

IUS ECCLESIAE

RIVISTA INTERNAZIONALE DI DIRITTO CANONICO

Vol. IX - Num. 1 - Gennaio-Giugno 1997



PONTIFICIO ATENEO DELLA SANTA CROCE
GIUFFRÈ EDITORE

SOMMARIO

DOTTRINA

I. STUDI SULLE FONTI DEL DIRITTO CANONICO.

- P. VALDRINI, *Unité et pluralité des ensembles législatifs. Droit universel et droit particulier. D'après le code de droit canonique latin* 3
- R. SOBANSKI, *Immutabilità e storicità del diritto della Chiesa: diritto divino e diritto umano* 19

II. ALTRI STUDI.

- G. GÄNSWEIN, *Baptismo homo Ecclesiae Christi incorporatur. Zur Rezeption und Interpretation der rechtlichen Bestimmungen über die Kirchenzugehörigkeit im Codex Iuris Canonici von 1983* 47
- N. SCHÖCH, *Le «animadversiones» del difensore del vincolo nelle cause di incapacità consensuale* 81
- D. CITO, *La remissione della pena canonica* 117

GIURISPRUDENZA

- TRIBUNALE APOSTOLICO DELLA ROTA ROMANA. *Mexicana*. Nullità del matrimonio. Incapacità di assumere gli obblighi essenziali per cause di natura psichica. Incapacità «relativa». Sentenza definitiva. 2 marzo 1993. Civili, Ponente (*con nota* di H. Franceschi) 145

NOTE E COMMENTI

- G. MONTALVO, *La Pontificia Accademia Ecclesiastica e la missione diplomatica della Santa Sede nel mondo* 203

| | |
|--|-----|
| J.M. VIEJO-XIMÉNEZ, <i>In memoriam Stephan Kuttner. A propósito del «Xth International Congress of Medieval Canon Law» de 1996 en Syracuse (New York)</i> | 221 |
| L. NAVARRO, <i>La tutela giudiziaria dei soggetti senza personalità giuridica canonica</i> | 265 |
| J. LLOBELL, <i>Sulla promulgazione delle norme processuali proprie della Congregazione per la dottrina della fede in materia penale</i> | 289 |
| C.J. ERRÁZURIZ M., <i>Riflessioni circa il diritto canonico nell'ottica del dualismo cristiano</i> | 303 |

RASSEGNA DI BIBLIOGRAFIA

Recensioni.

| | |
|---|-----|
| AA.VV., <i>Actas del primer Congreso Latinoamericano de Derecho Canónico</i> (J. González-Ayesta)..... | 315 |
| AA.VV., <i>Conoscenza e normatività. Il normativo tra decisione e fondazione</i> (C.J. Errázuriz M.)..... | 316 |
| AA.VV., <i>La financiación de la Iglesia Católica en España</i> (J.M. Roca Suárez-Inclán)..... | 321 |
| AA.VV., <i>La subsidiarité. De la théorie à la pratique</i> (J.M. Pommarés, O.S.B.)..... | 324 |
| P. AMENTA, <i>Partecipazione alla potestà legislativa del Vescovo. Indagine teologico-giuridica su Chiesa particolare e sinodo diocesano</i> (J. González-Ayesta)..... | 329 |
| M.J. ARROBA CONDE, <i>Diritto processuale canonico. Terza edizione</i> (F. Dancels, O. Praem.)..... | 332 |
| M. C. BRAVI, <i>Il sinodo dei vescovi. Istituzione, fini e natura</i> (J. Miñambres)..... | 338 |
| A. CALABRESE, <i>Diritto Penale canonico</i> (D. Cito)..... | 339 |
| G. DALLA TORRE, <i>La città sul monte. Contributo ad una teoria canonistica sulle relazioni fra Chiesa e Comunità politica</i> (J.T. Martín de Agar)..... | 340 |
| F. GIL HELLÍN, <i>Il matrimonio e la vita coniugale</i> (C.J. Errázuriz M.)..... | 346 |
| W. GÓRALSKI, <i>Lud Bozy. Koscielne prawo osobowe</i> (Il popolo di Dio. Diritto personale della Chiesa) (T. Rozkrut)..... | 348 |
| M. KOVAC, <i>L'orizzonte dell'obbedienza religiosa. Ricerca teologico-canonica</i> (W. Sommertag)..... | 352 |
| P. KUBIAK, <i>L'assoluzione generale nel Codice di Diritto Canonico (cann. 961-963) alla luce della dottrina del Concilio di Trento sull'integrità della confessione sacramentale</i> (A. Ducay)..... | 353 |

| | |
|--|-----|
| J.T. MARTÍN de AGAR, <i>Elementi di Diritto canonico</i> (P. Gefaell)..... | 356 |
| F. PÉREZ-MADRID, <i>La tutela penal del factor religioso en el Derecho español</i> (M. Salido)..... | 357 |
| D. TIRAPU - J. MANTECÓN - B. CALABRÚS, <i>Derecho matrimonial canónico. Aspectos sustantivos y procesales. Teoría, legislación y formularios</i> (M.A. Ortiz). | 364 |
| D. TIRAPU - J.M. VÁZQUEZ GARCÍA-PENUELA, <i>La incapacidad sucesoria del confesor en el artículo 752 del Código Civil</i> (J.T. Martín de Agar)..... | 365 |
| M. VENTURA, <i>Pena e penitenza nel diritto canonico postconciliare</i> (D. Cito)... | 368 |
| A. VITALE, <i>Appunti di diritto canonico</i> (L. Del Giudice)..... | 370 |

DOCUMENTI

Atti della Santa Sede.

| | |
|---|-----|
| SEGRETERIA DI STATO, Rescritto «ex audientia Sanctissimi» di conferma di alcune «facoltà straordinarie» al Decano della Rota Romana, 30 settembre 1995 (con <i>nota</i> di J. Canosa) | 377 |
| CONGREGAZIONE PER I VESCOVI, Decreto di erezione in persona giuridica pubblica della regione ecclesiastica della Lombardia (e relativi statuti) (con <i>nota</i> di M. Marchesi) | 382 |

Legislazione particolare.

| | |
|--|-----|
| CONSIGLIO DELLE CONFERENZE DEI VESCOVI D'EUROPA (CCEE), Statuto, 2 dicembