l'iscrizione di altre persone, definendone le modalità contributive.

5. Le modalità contributive di cui ai commi 3 e 4 non possono essere inferiori a quanto disposto all'art. 11 n. 1, secondo capoverso.

*Art. 9.* 1. L'iscrizione al Fondo è estesa:

*a)* agli ex dipendenti degli Organismi ed Enti di cui all'art. 8, ai quali spetti la pensione a decorrere dal periodo immediatamente successivo alla cessazione del rapporto di lavoro con detti Organismi ed Enti;

*b)* agli assistiti aventi diritto a pensione indiretta o di reversibilità al momento della morte del dipendente o pensionato, alle condizioni di cui al successivo art. 10.

2. I titolari di pensione di cui alle lettere *a)* e *b)* possono rinunciare in via definitiva all'iscrizione al Fondo.

*Art. 10.* L'assistenza del Fondo è estesa:

*a)* ai figli dell'iscritto che non abbiano compiuto i diciotto anni e agli affidati a norma di legge, durante il periodo di affidamento;

*b)* ai figli dell'iscritto maggiori di anni diciotto compiuti:

— se studenti, per la durata statutaria del periodo di studi secondari superiori o di un corso universitario di I o di II livello (diploma universitario o laurea), o di studi riconosciuti come equivalenti dalla Sede Apostolica;

— senza limiti di età quando, a giudizio insindacabile del Collegio medico nominato dalla Direzione dei Servizi Sanitari dello Stato della Città del Vaticano, siano riconosciuti permanentemente inabili a qualsiasi lavoro proficuo, regolare e continuativo;

*c)* al coniuge, ai genitori ovvero ad un fratello o ad una sorella, celibe o nubile o in condizione di vedovanza, conviventi con l'iscritto, se non di spongono di redditi da qualsiasi attività lavorativa o da altro ceptite economico o da pensione superiore al 50% della retribuzione iniziale (stipendio base + ASI) del I livello funzionale retributivo, quale previsto dalle apposite tabelle per il personale della Sede Apostolica.

*Art. 11.* 1. Per gli iscritti dipendenti in servizio, il Fondo è alimentato:

*a)* dal contributo dell'Amministrazione dalla quale l'iscritto dipende, nella misura del 4,50% della retribuzione, attualmente composta da stipendio base, scatti biennali ed aggiunta di indicizzazione per tredici mensilità, nonché dall'eventuale indennità fissa per responsabilità dirigenziale;

*b)* dal contributo dell'iscritto nella misura del 2% della retribuzione ordinaria, come specificato nella lettera *a)*;

*c)* da eventuali elargizioni.

I contributi di cui alle lettere *a)* e *b)* non potranno essere in alcun caso inferiori a quelli derivanti dall'applicazione della retribuzione ordinaria del I livello, comprensiva di stipendio base ed aggiunta speciale di indicizzazione.

L'Amministrazione dalla quale l'iscritto dipende esegue la ritenuta del contributo dovuto e ne effettua il versamento al Fondo Assistenza Sanitaria unitamente alla propria quota contributiva entro dieci giorni dall'avvenuto pagamento della retribuzione.

2. Per gli iscritti che beneficiano di pensione vaticana o di altri Enti di retta, indiretta o di reversibilità, il Fondo è alimentato:

*a)* Per il titolare di pensione vaticana:

1) dal contributo dell'Amministrazione dalla quale il dipendente o dante causa apparteneva al momento del collocamento in quiescenza, nella misura del 4,5% della pensione diretta, indiretta o di reversibilità per tredici mensilità;

2) dal contributo dell'iscritto nella misura del 2% della pensione, come specificato al punto 1).

Il versamento al Fondo Assistenza Sanitaria della quota contributiva dell'Amministrazione e della quota contributiva del pensionato ritenuta dall'Amministrazione del Patrimonio della Sede Apostolica, Gestione Fondo Pensioni, è effettuato entro dieci giorni dal pagamento della pensione.

*b)* Per il titolare di pensione di altri Enti:

1) dal contributo dell'Amministrazione dalla quale il dipendente o dante causa apparteneva al momento del collocamento in quiescenza nella misura del 4,5% della pensione diretta, indiretta o di reversibilità per tredici mensilità;

2) dal contributo dell'iscritto nella misura del 2% della pensione, come specificato al punto 1), da versarsi semestralmente da parte dell'iscritto alle Amministrazioni di cui al precedente punto 1).

L'Amministrazione effettua semestralmente il versamento al Fondo Assistenza Sanitaria della propria quota contributiva e della quota contributiva dell'iscritto.

3. Variazioni delle aliquote contributive di cui ai numeri 1 e 2 possono essere disposte dal Segretario di Stato, su proposta della Commissione Cardinalizia dell'Amministrazione del Patrimonio della Sede Apostolica.

*Art. 12.* 1. Il Fondo Assistenza Sanitaria ha bilancio proprio e propria contabilità.

2. L'esercizio finanziario ha inizio il 1° gennaio e termina il 31 dicembre.

3. La relazione e il bilancio dell'esercizio, predisposti dal Consiglio di Amministrazione entro il mese di marzo, sono presentati alla Commissione Cardinalizia dell'Amministrazione del Patrimonio della Sede Apostolica, corredati dalla relazione del Collegio dei Sindaci.

4. Il bilancio annuale viene presentato anche alla Prefettura per gli Affari Economici della Santa Sede.

5. Il servizio di cassa è affidato all'Amministrazione del Patrimonio della Sede Apostolica.

*Art. 13.* 1. L'eventuale avanzo di bilancio è destinato al fondo di riserva.

2. Per la copertura dell'eventuale disavanzo è utilizzato il fondo di riserva.

3. Qualora questo risulti insufficiente si provvede con contributi straordinari da parte delle varie Amministrazioni in misura proporzionale ai rispettivi contributi ordinari corrisposti durante l'anno.

*Art. 14.* 1. Il Fondo, in conformità con il Regolamento, provvede:

a) ad erogare, in caso di malattia, l'assistenza medico-chirurgica;

b) ad erogare, un caso di gravidanza, l'assistenza ostetrica;

c) alle prestazioni odontoiatriche, limitatamente alla terapia conservativa;

d) alla somministrazione di farmaci, in conformità al proprio repertorio;

e) alla corresponsione di contributi, per le prestazioni integrative, in rapporto alle risorse disponibili.

2. Non danno diritto all'assistenza:

a) le malattie dolosamente contratte o aggravate;

b) gli interventi e le applicazioni di carattere estetico.

*Art. 15.* 1. Le prestazioni sanitarie sono erogate dal Fondo Assistenza Sanitaria in forma diretta o indiretta:

— in forma diretta, dagli Ambulatori del Governatorato dello Stato della Città del Vaticano ovvero da Centri o Medici convenzionati esterni;

— in forma indiretta, da Centri o Medici non convenzionati.

2. Negli Ambulatori del Governatorato dello Stato della Città del Vaticano le prestazioni sanitarie agli assistiti del Fondo vengono erogate sotto la vigilanza della Direzione dei Servizi Sanitari.

*Art. 16.* 1. Le prestazioni del Fondo iniziano all'atto dell'assunzione per le persone di cui all'art. 8, n. 1 lettera a), e all'atto dell'iscrizione per le altre persone.

2. Le prestazioni terminano alla cessazione del rapporto di lavoro qualora non sia maturato il diritto alla pensione.

3. In caso di cessazione del rapporto di lavoro a motivo dell'infermità, senza che sia maturato il diritto alla pensione, le prestazioni continuano per sei mesi a far tempo dalla data della cessazione del rapporto di lavoro.

*Art. 17.* L'iscritto è tenuto a denunciare al Fondo lo stato di malattia, che richieda un'assistenza medico-chirurgica, propria o dei suoi familiari, entro tre giorni dall'inizio della malattia. Tale obbligo, inderogabile, per ogni forma di ricovero, salvo cause di forza maggiore, non sussiste quando l'infermo si serve degli ambulatori interni o di medici convenzionati esterni per l'assistenza domiciliare.

*Art. 18.* Per i ricoveri ospedalieri o un casa di cura, per le prestazioni specialisti che e gli accertamenti esterni, sia in caso di assistenza in forma diretta che indiretta, occorre la preventiva autorizzazione dell'Ufficio del Fondo.

*Art. 19.* 1. Le prestazioni del Fondo a favore degli assistiti sono gratuite se effettuate con i mezzi sanitari direttamente forniti dal Fondo, fatto salvo il concorso di cui all'art. 4 lettera d).

2. Qualora l'assistito intenda servirsi dell'assistenza indiretta, il Fondo concorre alla spesa nella misura prevista dall'art. 4 lettera c).

*Art. 20.* Per le malattie ad andamento cronico comportanti lungodegenze, il Consiglio di Amministrazione può deliberare, su proposta del Direttore del Fondo, la concessione di contributi per l'assistenza di ricovero o infermieristica in relazione alle disponibilità finanziarie.

*Art. 21.* 1. Le prestazioni integrative di cui all'art. 14 lettera e) comprendono:

- a) protesi dentarie, interventi di paradontologia, terapia ortodontica;
- b) protesi oculari;
- c) protesi e presidi vari;
- d) prestazioni infermieristiche.

2. Le prestazioni debbono essere preventivamente autorizzate dall'Ufficio del Fondo.

3. La misura del contributo è stabilita dal Consiglio di Amministrazione.

*Art. 22.* Il Fondo provvede agli accertamenti di controllo a mezzo di medici propri o della Direzione dei Servizi Sanitari.

*Art. 23.* 1. Per il prelevamento dei medicinali o di altri mezzi terapeutici, in caso di assistenza in forma diretta, l'iscritto deve servirsi della Farmacia Vaticana o di altra farmacia convenzionata.

2. Per l'acquisto di medicinali, in caso di assistenza in forma indiretta, il Fondo provvede al rimborso del 70% del costo.

*Art. 24.* Le spese sostenute dal Fondo Assistenza Sanitaria per infortunio o malattia riconosciuti dipendenti da causa di servizio sono a carico delle Amministrazioni di appartenenza dell'iscritto.

*Art. 25.* 1. Nel caso di malattia causata o aggravata da fatto doloso o colposo di terzi, l'assistito fruisce delle prestazioni impegnandosi:

a) a preservare il diritto di surrogazione del Fondo Assistenza Sanitaria nei confronti dei responsabili del fatto doloso o colposo nei termini di legge;

b) a rimettere al Fondo l'eventuale importo percepito a titolo di risarcimento fino alla concorrenza delle spese di assistenza medico-chirurgica sostenute o da sostenersi dal Fondo stesso in previsione della completa guarigione.

2. Il Fondo Assistenza Sanitaria si riserva, qualora necessario, l'azione di surroga nei confronti del responsabile per il recupero delle spese sostenute o da sostenere.

*Art. 26.* 1. Gli eventuali reclami da parte degli iscritti debbono essere presentati al Consiglio di Amministrazione, il quale delibera in merito.

2. Contro la decisione del Consiglio è ammesso il ricorso alla Commissione Cardinalizia.

3. La decisione pronunciata dalla Commissione Cardinalizia è definitiva.

#### *Norme transitorie*

*Art. 27.* Per coloro i quali non possono più essere assistiti dal Fondo in base alle presenti norme, le prestazioni continuano per trenta giorni a decorrere dalla data di entrata in vigore delle medesime.

Città del Vaticano, 7 novembre 1994.

---

#### **Un esempio di riforma amministrativa nell'ordinamento canonico: il nuovo statuto del Fondo di Assistenza Sanitaria (FAS).**

1. Introduzione. — 2. Inquadramento normativo del nuovo statuto. — 3. Le modifiche riguardo la tutela dei diversi interessi. — 4. Le novità nell'assetto organizzativo.

##### 1. *Introduzione.*

Nel fascicolo degli *Acta Apostolicae Sedis* del 2 gennaio 1995 compare il nuovo statuto del FAS <sup>(1)</sup>, approvato dal Sommo Pontefice in da-

---

<sup>(1)</sup> Vedi SECRETARIA STATUS, *Rescriptum ex Audientia Ss.mi quo a die I mensis Ianuarii a D. MCMXCV nova statuta comprobantur pro instituto curationis medicae*, 7

ta 7 novembre 1994, che viene a sostituire il precedente statuto del 1953 <sup>(2)</sup>. Dopo più di quarant'anni di vigenza della norma precedente, l'emanaione di nuove disposizioni sull'assistenza sanitaria del personale della Sede Apostolica <sup>(3)</sup>, sembra consona <sup>(4)</sup> con l'apparizione, nell'arco di quarant'anni, di altre norme canoniche di diverso rango occupatesi di materie affini all'oggetto dello statuto <sup>(5)</sup>.

## 2. *Inquadramento normativo del nuovo statuto.*

Fra tutte le disposizioni che costituiscono la cornice normativa nella quale si deve inquadrare il nuovo statuto, sottolineerei l'importanza della Lettera del Sommo Pontefice al Cardinale Segretario di Stato, del 20 no-

---

novembre 1994, in AAS 87 (1995) p. 92, nonché SECRETARIA STATUS, *Adnexum. Instituti medicae curationis ordinatio (Fondo Assistenza Sanitaria. Statuto)*, 7 novembre 1994, in AAS 87 (1995) pp. 93-102. In seguito, nei riferimenti a calce, SFAS.

<sup>(2)</sup> Vedi *Statuto del Fondo di Assistenza Sanitaria (FAS)*, 25 luglio 1953, in AAS 45 (1953), *appendix* n. 8, pp. 2-7. In seguito, nei riferimenti a calce, VSFAS.

<sup>(3)</sup> Si vuole fare riferimento al « personale degli Organismi ed Enti gestiti amministrativamente, in modo diretto, dalla Sede Apostolica, anche non aventi sede nello Stato della Città del Vaticano » (vedi questa determinazione nell'art 1 dello statuto e nel testo del *Rescriptum ex audientia Ss.mi* sull'approvazione, da parte del Santo Padre Giovanni Paolo II, del SFAS, in AAS, 87 (1995) p. 92). Quando in queste note si usa più semplicemente l'espressione *personale della Sede Apostolica* lo si fa per non appesantire il discorso.

<sup>(4)</sup> Per il caso che ci occupa vedi il can 94 del CIC: « § 1. Statuta, sensu proprio, sunt ordinationes quae in universitatibus sive personarum sive rerum ad normam iuris conduntur, et quibus definiuntur earundem finis, constitutio, regimen atque agendi rationes. - § 2. Statutis universitatis personarum obligantur solae personae quae legitime eiusdem membra sunt; statutis rerum universitatis, ii qui eiusdem moderamen curant. - § 3. Quae statutorum praescripta vi potestatis legislativae condita et promulgata sunt, reguntur praescriptis canonum de legibus ».

Benché gli statuti siano delle norme *indipendenti* — così vengono qualificate da E. LABANDEIRA, *Trattato di Diritto amministrativo canonico*, Milano 1994, p. 253 —, continuano ad essere sottoposti, fra l'altro, al principio di gerarchia normativa. Ciò, che suppone una limitazione all'indipendenza, esige inoltre degli opportuni adeguamenti. Perciò desta qualche perplessità la circostanza che nel testo dello SFAS non ci siano riferimenti né rinvii ad altri testi normativi (CIC, Cost. Ap. *Pastor Bonus* o *Regolamento Generale della Curia Romana*).

<sup>(5)</sup> Vedi, fra altri esempi, COMMISSIONE MISTA (formata dalla Pontificia Commissione per lo Stato della Città del Vaticano e dalla Commissione Cardinalizia per l'Amministrazione dei Beni della Santa Sede), *Estensione dell'assistenza sanitaria a tutti i titolari di pensione indiretta e di reversibilità*, del 6 giugno 1961, in X. OCHOA, *Leges Ecclesiae*, vol. VI, Romae, 1987, n. 4623.



vembre 1982 <sup>(6)</sup>, che pur non avendo il carattere formale di un testo normativo, ha senz'altro una chiara funzione d'indirizzo <sup>(7)</sup>. Due degli argomenti che vengono trattati in questa Lettera presentano, a mio avviso, uno speciale influsso negli ulteriori cambiamenti normativi operatisi nell'ambito del diritto applicabile al personale dipendente degli organismi della Sede Apostolica. Da una parte, e in primo luogo, la considerazione della speciale responsabilità di chi collabora con il Sommo Pontefice al servizio della Chiesa universale <sup>(8)</sup>. Dall'altra, la corrispondente responsabilità a carico della Santa Sede di tutelare le condizioni di lavoro di questo personale, la quale scaturisce dalla stessa dignità della persona del lavora-

<sup>(6)</sup> GIOVANNI PAOLO II, Lettera *La Sede Apostolica* al Cardinale Agostino Casaroli, Segretario di Stato, del 20 novembre 1982 in AAS 75 (1983), *pars* I, pp.119-125 (in seguito verrà citata come Lett. *La Sede Apostolica*).

<sup>(7)</sup> Funzione che, in qualche modo, già si prevede nella parte finale stessa Lett. *La Sede Apostolica* — « In relazione a quanto esposto, vostra eminenza vorrà preparare gli opportuni documenti esecutivi, per assecondare, tramite convenienti norme e strutture, la promozione di una comunità di lavoro secondo i principi esposti » — e che si manifesta, fra l'altro, nel fatto che la Lett. *La Sede Apostolica* figuri aggiunta al secondo *Adnexum* della Cost. Ap. *Pastor Bonus* (fra i motivi dell'accostamento della Lett. *La Sede Apostolica* all'*Adnexum*, si rileva che essa costituisce « ea enim fundamentum et signum habenda est omnis illius necessitudinis, quae intra laboris communitatis ambitum, Apostolicae Sedi adiutricem operam navantis, ad simul agendum atque ad consensionem tuendam habeatur oportet » (GIOVANNI PAOLO II, Cost. Ap. *Pastor Bonus*, *Adnexum II*, del 28 giugno 1988 in AAS 80 (1988), p. 923). Più di recente, in un'altro testo normativo tale Lettera viene denominata come « la regola fondamentale del lavoro prestato alla Sede Apostolica » (GIOVANNI PAOLO II, Lett. Ap. in forma di 'motu proprio' *quibus ultima ordinatio Officii Laboris apud Sedem Apostolicam foras datur*, del 30 settembre 1994 in AAS 86 (1994), p. 842).

<sup>(8)</sup> In alcuni passi della Lett. *La Sede Apostolica* del 1982 viene ribadita l'affermazione, secondo cui tutti i dipendenti della Sede Apostolica « partecipano realmente all'unica ed incessante attività della Sede Apostolica » (n. 1), deducendo da questa circostanza la necessità di avere « la consapevolezza di tale specifico carattere delle loro mansioni » (n. 1) nonché la « profonda convinzione che il loro lavoro comporta innanzitutto una responsabilità ecclesiale » (n. 5). Vedi anche nello stesso senso gli artt 33 della Cost. Ap. *Pastor Bonus* (« L'attività di tutti coloro che lavorano nella Curia Romana e negli altri organismi della Santa Sede è un vero servizio ecclesiale, contrassegnato da carattere pastorale in quanto è partecipazione alla missione universale del Romano Pontefice, e tutti devono compierlo con la massima responsabilità e con la disposizione a servire »), e 34 del *Regolamento Generale della Curia Romana*, del 4 febbraio 1992 in AAS 84 (1992) pp. 201-267 (« § 1. Coloro che lavorano nella Curia Romana, in quanto partecipano alla missione universale del Romano Pontefice, prestano un servizio ecclesiale, contrassegnato da carattere pastorale. § 2. Essi, insieme a quelli degli altri Organismi della Sede Apostolica formano una comunità di lavoro che deve distinguersi per lo spirito che la anima »).

tore dipendente <sup>(9)</sup> e che non viene affievolita dall'altro punto, cioè, la particolare responsabilità ecclesiale degli interessati. Ovviamente, queste due esigenze — che sono esigenze di giustizia — non si contrappongono, bensì devono essere armonizzabili. Sembra quasi superfluo ribadirlo, ma, appunto, è per poter raggiungere questa armonia che esiste il diritto <sup>(10)</sup>.

Cercando di soddisfare quel tipo di necessità e, concretamente, attenendosi a questi indirizzi espressi nella Lett. *La Sede Apostolica* del 1982, negli ultimi anni, il diritto canonico ha compiuto successive riforme nell'ambito che ci occupa <sup>(11)</sup>. È in questa tendenza, e anche allo scopo di avvicinare il diritto alla vita, che si deve includere l'emanazione del nuovo statuto del FAS.

### 3. *Le modifiche riguardo la tutela dei diversi interessi.*

Per adeguarsi ai summenzionati indirizzi <sup>(12)</sup> segnalati dalla Lett. *La Sede Apostolica* del 1982, il nuovo statuto del FAS presenta nel merito, da

<sup>(9)</sup> Vedi, al riguardo alcuni brani della Lett. *La Sede Apostolica*. « Ai membri di questa comunità sono assegnati incarichi e doveri, ciascuno dei quali ha una propria finalità e dignità, in considerazione sia del contenuto oggettivo e del valore del lavoro svolto, sia della persona che lo compie » (n. 1). Con « spirito di viva sollecitudine e di giustizia si dovrà dunque studiare quali sono i loro oggettivi bisogni materiali e quelli delle loro famiglie » (n. 4) e a tale scopo « potranno svolgere un compito valido di collaborazione associazioni di prestatori d'opera, come l'Associazione dipendenti laici vaticani sorta recentemente. Simili organizzazioni, che all'interno della Sede Apostolica assumono un carattere specifico, costituiscono una iniziativa conforme alla dottrina sociale della Chiesa, che vede in esse uno degli strumenti atti a meglio garantire la giustizia sociale nei rapporti tra lavoratore e datore di lavoro » (n. 4).

<sup>(10)</sup> Fiducia nell'operato del diritto che in questa materia si traduce nell'incarico espresso dal Sommo Pontefice nella Lett. *La Sede Apostolica* di « preparare gli opportuni documenti esecutivi, per assecondare, tramite convenienti norme e strutture, la promozione di una comunità di lavoro secondo i principi esposti » (n. 4).

<sup>(11)</sup> Per esempio, l'istituzione dell'Ufficio del lavoro della Sede Apostolica (ULSA), tramite la Lett. Ap. in forma di 'motu proprio' *Nel primo anniversario*, del 1 gennaio 1989 in AAS 81 (1989) pp. 145-148 (riportata anche in « *Ius Ecclesiae* » 2 (1990) pp. 323-325).

<sup>(12)</sup> È questa un'ipotesi dottrinale, poiché non appare in precedenza al testo dello SFAS — come sarebbe stato desiderevole, a mio avviso, per rendere più chiara la nuova norma — un'esposizione dei motivi che hanno indotto al cambiamento; esposizione che, per altro, è abituale in questo tipo di documenti normativo-organizzativi quando sono emanati dal Sommo Pontefice (vedi, per esempio, la prefazione allo Statuto dell'ULSA — GIOVANNI PAOLO II, Lett. Ap. in forma di 'motu proprio' *quibus ultima ordinatio Officii Laboris apud Sedem Apostolicam foras datur*, del 30 settembre 1994 in AAS 86 (1994), p. 842 — o al Regolamento per le Pensioni — GIOVANNI PAOLO II, Lett. Ap. in forma di 'motu proprio' *de Pensionibus denuo ordinandis*, del 8 settembre 1992 in AAS 84 (1992), pp. 1033-1034 —).

un lato, alcune novità che accentuano la protezione dell'interesse generale<sup>(13)</sup>, dall'altro, altre innovazioni con le quali si rinforza la tutela della persona del lavoratore dipendente della Sede Apostolica, nell'ambito dell'assistenza sanitaria, tramite delle modifiche rispetto al precedente statuto che assicurano una maggior ampiezza<sup>(14)</sup> e celerità<sup>(15)</sup>, in questo specifico tipo di tutela. In questo secondo aspetto è forse riscontrabile anche un segno dell'annuncio del Vangelo della Vita<sup>(16)</sup> da parte della Chiesa, incidente nell'ambito della riforma normativa all'interno del suo ordinamento giuridico.

#### 4. *Le novità nell'assetto organizzativo.*

In tema di tecnica normativa, potrebbe sembrare insolito che per operare le riforme riguardanti l'assistenza sanitaria del personale dipendente della Sede Apostolica, oltre alle già viste modifiche nel contenuto delle disposizioni, i cambiamenti più rilevanti si rivolgano all'assetto organizzativo. Infatti, si constata un aumento degli organi interessati, con l'aggiunta di nuovi rispetto all'assetto precedente<sup>(17)</sup>, il che potrebbe far pensare ad una maggiore complessità. Dal confronto analitico di entrambi gli statuti, il precedente e il vigente, sembra invece che ciò che meglio possa garantire l'efficienza sia, più che il maggior o minor numero di organi, o di componenti degli organi, la delimitazione delle loro mansioni.

Certamente, la semplificazione va tenuta in conto come una delle linee guida per ogni riforma amministrativa, però ci sono anche dei casi nei quali altri indirizzi possono rivestire un superiore rilievo. Così sembra accadere nella riforma dello statuto del FAS, dove acquistano importanza maggiore tanto il *principio del controllo*, attraverso la distinzione delle funzioni<sup>(18)</sup> fra organi che garantiscono gli interessi pubbli-

(13) Attraverso diversi strumenti non previsti nel VSFAS come, per esempio, la relazione elaborata dal Collegio dei Sindaci sul bilancio predisposto dal Consiglio di Amministrazione (vedi l'art 7 § 3 SFAS).

(14) Per esempio, la possibilità d'iscrizione nel Fondo di altre persone non previste nell'articolato dello statuto (vedi l'art 8 § 4 SFAS).

(15) Per esempio, le previsioni sul momento a partire dal quale iniziano le prestazioni del Fondo (vedi l'art 16 SFAS).

(16) Vedi GIOVANNI PAOLO II, Lett. Enc. *Evangelium vitae*, del 25 marzo 1995 in AAS 87 (1995) pp. 401, 522.

(17) Compaiono tre organi nuovi rispetto a quelli previsti nel VSFAS: 1) la Giunta Esecutiva nell'ambito del Consiglio di Amministrazione (art 5 SFAS), 2) il Direttore del FAS (art 6 SFAS) e 3) il Collegio dei Sindaci (art 7 SFAS).

(18) Infatti esiste una netta distinzione tra organi di *vigilanza* (cf art 3 § 1 SFAS, che affida questo compito alla Commissione Cardinalizia dell'Amministrazione del Patrimonio della Sede Apostolica, integrata dal Cardinale Presidente della Pontificia Commissione per lo Stato della Città del Vaticano, qualora non ne sia già membro), organi di *amministrazione* — indirizzo e governo — (funzione svol-

ci<sup>(19)</sup> sull'operato degli organi manageriali<sup>(20)</sup>, come il *principio di rappresentanza*, che richiede più componenti<sup>(21)</sup>, e quindi più partecipazione dei diversi interessi nell'adozione delle decisioni.

Si potrebbe quindi concludere che quei due principi guida della Lett. *La Sede Apostolica* del 1982 sono stati tradotti, al momento della riforma organizzativa di un istituto pubblico, in due principi giuridico-amministrativi, il *principio del controllo* e il *principio di rappresentanza*.

Javier Canosa

TRIBUNALE DELLA ROTA ROMANA. **Indirizzo d'omaggio rivolto al Santo Padre dal Decano**, 10 febbraio 1995 (*L'Osservatore Romano*, 11 febbraio 1995, p. 5).

Beatissimo Padre!

Con questa invocazione di antichissima preghiera concistoriale e sinodale è prassi dare inizio in rota alle sessioni di decisione delle cause:

---

ta dal Consiglio di Amministrazione, cf artt 3 § 1 e 4 SFAS), organi di *gestione* (sia questa la gestione ordinaria, attraverso l'operato della la Giunta Esecutiva — art 5 SFAS —, sia la gestione tecnico-amministrativa, portata avanti dal Direttore del FAS — art 6 SFAS —) e organi di *controllo* (specificamente, svolge la funzione di revisore dei conti — cf art 7 § 3 — il Collegio dei Sindaci).

<sup>(19)</sup> Soprattutto, la Commissione Cardinalizia dell'Amministrazione del Patrimonio della Sede Apostolica, il Consiglio di Amministrazione nonché il Collegio dei Sindaci.

<sup>(20)</sup> Che sarebbero i due organi di gestione, cioè, la Giunta Esecutiva e il Direttore del FAS.

<sup>(21)</sup> Come si constata, per esempio, nell'incremento numerico e di diversità di provenienza dei membri del Consiglio di Amministrazione (che, presieduto dal Segretario dell'Amministrazione del Patrimonio della Sede Apostolica, è composto — cf art 3 § 2 SFAS — da 8 membri: il Direttore del FAS, il Direttore dei Servizi Sanitari dello Stato della Città del Vaticano, il Capo dell'Ufficio Legale del Governatorato dello Stato della Città del Vaticano, un membro designato dal Cardinale Segretario di Stato tra il personale in servizio della Sede Apostolica, un membro designato dal Cardinale Presidente dell'Amministrazione del Patrimonio della Sede Apostolica, un membro designato dal Cardinale Presidente della Pontificia Commissione per lo Stato della Città del Vaticano, un membro designato dal Prefetto della Congregazione per l'Evangelizzazione dei Popoli e un membro designato dal Direttore Generale della Radio Vaticana) in rapporto con il precedente Comitato di Amministrazione previsto dal VSFAS, che era composto — cf art 2 VSFAS da 6 membri (il Direttore dei Servizi Sanitari dello Stato della Città del Vaticano; i capi dell'Ufficio legale, dell'Ufficio del personale e dell'Ufficio di ragioneria del Governatorato della Città del Vaticano; un funzionario dell'Amministrazione dei beni della Santa Sede, designato dalla Commissione Cardinalizia per l'Amministrazione medesima e un funzionario dell'Amministrazione Speciale della Santa Sede, delegato nella Commissione Cardinalizia per la medesima Amministrazione).

con la stessa supplica, come è avvenuto questa mattina, il nostro animo si effonde nell'iniziare l'attività giudiziaria ogni nuovo anno. Nulla di più necessario, apprestandoci nei singoli casi ad emettere sentenza: atto questo il più proprio alla funzione del giudice, del giudice ecclesiastico in modo particolare.

Sentiamo invero tutta la responsabilità che incombe sulle nostre fragili spalle, soprattutto quando ci è confidata la sorte spirituale dei nostri fratelli e sorelle, nonché l'ordinata esistenza della società ecclesiale.

Ma vorremmo che anche l'esperienza, da noi acquisita su una umanità che soffre per la disgregazione tanto drammatica della vita familiare, fosse recepita da coloro i quali più direttamente operano nella formazione pastorale al matrimonio. Tanti fallimenti coniugali non avverrebbero se una più attenta cura fosse posta nell'ammettere alle nozze gli sposi, se una maggiore coscienza degli obblighi cui essi vanno incontro fosse suscitata nel loro animo, se un più cristiano rigore costituisse la premessa del patto sponsale.

È indubitato che lo *jus connubii* appartiene ai diritti inalienabili della persona: ma è altrettanto chiaro che il matrimonio, per sua intrinseca natura e tanto maggiormente nella celebrazione sacramentale, presuppone adeguata preparazione per un impegno che solo può solidamente fondare il *consortium totius vitae*.

Al di là quindi della definizione dei processi, è data possibilità al giudice ecclesiastico, attento e sensibile, di accumulare un patrimonio di conoscenza che utile riuscirebbe ai Pastori responsabili delle comunità cristiane. Ma a tutto ciò è necessario un altissimo grado di vera sapienza.

Ecco perché soltanto nell'aiuto illuminante dello Spirito riponiamo la nostra fiducia; ma ecco anche perché ogni anno la voce del medesimo Signore vivificante a noi par di cogliere nelle parole della Santità Vostra, successore del capo di quegli Apostoli che, in un momento cruciale della primitiva Chiesa, a buon diritto, poterono affermare nel proclamare il genuino insegnamento di Cristo: « *Visum est enim Spiritui Sancto et nobis...* » (Act 15, 28).

Riecheggia quindi ancora efficacemente nelle nostre menti e nei nostri cuori l'allocuzione che Voi, all'inizio del decorso anno giudiziario di questo Tribunale, vi degnaste rivolgerci, proponendo il mirabile e profondissimo intreccio tra verità e giustizia, nell'unico splendore che entrambe esprime ed entrambe sostanzia.

Luce di verità di cui andiamo alla ricerca anche nella conduzione di ogni processo, e dalla quale — fallibili come siamo — potremmo essere distolti perché anche noi soggetti a quella « *peccati immanitas* » che pesantemente grava su ogni uomo.

Vero è che la saggia regolamentazione della procedura canonica, ricca di lunghissima tradizione e collaudata prassi, quasi tracciando la



via spinge e conduce verso l'acquisizione della verità giudiziaria, che sarà poi espressa nella sentenza definitiva.

In questo contesto poniamo e consideriamo anche le nuove Norme, da voi Recentemente approvate per il Tribunale della Rota: *non fine* ma soltanto *mezzo e strumento* per una ragionevolmente celere ed ordinata definizione dei processi ad esso devoluti.

Pur tuttavia ancora arduo resta il nostro ufficio e tanto più acuta è la coscienza di cosiffatto compito, quando maggiormente riflettiamo sul fatto che giudichiamo il nome per autorità di Codesta Sede Apostolica.

« *Veni ad nost et esto nobiscum* »: è l'invocazione che sale pressante dalla nostra debolezza, ma è la certa speranza di questa esistenza a farci sereni ed imprimerci sufficiente forza interiore.

Con la preghiera allo Spirito si completa e si coniuga quell'atteggiamento di disponibilità verso la *giustizia nella verità* che è espresso in modo mirabile dalla formula conclusiva delle nostre decisioni: « *solum Deum prae oculis habentes* ».

Fisso lo sguardo a quel supremo regno della verità, in cui questà si sostanzia in Dio ed Egli a sua volta rappresenta l'unico reale contenuto e l'assoluta consistenza, il nostro *munus iudicandi* trova un punto fermissimo di riferimento, una direttrice sicura, una motivazione ineguagliabile.

Ma noi crediamo in un Dio la cui verità rivelata è stata donata all'uomo, un Dio che nel tempo continua a comunicare con l'uomo.

E Voi di questo messaggio siete il supremo, l'autentico tramite. Il Vostro insegnamento, rivolto all'intera umanità, è destinato primieramente e risuona all'interno della comunità ecclesiale. Operando in questo ambito, pur con specifica finalità, ma sempre nell'intendimento della costruzione del regno di Dio in Cristo, giunge a noi essenziale la Vostra parola, espressione di Codesta Cattedra Apostolica.

Noi l'ascoltiamo sempre ed ancora oggi l'ascolteremo con cuore docile e con intelligenza vigile: quindi l'attendiamo ardentemente così come a nostro conforto Vi imploriamo, Padre Santo, di benedirvi.



Pagina bianca

## LEGISLAZIONE PARTICOLARE

### SPAGNA

CONFERENCIA EPISCOPAL ESPAÑOLA. **Decreto general para aplicar en España la Constitución Apostólica « Ex Corde Ecclesiae » sobre Universidades Católicas**, 11 febbraio 1995 (*Boletín Oficial de la Conferencia Episcopal Española*, XII (1995), p. 47-51) (\*).

#### *Preámbulo*

En España, como en el resto de Europa, la Universidad ha nacido en el seno de la Iglesia. Como continuación de las Escuelas catedráticas, los obispos, los municipios y los propios reyes fueron fundando Estudios Generales a lo largo del siglo XIII en Castilla y desde el comienzo del siglo XIV en Aragón. Según las leyes de las « Partidas », la facultad de establecer Estudios Generales correspondía al papa, al emperador y al rey, pero las universidades establecidas por los reyes, tanto en Castilla como en Aragón, fueron solicitando la aprobación papal, que podía otorgar validez universal a los títulos y se requería en todo caso para establecer las facultades de Teología, hecho que se fue produciendo en nuestras universidades a lo largo de los siglos XIV y XV. Aparte de la dependencia institucional respecto de la Iglesia, el mismo espíritu « católico » de la cristianidad medieval informó la actividad de estas universidades, nacidas en un ambiente cultural de armonía entre la razón y la fe, en el cual la misma razón se comprendía a sí misma a la luz de la Revelación divina.

El movimiento secularizador europeo del siglo XIX dio como resultado en España el final del antiguo modelo de universidad, para establecer un modelo único de universidad estatal, centralista y laica, que eliminó la autonomía de las antiguas universidades y excluyó de su seno las ciencias eclesásticas.

Ante esta nueva situación de ruptura institucional entre la ciencia y la fe, la Iglesia reclamó y ejerció su derecho de crear Centros de enseñanza superior penetrados de espíritu cristiano con capacidad de conferir títulos académicos válidos a todos los efectos civiles, es decir, Universidades Católicas.

---

(\*) Vedi nota di C.J. ERRÁZURIZ M. alla fine del documento.

En España, la Compañía de Jesús fundó ya al final del siglo XIX la Universidad de Deusto, que fue erigida canónicamente por la Santa Sede como Universidad de la Iglesia en 1963. El Opus Dei fundó en 1952 en Pamplona el Estudio General de Navarra, que fue erigido por la Santa Sede en 1960 como Universidad de la Iglesia, con el nombre de Universidad de Navarra. Estas dos Universidades han obtenido el reconocimiento civil de los estudios cursados en sus Facultades no eclesiásticas en aplicación del Convenio suscrito entre la Santa Sede y el Estado Español sobre Universidades de la Iglesia el día 5 de abril de 1962.

Por otra parte, en 1904 fue erigida canónicamente por la Santa Sede la Universidad Pontificia de Comillas, con las Facultades eclesiásticas de Teología, Filosofía y Derecho Canónico. Después de la Constitución Apostólica «*Deus Scientiarum Dominus*», de 24 de mayo de 1931, la Universidad Pontificia de Comillas fue la única universidad pontificia existente en España hasta que en 1940 la Santa Sede restauró la Universidad Pontificia de Salamanca, con las Facultades de Teología y Derecho Canónico, continuando la brillante tradición universitaria iniciada en su doble condición de real y pontificia el 8 de mayo de 1254 e interrumpida en cuanto a las facultades eclesiásticas por Real Orden del 21 de mayo de 1852. Estas dos Universidades Pontificias de Comillas y Salamanca fueron reconocidas por el Estado Español como Universidades de estudios eclesiásticos en el Convenio suscrito con la Santa Sede sobre Seminarios y Universidades eclesiásticas el día 8 de diciembre de 1946. Pero en aplicación del Convenio de 5 de abril de 1962 sobre Universidades de la Iglesia las Universidades Pontificias de Comillas y Salamanca han ido obteniendo el reconocimiento civil de Facultades de estudios no eclesiásticos, por lo que su situación académica actual responde a uno de los tipos de Universidad Católica determinados por la Constitución Apostólica «*Ex Corde Ecclesiae*», de la misma manera que las Universidades de Deusto y Navarra.

Las cuatro Universidades de la Iglesia tienen Facultad de Teología y tres de ellas tienen también Facultad de Derecho Canónico, que se rigen por la Constitución Apostólica «*Sapientia Christiana*» sobre las Universidades y Facultades Eclesiásticas. Mas la mayor parte de sus Facultades están dedicadas al cultivo de las restantes ciencias humanas e imparten, con efectos civiles, algunas de las enseñanzas y títulos establecidos por el Estado para toda la Universidad española. Sólo estas Facultades de estudios civiles de nuestras actuales Universidades de la Iglesia se rigen por la Constitución Apostólica «*Ex Corde Ecclesiae*» sobre las Universidades Católicas. Pero cada Universidad de la Iglesia en su conjunto tiene el carácter de Universidad Católica.

La Constitución Apostólica «*Ex Corde Ecclesiae*», debe representar un nuevo aliento para nuestras actuales Universidades de la Iglesia en el desempeño de su importante misión, con la que vienen prestando un relevante servicio a la Iglesia y a la sociedad española, reconocido por la misma sociedad mediante el prestigio académico de que gozan. La

actividad de estas Universidades ha mostrado ya la validez del modelo de Universidad Católica y ha abierto una senda a seguir por las Universidades Católicas de futura creación.

En el marco de la legislación universitaria vigente en España es posible hacer uso de la amplia libertad de creación de Universidades Católicas reconocida por la Constitución Apostólica « Ex Corde Ecclesiae ». Es posible y deseable el surgimiento de nuevas Universidades Católicas, en cualquiera de sus diversas formas. En particular, las asociaciones y grupos católicos privados tienen la posibilidad de ejercer de esta manera su misión de evangelizar la cultura, prestando así un meritorio servicio a la Iglesia y a la sociedad española, además de la atención especial que toda Universidad Católica ha de prestar a las personas o grupos sociales más desfavorecidos.

Para el cumplimiento de su misión, las Universidades Católicas deben cuidar la inspiración cristiana de sus miembros y promover la reflexión sobre el saber humano a la luz de la fe de la Iglesia, de manera que la investigación de las diversas disciplinas procure la integración de los conocimientos por medio del diálogo entre la fe y la razón, y se atiendan a las implicaciones éticas y morales y a la perspectiva teológica. Esta acentuación del espíritu cristiano y la necesaria relación institucional de la Universidad Católica con la Iglesia, han de hacerse compatibles con el reconocimiento y garantía de la autonomía que la Universidad necesita para el cumplimiento de sus tareas y con la libertad académica de sus miembros.

Las presentes normas tienen por finalidad concretar las formas de aplicar en España la Constitución Apostólica « Ex Corde Ecclesiae » y deben ser interpretadas en el marco normativo y doctrinal de la propia Constitución Apostólica.

Así pues, en cumplimiento de la misión encomendada a las Conferencias Episcopales en el art. 1 § 2 de las Normas Generales de la Constitución Apostólica « Ex Corde Ecclesiae », la Conferencia Episcopal Española, por acuerdos tomados en sus Asambleas Plenarias LVIII de 15-20 de Febrero de 1993 (acta f. 99-107) y LXI de 25-29 de Abril de 1994 (acta f. 60), una vez obtenido el reconocimiento por la Santa Sede,

*decreta*

*Art. 1.* Se entiende por Universidad Católica aquella Universidad erigida canónicamente por la autoridad eclesiástica o creada por una persona jurídica eclesiástica pública, o que la autoridad eclesiástica reconoce como católica.

*Art. 2.* Tienen el carácter de Universidad Católica las Universidades de la Iglesia, erigidas por la Santa Sede, cuya existencia legal está reconocida en el art. X. 2. del Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede sobre Enseñanza y Asuntos Culturales, suscrito el día 3 de enero de 1979.d

Estas Universidades deben acomodar sus vigentes Estatutos a las normas del Código de Derecho Canónico, de la Constitución Apostólica « Ex Corde Ecclesiae » y del presente Decreto General, y los someterán a la aprobación de la Santa Sede acompañados de un informe del organismo competente de la Conferencia Episcopal.

*Art. 3.* § 1. Tendrán la condición de Católicas las Universidades que sean establecidas en alguna de las siguientes formas:

1<sup>a</sup>. Las Universidades canónicamente erigidas como personas jurídicas públicas por la Santa Sede, por la Conferencia Episcopal o por el Obispo diocesano, previa aprobación de sus Estatutos por la autoridad que la erige.

2<sup>a</sup>. Las Universidades creadas por una persona jurídica pública de la Iglesia Católica con el consentimiento del Obispo diocesano del lugar de la sede de la Universidad. Los Estatutos de estas Universidades deberán ser aprobados por la autoridad eclesiástica a la que está sometida la persona jurídica titular de la Universidad.

3<sup>a</sup>. Las Universidades creadas por cualquier persona jurídica eclesiástica privada o por los fieles laicos con el consentimiento del Obispo diocesano de la sede de la Universidad, según las condiciones que serán acordadas por las partes.

§ 2. Tanto los Estatutos de todas estas Universidades como las condiciones acordadas con el Obispo diocesano para la creación de una Universidad Católica por personas jurídicas eclesiásticas privadas y por los fieles laicos deberán ser conformes con las normas de la Constitución Apostólica « Ex Corde Ecclesiae », del presente Decreto General y del Código de Derecho Canónico.

§ 3. Las Universidades católicas que se creen en alguna de las formas determinadas en el § 1. 2<sup>o</sup> y 3<sup>o</sup>, deberán presentar a la autoridad eclesiástica, a la que soliciten su aprobación o reconocimiento, un dictamen del organismo competente de la Conferencia Episcopal sobre la conformidad con las normas del presente Decreto General.

*Art. 4.* Las condiciones acordadas por el Obispo diocesano con las personas jurídicas eclesiásticas privadas y con los fieles laicos para el reconocimiento del carácter católico de una Universidad deberá incluir, al menos, los siguientes elementos:

1<sup>o</sup>. La identidad católica de la Universidad.

2<sup>o</sup>. El compromiso de la Universidad de atenerse a las normas del Código de Derecho Canónico, de la Constitución Apostólica « Ex Corde Ecclesiae » y del presente Decreto General.

3<sup>o</sup>. Lo relativo al capellán y al desarrollo de la pastoral universitaria.

*Art. 5.* § 1. Cada Universidad Católica mantendrá con la autoridad eclesiástica la vinculación que corresponde a su forma de ser Universidad Católica.

1<sup>a</sup>. Las Universidades Católicas canónicamente erigidas conforme a lo establecido en el art. 3, § 1, 1<sup>o</sup>, quedarán sometidas a la jurisdicción de la autoridad que las ha erigido, en la forma que se determine en los Estatutos.

2<sup>a</sup>. Las Universidades Católicas que sean creadas según se indica en el art. 3, § 1, 2<sup>o</sup>, determinarán en sus Estatutos la vinculación que han de mantener con la autoridad eclesiástica a la que está sometida la persona jurídica titular de la Universidad, así como las relaciones que tendrán con el Obispo diocesano de la sede de la Universidad, a tenor del derecho y de las condiciones eventualmente puestas por el Obispo al otorgar el consentimiento para la creación de la Universidad en su diócesis.

3<sup>a</sup>. Las Universidades Católicas que sean creadas en la forma prevista en el art. 3, § 1, 3<sup>o</sup>, determinarán en sus Estatutos la relación que mantendrán con el Obispo diocesano de la sede de la Universidad, en conformidad con las condiciones acordadas para el reconocimiento de cada Universidad.

§ 2. El Obispo de la diócesis en que la Universidad Católica tenga su sede, tiene la responsabilidad de promover y facilitar su buen funcionamiento, así como el derecho y el deber de velar por el mantenimiento y fortalecimiento de su carácter católico en cuanto se refiere a la integridad de la fe, a las costumbres y a la disciplina eclesiástica, y debe visitar a esos efectos la Universidad Católica a tenor del derecho de los Estatutos, o de las condiciones acordadas, salvadas las competencias del Gran Canciller como Prelado Ordinario de la Universidad, si lo hubiere.

Cuando una Universidad Católica tenga Centros en diversas diócesis, la función de vigilancia será competencia de cada Obispo diocesano respecto de los Centros emplazados en su diócesis, salvo que se acuerde entre ellos que ejercite esa función el Obispo correspondiente a la sede principal de la Universidad, y sin perjuicio, en todo caso, de las competencias del Gran Canciller, si lo hubiere.

§ 3. Las Universidades Católicas enviarán la Memoria anual de sus actividades a la autoridad eclesiástica a la que compete la aprobación de sus Estatutos o al Obispo diocesano con el que acordaron las condiciones para su creación, así como al organismo competente de la Conferencia Episcopal. Cada tres años enviarán también un Informe específico referente al modo en que se hace realidad su identidad católica, en particular en cuanto a la calidad e identidad católica del profesorado, formación ética y religiosa de los alumnos y atención pastoral a los miembros de la comunidad universitaria.

*Art. 6.* En aplicación del art. 2 § 3 de la Constitución Apostólica « Ex Corde Ecclesiae », los elementos esenciales de su identidad católica, que deberán constar en la definición de su cometido, que se expresará en una declaración específica o en cualquier otro documento público apropiado, serán los siguientes:

1<sup>o</sup>. Las notas de su naturaleza, fines y actuación institucional, en conformidad con el n. 13 de la Constitución Apostólica « Ex Corde Ecclesiae ».



2°. El compromiso de orientar la investigación hacia la integración del saber, cuidando el diálogo entre la fe y la razón, atendiendo a las implicaciones éticas y morales, con la ayuda de la perspectiva teológica, tal como se desarrolla en los números 15 al 19 de la misma Constitución Apostólica.

3°. Las exigencias concretas que la identidad católica lleva consigo para la comunidad universitaria, salvando las obligaciones y derechos expresados en el n. 27 de la Primera Parte, así como en el art. 2 §§ 4 y 5 y en el art. 4 §§§ 2, 3 y 4 de las Normas Generales de la « Ex Corde Ecclesiae ».

*Art. 7. § 1.* Por medio de sus órganos competentes, la Universidad Católica procurará nombrar profesores que destaquen, no sólo por su idoneidad científica y pedagógica, sino también por la rectitud de su doctrina e integridad de vida (cf. c. 810 § 1), y que estén dispuestos a promover o, al menos, respetar el carácter católico de la Universidad.

§ 2. En cada Universidad Católica o Instituto Universitario la mayor parte de los profesores deben ser católicos.

§ 3. Los cargos de Rector, Vicerrector, Decano de Facultad y Director de Escuela e Instituto Universitario deben recaer en profesores católicos de recta doctrina y vida íntegra.

§ 4. En la selección del personal administrativo y de servicios se atenderá a la capacitación profesional para el cargo, a los datos conocidos respecto a la integridad de vida, así como a la aptitud y disposición a cooperar en las tareas de la Universidad, respetando su carácter católico.

§ 5. En todo contrato que se otorgue por las Universidades Católicas con los profesores y con el personal administrativo y de servicios, quedará constancia de que es aceptada la obligación de respetar la identidad católica de la Universidad. También se hará constar que el incumplimiento de esta obligación, una vez que sea definitivamente declarado a tenor de los Estatutos o según el procedimiento fijado en el art. 8 § 2 del presente Decreto General, será causa de rescisión del contrato con la Universidad.

§ 6. Los profesores de disciplinas teológicas en las Universidades Católicas deben tener mandato del Gran Canciller de la Universidad, si lo hubiere, o de la Autoridad eclesiástica de la que depende inmediatamente la Universidad.

La retirada del mandato producirá el cese en el cargo y será causa de rescisión de la relación contractual que pudiera existir entre la Universidad Católica y tales profesores para la enseñanza de la teología.

*Art. 8. § 1.* Las Universidades Católicas erigidas canónicamente por la Autoridad eclesiástica o creadas por una persona jurídica eclesiástica pública determinarán en sus Estatutos el procedimiento según el cual el Obispo diocesano y las Autoridades académicas competentes resolverán de común acuerdo, salvadas las competencias del Gran Canciller como

Prelado Ordinario, si lo hubiere, los problemas que puedan surgir en relación con el respeto de la identidad católica por parte de los miembros de la comunidad universitaria.

§ 2. En las Universidades Católicas creadas por las personas jurídicas eclesiásticas privadas y por los fieles laicos, la solución de los problemas que puedan surgir en relación con la identidad católica se buscará por la Autoridad académica y el Obispo diocesano, según el procedimiento que por acuerdo de ambas partes se establezca reglamentariamente, en aplicación de las siguientes normas:

1°. Corresponde al Rector, Decanos y Directores de Escuelas e Institutos universitarios, en sus respectivos ámbitos, el derecho y el deber de velar por el mantenimiento de la identidad católica de la Universidad, así como la función de resolver, en diálogo privado con los interesados, los conflictos planteados, por las faltas de respeto a las exigencias de la identidad católica.

2°. Compete al Consejo de Dirección, Junta de Gobierno u órgano equivalente de gobierno de cada Universidad Católica procurar la adecuación de las actuaciones institucionales de la misma Universidad a su identidad católica, así como resolver los conflictos, ocasionados por los miembros de la comunidad universitaria en relación con la identidad católica, que no hayan encontrado adecuada solución en la forma prevista en el apartado anterior.

3°. Es competencia del Obispo diocesano, que reconoció la Universidad Católica, conocer los casos de conflicto no resueltos por la misma Universidad y declarar autorizadamente por escrito la existencia o inexistencia de falta de respeto a las exigencias de la identidad católica.

4°. Contra la declaración del Obispo diocesano cabe el recurso, en el plazo perentorio de 15 días, ante la Congregación para la Educación Católica.

5°. Una vez que la declaración de la existencia de una grave infracción de las exigencias de la identidad católica sea firme, la Universidad la hará efectiva, en la forma que en cada caso corresponda.

6°. El anterior procedimiento deberá ser también iniciado, a instancias del Obispo diocesano que reconoció el carácter católico de la Universidad, por la Autoridad académica a la que el Obispo se lo pidiere, cuando aprecie que existen indicios fundados de infracción grave de las exigencias de la identidad católica por miembros determinados de la comunidad universitaria.

*Art. 9. § 1.* Las Universidades Católicas que tengan en su seno una o más Facultades Eclesiásticas canónicamente erigidas o aprobadas por la Santa Sede, deben regular en sus Estatutos el oficio del Gran Canciller, de acuerdo con la forma en que está configurando en la Constitución Apostólica « Sapientia Christiana ».

§ 2. Los Estatutos de las Universidades Católicas, a las que se refiere el § 1, deben determinar el régimen específico que corresponde a ca-

da uno de los dos géneros de sus Facultades, en conformidad con la distinta legislación canónica general aplicable a cada género de las mismas.

*Art. 10.* § 1. Toda Universidad Católica deberá tener, al menos, una Cátedra en Teología y otra de Doctrina Social de la Iglesia. Si está en grado de satisfacer todos los requisitos previstos por la Constitución Apostólica «*Sapientia christiana*», procurará tener una Facultad de Teología, cuya erección corresponde a la Santa Sede (cf. C.I.C., c. 811,1).

§ 2. Los Planes de Estudios correspondientes a las diversas titulaciones establecidas en la Universidad Católica incluirán enseñanzas de Teología, con carácter voluntario para los alumnos, así como enseñanzas obligatorias de Doctrina Social de la Iglesia y de Deontología o Ética profesional.

§ 3. La Universidad Católica que tenga Facultad de Teología determinará qué profesores hayan de impartir la enseñanza de la teología a los alumnos de las restantes Facultades, y establecerá la forma en que estos alumnos puedan inscribirse, si lo desean, en asignaturas del Plan de Estudios de la Facultad de Teología.

§ 4. Los profesores de Doctrina Social de la Iglesia y de Deontología o Ética profesional necesitan el permiso de enseñar del Gran Canciller o de su delegado, o bien de la autoridad eclesiástica de la que depende inmediatamente la Universidad Católica.

*Art. 11.* § 1. Toda Universidad Católica debe disponer de una iglesia o de capilla dedicada exclusivamente a la celebración litúrgica y a la oración personal de los miembros de la comunidad universitaria, así como de un local para reuniones y despacho para el capellán.

§ 2. Los Estatutos o las condiciones acordadas con el Obispo para el reconocimiento de una Universidad Católica deben regular:

a) lo relativo al capellán o capellanes y demás personas idóneas eventualmente encargadas de promover la pastoral universitaria;

b) los criterios para determinar la necesaria dotación económica de los capellanes por la Universidad;

c) el desarrollo de la pastoral bajo la guía del Obispo diocesano en el marco de la actividad académica.

§ 3. De acuerdo con el c. 565, siempre que no exista una norma particular diversa aprobada por la autoridad eclesiástica competente, los capellanes serán nombrados por el Obispo diocesano a propuesta del Rector de la Universidad.

§ 4. La erección por el Obispo diocesano de una parroquia con sede en los locales de la Universidad Católica se hará, en su caso, previo Convenio con la misma Universidad.

*Art. 12.* § 1. Los Colegios Universitarios, las Escuelas Universitarias y otros Centros Católicos de Estudios Superiores, no integrados en una Universidad Católica, que se establezcan en el futuro en España por

la Iglesia Católica en alguna de las formas determinadas para la creación de Universidades Católicas, así como los Centros de la misma naturaleza ya existentes, tendrán la consideración de Institutos Católicos de Estudios Superiores y, como tales, deben regirse por las Normas de la Constitución Apostólica « Ex Corde Ecclesiae » y del presente Decreto General.

§ 2. Los Institutos Católicos de Estudios Superiores que no tengan civilmente reconocidos sus estudios en el momento de entrada en vigor de este Decreto, podrán solicitar, de acuerdo con la legislación del Estado, la adscripción a una Universidad Pública, para impartir enseñanzas conducentes a la obtención de títulos oficiales, siempre que en el Convenio con la respectiva Universidad quede garantizada al Instituto la autonomía interna para expresar y mantener la identidad católica. A tal efecto, el Convenio deberá obtener la previa aprobación de la autoridad eclesiástica competente.

*Disposición final.* — Este Decreto General comenzará a obligar, conforme al c. 8 § 2, pasado un mes desde la fecha de su promulgación en el Boletín Oficial de la Conferencia Episcopal Española.

Madrid, 11 de febrero de 1995.

---

### **Nota al Decreto Generale della Conferenza Episcopale Spagnola per applicare in Spagna la Costituzione Apostolica « Ex Corde Ecclesiae » sulle università cattoliche.**

1. Com'è ben noto, la Costituzione Apostolica « Ex Corde Ecclesiae » di Giovanni Paolo II sulle università cattoliche (15 agosto 1990; in AAS 82, 1990, pp. 1475-1509) dispone che le sue norme generali vengano applicate a livello locale o regionale mediante « ordinamenti » (« *ordinationes* ») emanati dalle rispettive Conferenze Episcopali (Art. 1 § 2). È tuttora in corso l'attuazione di tale disposizione nei diversi Paesi <sup>(1)</sup>. Il « Decreto General » con cui la Conferenza Episcopale Spagnola ha adempiuto questo mandato del supremo legislatore, rappresenta un significativo esempio di questa nuova normativa particolare della Chiesa circa le università cattoliche. Come si addice ad un documento attraverso cui si manifesta concretamente la sussidiarietà quale principio ispira-

---

<sup>(1)</sup> La Congregazione emanò delle « Directives to assist in the formulation of the ordinances for the Apostolic Constitution "Ex corde Ecclesiae" » (prot. N. 1485/90, 21 gennaio 1991), indicando le materie su cui dovrebbero vertere. Il presente Decreto le segue da vicino. Il testo delle « Directives » è pubblicato da J. AMMER, *Zum Recht der « katholischen Universität »: Genese und Exegese der apostolischen Konstitution « Ex corde Ecclesiae » vom 15. August 1990*, Echter, Würzburg 1994, pp. 411-413. L'opera contiene anche una bibliografia di base: cfr. pp. XIII-XX.

tore del nuovo assetto normativo della Chiesa (cfr. Prefazione al CIC, principio 5), esso, pur seguendo da vicino il quadro offerto dalle norme generali della Costituzione Apostolica universale, non si limita a riprodurlo, bensì lo sviluppa in diversi aspetti, apportando delle novità interessanti, su cui mi soffermerò in questa nota. Viene così evitato l'impoverimento normativo, talvolta registrato durante questi anni, allorché certe norme particolari aggiungono quasi nulla o molto poco ai testi universali. In tal modo si perde un'occasione preziosa per concretizzare le disposizioni generali, che in un'ottica di sussidiarietà sono quasi per forza alquanto generiche e bisognose di precisazioni particolari.

2. Nel preambolo del Decreto è contenuta un'assai riuscita sintesi storica sulle università in Spagna e sulla situazione attuale di quelle cattoliche: è la cornice di fatto entro cui collocare le norme seguenti. Dopo aver indicato quali sono le quattro università cattoliche esistenti oggi nel Paese, si auspica la creazione di nuovi centri, usando l'ampia libertà riconosciuta dalla « Ex Corde Ecclesiae ». Si fa riferimento in particolare alle associazioni e gruppi cattolici privati quali possibili promotori di tali iniziative. Tuttavia, a mio parere, queste associazioni o gruppi hanno possibilità di scelta tra la strada del riconoscimento ufficiale come università cattolica, e quella di rimanere come università meramente civile avente un'ispirazione cattolica (2).

3. Nell'Art. 1 viene definito il concetto giuridico di « università cattolica », seguendo il criterio della modalità di erezione. Ricalcando e semplificando, a mio giudizio efficacemente, la triplice distinzione fatta dall'Art. 3 della « Ex Corde Ecclesiae », si menzionano tre ipotesi fondamentali: erezione canonica da parte dell'autorità ecclesiastica (laddove l'Art. 3 § 1 della « Ex Corde Ecclesiae » parla di erezione od approvazione, senza che se ne chiarisca il senso della distinzione, che pare piuttosto d'indole meramente terminologica); creazione ad opera di una persona giuridica ecclesiastica pubblica; e riconoscimento come cattolica da parte dell'autorità ecclesiastica (si tratta di Università create da altre persone, ossia da persone giuridiche ecclesiastiche private o da fedeli laici). Si esprime così in modo conciso e puntuale la nozione giuridico-formale di università cattolica, la quale senz'altro costituisce la principale integrazione della Costituzione Apostolica al Codice in questa materia (3). La distinzione fra i tre tipi di università cattolica contenuta in

(2) Rimando a quanto ho scritto in *Il « munus docendi Ecclesiae »: diritti e doveri dei fedeli*, Giuffrè, Milano 1991, pp. 239-270.

(3) Sulla distinzione tra università cattoliche in senso sostanziale o materiale e in senso formale od ufficiale, cfr. J. HERVADA, *Sobre el estatuto de las Universidades católicas y eclesiásticas*, in AA.VV., *Raccolta di scritti in onore di Pio Fedele*, vol. I, a cura di G. BARBERINI, Università degli studi di Perugia, Perugia 1984, pp. 507-511.



questa definizione è quella che poi verrà maggiormente tenuta presente nel Decreto, in ciò adeguandosi alla stessa Costituzione Apostolica.

4. Gli Art. 2-6 concernono lo statuto giuridico fondamentale dei diversi tipi di università cattolica. L'Art. 2 riguarda le quattro università cattoliche attualmente presenti in Spagna, tutte erette dalla Santa Sede; per cui l'adeguamento dei rispettivi Statuti alla nuova normativa dovrà essere approvato dalla medesima Santa Sede. Si esige però un rapporto dell'organismo competente della Conferenza Episcopale, riconoscendo anche in questo modo il ruolo che le attribuisce la normativa canonica sulle Università Cattoliche (cfr. ad es. cann. 809, 810 § 2; Cost. Ap. « Ex Corde Ecclesiae », Art. 1 § 2), il che si spiega tra l'altro alla luce della portata nazionale delle istituzioni universitarie. L'Art. 3 si dedica alle nuove università cattoliche che potranno sorgere, applicando la già menzionata tipologia dell'Art. 3 della Costituzione Apostolica, che viene integrata in alcuni particolari (ad es. si precisa che il Vescovo diocesano che deve dare il suo consenso per la creazione delle università del secondo tipo è quello del luogo della sede dell'università; d'altra parte anche in questo caso, trattandosi di università del secondo e del terzo tipo, viene richiesto un voto dell'organismo competente della Conferenza Episcopale). Da parte sua, l'Art. 4 precisa gli elementi minimi che vanno inclusi nelle condizioni accordate tra il Vescovo diocesano e gli interessati quando si tratta delle università del terzo tipo. L'Art. 5 concretizza di più il vincolo con l'autorità ecclesiastica che è proprio di ognuna delle diverse classi di università cattoliche. Tale vincolo è direttamente giurisdizionale nelle università del primo tipo; passa attraverso la rispettiva persona giuridica ecclesiastica pubblica in quelle del secondo tipo, aggiungendosi un rapporto con il Vescovo diocesano della sede universitaria; e si realizza con quest'ultimo Vescovo nelle università del terzo tipo. In quest'ultimo caso vengono espressamente fatte salve le competenze del Gran Cancelliere quale Prelato Ordinario dell'Università ove ci fosse questa figura. Si riconosce così che essa può continuare ad esistere non solo nelle università ecclesiastiche -nelle quali è d'obbligo che esista conformemente alle disposizioni al riguardo della Costituzione Apostolica « Sapientia Christiana », come ricorda lo stesso Decreto, all'Art. 9 § 1-, ma anche in quelle cattoliche -pur non essendo necessario che esista in esse. L'Art. 6 stabilisce quali elementi della « Ex Corde Ecclesiae » devono essere accolti nel documento sulla specifica identità cattolica che ciascuna università deve approntare d'accordo con l'Art. 2 § 3 della « Ex Corde Ecclesiae ».

5. Gli Art. 7 e 8 contengono dei mezzi di tutela dell'identità cattolica delle università. L'Art. 7 concretizza di più alcuni aspetti già contemplati nella « Ex Corde Ecclesiae », Art. 4: si rende più chiaramente vincolante il disposto del § 4 di tale Art. 4 secondo cui la maggioranza dei professori deve essere cattolica (§ 2); si aggiunge il requisito dell'es-



sere cattolico per le principali autorità accademiche (§ 3); si precisa che al momento del contratto dovrà constare l'accettazione dell'obbligo di rispettare l'identità cattolica dell'università, e che il suo inadempimento sarà causa di rescissione del contratto (§ 5); si individua l'autorità ecclesiastica che deve dare il mandato per insegnare discipline teologiche, e si determinano le conseguenze giuridiche del ritiro del mandato, tra cui la rescissione del contratto (§ 6). L'Art. 8 si riferisce alla procedura per risolvere i problemi che possano sorgere in relazione al rispetto dell'identità cattolica dell'università da parte dei membri della rispettiva comunità accademica. La Conferenza Episcopale adempie il mandato della « Ex Corde Ecclesiae » — Art. 5 § 2, nota 52 — di definire la procedura da adottare nelle università del terzo tipo. Si opta però per una legge quadro, che dovrà essere ulteriormente determinata da un regolamento fatto tra il Vescovo diocesano e ogni università. La procedura prevista cerca di deconcentrare la soluzione dei problemi, esaurendo le istanze inferiori — iniziando dall'interno della stessa università — prima di ricorrere a quelle superiori, fino ad arrivare alla Santa Sede. La procedura può sfociare nella dichiarazione di una grave infrazione delle esigenze dell'identità cattolica, la quale dovrà essere eseguita dall'università. L'eventuale sanzione dinanzi all'inadempimento di tale obbligo dovrebbe essere in definitiva la perdita del riconoscimento come università cattolica.

6. Dopo un riferimento alle Facoltà ecclesiastiche nell'Art. 9, l'Art. 10 regola l'insegnamento della Teologia, della Dottrina Sociale della Chiesa e della Deontologia od Etica professionale nelle altre Facoltà. Sebbene la Teologia sia considerata una disciplina volontaria — il che risulta congruente con la libertà religiosa degli studenti —, le altre due materie sono obbligatorie, il che si spiega tenendo conto della loro intima relazione con le altre discipline professionali. Per i rispettivi docenti si esige un permesso di insegnare (§ 4), che rassomiglia in certo modo al mandato per insegnare discipline teologiche (di cui al Art. 7 § 6), benché da esso sia stato volutamente distinto.

7. Il Decreto all'Art. 11 contiene alcune rilevanti precisazioni in materia di pastorale universitaria: esigenza di un luogo di culto e locali annessi (§ 1); rimando agli Statuti o alle condizioni accordate con il Vescovo per quanto concerne diversi aspetti personali, economici e di coordinamento con la pastorale diocesana (§ 2); nomina dei cappellani, stabilendo un sistema generale, che potrà avere delle eccezioni per diritto particolare, seguendo le orme del can. 565 che viene espressamente citato (§ 3); ed erezione eventuale di una parrocchia universitaria, per la quale si prevede molto opportunamente la stesura di un accordo previo con l'università, facendo sì che la pastorale sia quella più adeguata alla vita universitaria.

8. All'Art. 12 viene precisato che il Decreto si estende anche agli Istituti Cattolici di studi superiori non facenti parte di un'università, e si tutela la loro identità cattolica al momento di un'eventuale ascrizione ad un'università pubblica, mediante l'approvazione del rispettivo accordo da parte dell'autorità ecclesiastica competente. Si completano così le norme di un Decreto che ha saputo sviluppare la normativa universale, lasciando nel contempo il dovuto spazio alle istanze a sua volta inferiori (statuti, accordi). Insomma, ritengo che si tratta di un buon esempio di legislazione particolare in questa importante e delicata materia.

*Carlos J. Errázuriz M.*

Pagina bianca

SOMMARIO DEL VOL. 7. GENNAIO-DICEMBRE 1995

DOTTRINA

J.I. ARRIETA, <i>Funzione pubblica e ufficio ecclesiastico</i> . . . . .	91
J.I. ARRIETA, <i>La posizione giuridica della famiglia nell'ordinamento canonico</i> . . . .	551
R. BERTOLINO, « <i>Sensus fidei</i> », <i>carismi e diritto nel popolo di Dio</i> . . . . .	155
P.A. BONNET, <i>La competenza del Tribunale Apostolico della Rota romana e del Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica</i> . . . . .	3
E. CAPARROS, <i>Les racines institutionnelles des droits occidentaux dans le droit ecclésiastique</i> . . . . .	425
C.J. ERRÁZURIZ M., <i>La rilevanza canonica della sacramentalità del matrimonio e della sua dimensione familiare</i> . . . . .	561
G. GARCÍA CANTERO, <i>Dos ejemplos de influencia eclesiástica en el Derecho español</i>	469
P. GEFAELL, <i>La tutela del soggetto nella perdita dell'ufficio</i> . . . . .	131
P. GEFAELL, <i>Il matrimonio condizionato durante la codificazione Pio-Benedettina. Fonte del c. 826 CCEO</i> . . . . .	581
S. GHERRO, <i>Sulla sacramentalità del matrimonio (in fieri e in facto)</i> . . . . .	573
Z. GROCHOLEWSKI, <i>Il Romano Pontefice come giudice supremo nella Chiesa</i> . . . . .	39
D.J. GUTH, <i>Centrality of Debt in Western Medieval Sacred and Secular Legal Systems</i> . . . . .	495
J.T. MARTÍN DE AGAR, <i>Libertà religiosa, uguaglianza e laicità</i> . . . . .	199
J. MIÑAMBRES, <i>Concorso di diritti nelle provviste canoniche</i> . . . . .	115
A.A. MORIN, <i>Des origines de la fiducie, un exemple concret des racines institutionnelles des droits occidentaux dans le droit canonique</i> . . . . .	481
O.H. OKEKE, <i>Christian Celebration of Marriage in Africa Revisited</i> . . . . .	627
A. PADOA-SCHIOPPA, <i>Note sul ruolo del diritto canonico e sulla storiografia giuridica</i> . . . . .	455
P.M. SMITH, <i>The Present Authority of the Ancient Roman Canon Law within the Church of England</i> . . . . .	511
A. STANKIEWICZ, <i>Rilievi procedurali nel nuovo « Ordo iudiciarius » della Rota romana</i> . . . . .	65
P.J. VILADRICH, <i>La famiglia « sovrana »</i> . . . . .	539

## GIURISPRUDENZA

	<i>pag.</i>
TRIBUNALE APOSTOLICO DELLA ROTA ROMANA. <i>Singaporen.</i> Nullità del matrimonio. Esclusione del <i>bonum fidei</i> . Sentenza definitiva. 17 giugno 1993. Burke, Ponente (con <i>nota</i> di G. Solferino) . . . . .	219
TRIBUNALE APOSTOLICO DELLA ROTA ROMANA. <i>Reg. Ligustici seu Ianuen.</i> Nullità del matrimonio. Esclusione del <i>bonum fidei</i> . Sentenza definitiva. 21 luglio 1993. Faltin, Ponente . . . . .	231
TRIBUNALE APOSTOLICO DELLA ROTA ROMANA. <i>Posnaniense.</i> Dimissione dallo stato clericale. Questione pregiudiziale: nuova proposizione della causa. Decreto. 11 novembre 1993. Stankiewicz, Ponente (con <i>nota</i> di H. Franceschi F., <i>L'impugnazione del giudicato nel processo penale: « restitutio in integrum » o « nova causae propositio »</i> ) . . . . .	663
TRIBUNALE APOSTOLICO DELLA ROTA ROMANA. <i>Reg. Aprutini seu Teramen. Hartien.</i> Questione pregiudiziale <i>de sententiarum conformitate</i> . Decreto. 22 marzo 1994. Stankiewicz, Ponente (con <i>nota</i> di L. Del Giudice, <i>Novità nella giurisprudenza rotale di rito in tema di conformità « equivalente » delle sentenze</i> ) . . . . .	645

## NOTE E COMMENTI

D. CITO, <i>Annotazioni canonistiche in tema di seminari maggiori</i> . . . . .	257
V. DE PAOLIS, <i>La proibizione del commercio ai religiosi</i> . . . . .	693
P. DE POOTER-L. WAELKENS, <i>Le ius remonstrandi. Droit fondamental ou mauvaise herbe dans le doctrine canoniste?</i> . . . . .	713
C.J. ERRÁZURIZ M., <i>Verità e giustizia, legge e coscienza nella Chiesa: il diritto canonico alla luce dell'enciclica « Veritatis splendor »</i> . . . . .	277
L. NAVARRO, <i>La Santa Sede e la libertà religiosa. Interventi presso la Commissione dei diritti dell'uomo dell'ONU (1983-1993)</i> . . . . .	721
T.J. SCORZA, <i>The Church and the Explosion of Clerical Sexual Abuse Litigation in America</i> . . . . .	741

## RASSEGNA DI BIBLIOGRAFIA

*Recensioni.*

AA.VV., <i>Codex iuris canonici de 1983: 10 anos de aplicação na Igreja e em Portugal. II Jornadas de Direito Canónico. 7-10 de Março de 1994 - Fátima</i> (A. S. Sánchez-Gil) . . . . .	753
--	-----

	pag.
AA.VV., <i>Código de Cánones de las Iglesias Orientales. Edición bilingüe comentada por los profesores de Derecho Canónico de la Universidad Pontificia de Salamanca</i> (P. Gefaell) .....	755
AA.VV., <i>Error determinans voluntatem</i> (can. 1099) (H. Franceschi) .....	757
AA.VV., <i>Österreichisches Staatskirchenrecht. Gesetze, Materialien, Rechtprechung. II</i> (M. Schlag) .....	295
AA.VV., <i>Il processo matrimoniale canonico</i> (Nuova edizione aggiornata e ampliata) (M.A. Ortiz) .....	762
AA.VV., <i>Vitam impendere magisterio. Profilo intellettuale e scritti in onore dei professori Reginaldo Pizzorni, O.P., e Giuseppe Di Mattia, O.F.M. Conv., (D. Cito)</i> .....	765
A. BENLLOCH POVEDA (dir.), <i>Código de derecho canónico</i> (J. I. Arrieta) .....	296
A. BETTETINI, <i>La « restitutio in integrum » processuale nel diritto canonico. Profili storico-dogmatici</i> (J. Llobell) .....	297
J. BOUSSINESQ-M. BRISACIER-É. POULAT, <i>La laïcité française</i> e A. BOYER, <i>Le droit des religions en France</i> (D. Le Tourneau) .....	303
A. BOYER, <i>Le droit des religions en France</i> (vedi J. BOUSSINESQ...) .....	303
M. E. CASELLATI ALBERTI, <i>L'educazione dei figli nell'ordinamento canonico</i> (G. Eisenring) .....	767
Z. COMBALIA SOLIS, <i>La autonomía privada en la inscripción del matrimonio canónico en el Registro Civil</i> (J. M. Vázquez García-Peñuela) .....	311
D. COMPOSTA, <i>Filosofia del diritto II. I fondamenti ontologici del diritto</i> (J.-P. Schouppe) .....	770
F. D'AGOSTINO, <i>Linee di una filosofia della famiglia nella prospettiva della filosofia del diritto</i> (H. Franceschi F.) .....	315
F. D'OSTILIO, <i>Il Diritto amministrativo della Chiesa</i> (J. Canosa) .....	773
A. DRIGANI, <i>L'insegnamento della Religione cattolica</i> (D. Cito) .....	774
FACULTAD DE DERECHO CANÓNICO « SANTO TORIBIO DE MOGROVEJO », <i>Anuario Argentino de Derecho Canónico</i> , vol I (J. I. Arrieta) .....	321
J. GARCÍA MARTÍN, <i>Le norme generali del Codex Iuris Canonici</i> (J. Miñambres) ..	775
GRUPPO ITALIANO DOCENTI DI DIRITTO CANONICO, (a cura di) <i>La funzione di insegnare della Chiesa</i> (A. Filipazzi) .....	776
H. HEIMERL-H. PREE, <i>Handbuch des Vermögensrechts der katholischen Kirche unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsverhältnisse in Bayern und Österreich</i> (J.-P. Schouppe) .....	322
J. HERVADA, <i>Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho</i> (J.-P. Schouppe) ...	324



	pag.
E. LABANDEIRA, <i>Trattato di diritto amministrativo canonico</i> (J. Canosa) . . . . .	327
G. LO CASTRO, <i>Tre studi sul matrimonio</i> (C.J. Errázuriz M.) . . . . .	327
F. MARCHI, <i>I tempi di Oropa e il suo futuro</i> (X. Brossa) . . . . .	778
LL. MARTÍNEZ SISTACH, <i>Las asociaciones de fieles. 3ª ed. revisada y actualizada</i> (L. Navarro) . . . . .	779
G. MINNUCCI, <i>La capacità processuale della donna nel pensiero canonistico classico. II. Dalle scuole d'Oltraipe a S. Raimondo di Pennaforte</i> (L. Del Giudice) .	329
P. MONETA, <i>La giustizia nella Chiesa</i> (J. Llobell) . . . . .	781
M. MORGANTE, <i>L'amministrazione dei beni temporali della Chiesa</i> (J.- P. Schoupepe) . . . . .	331
NATIONAL CONFERENCE OF CATHOLIC BISHOPS (U.S.A.), <i>Le manuel de l'évêque: les droits et les responsabilités de l'évêque diocésain selon le « Code de droit canonique »</i> (J. Miñambres) . . . . .	789
R. PALOMINO, <i>Las objeciones de conciencia. Conflictos entre conciencia y ley en el derecho norteamericano</i> (I. Durany) . . . . .	791
F. PÉREZ-MADRID, <i>Derecho administrativo sancionador en el ordenamiento canónico. Una propuesta para su construcción</i> (D. Cito) . . . . .	792
PONTIFICIUM CONSILIUM DE LEGUM TEXTIBUS INTERPRETANDIS, <i>Ius in vita et missione Ecclesiae. Acta Symposii internationalis iuris canonici occurrente X anniversario promulgationis Codicis iuris canonici, diebus 19-24 aprilis 1993, in Civitate Vaticana celebrati</i> (L. Navarro) . . . . .	794
J. PRADER, <i>La legislazione matrimoniale latina e orientale. Problemi interecclesiali, interconfessionali e interreligiosi</i> (P. Gefaell) . . . . .	332
P. PULIDO-ADRAGÃO, <i>Garantias da liberdade de opinião na Igreja. Os processos para juízo de livros na Congregação para a doutrina da Fé</i> (J. Amorós) . . . . .	336
J. THORN (ed.), <i>Le pape s'adresse á la Rote. Allocutions annuelles de Pie XII á Jean-Paul II (1939-1994)</i> (vedi W. H. WOESTMAN...) . . . . .	340
W.H. WOESTMAN, O.M.I. (ed.), <i>Papal Allocutions to the Roman Rota (1939-1994)</i> e J. THORN (ed.), <i>Le pape s'adresse á la Rote. Allocutions annuelles de Pie XII á Jean-Paul II (1939-1994)</i> (J. Llobell) . . . . .	340

## DOCUMENTI

*Atti di Giovanni Paolo II.*

Lettera apostolica sull'ordinazione sacerdotale da riservarsi soltanto agli uomini, 22 maggio 1994 (con <i>nota</i> di D. Cito) . . . . .	347
---	-----

	<i>pag.</i>
Bolla pontificia di elevazione alla dignità dell'Episcopato del Prelato dell'Opus Dei, 21 novembre 1994 (con <i>nota</i> di V. Gómez-Iglesias C., <i>Circa l'elevazione all'Episcopato del secondo Prelato dell'Opus Dei</i> ) . . . . .	799
Allocuzione alla Rota Romana, 10 febbraio 1995 . . . . .	810
 <i>Atti della Santa Sede.</i>	
SEGRETERIA DI STATO. Nota del Segretario di Stato vaticano all'Ambasciatore d'Italia presso la Santa Sede sulla doppia cittadinanza, 24 maggio 1990 (con <i>nota</i> di A. Filipazzi: <i>Cittadinanza vaticana e cittadinanza italiana: un accordo bilaterale fra Santa Sede e Repubblica italiana</i> ) . . . . .	355
Accordo tra la Santa Sede e lo Stato di Israele, 13 dicembre 1993, e relativo corsivo de <i>L'Osservatore Romano: Un passo significativo</i> , 1° gennaio 1994 . .	363
Accordo tra la Santa Sede e la Repubblica d'Ungheria sull'assistenza religiosa alle Forze Armate e di Polizia di Frontiera, 10 gennaio 1994 (con <i>nota</i> di E. Baura: <i>L'Accordo tra la Santa Sede e la Repubblica di Ungheria sull'assistenza religiosa alle Forze Armate e di Polizia di Frontiera</i> ) . . . . .	371
SEGRETERIA DI STATO, Statuto del Fondo di Assistenza Sanitaria, 7 novembre 1994 (con <i>nota</i> di J. Canosa) . . . . .	817
TRIBUNALE DELLA ROTA ROMANA. Indirizzo di omaggio rivolto al Santo Padre dal Decano, 10 febbraio 1995 . . . . .	829
PONTIFICO CONSIGLIO DELL'INTERPRETAZIONE DEI TESTI LEGISLATIVI. Risposta dell'11 luglio 1992; <i>lettera circolare</i> della CONGREGAZIONE DEL CULTO DIVINO E DELLA DISCIPLINA DEI SACRAMENTI, 15 marzo 1994 (con <i>nota</i> di L. Navarro: <i>Il servizio all'altare e le donne (commento all'interpretazione autentica del can. 230 § 2)</i> ) . . . . .	381
 <i>Legislazione particolare.</i>	
GERMANIA, Statuti della Conferenza Episcopale, 7 dicembre 1992 (con <i>nota</i> R. Schunck) . . . . .	397
SPAGNA, Decreto generale della Conferenza episcopale per l'applicazione della cost. ap. <i>Ex Corde Ecclesiae</i> sulle università cattoliche, 11 febbraio 1995 (con <i>nota</i> di C.J. Errázuriz M.) . . . . .	833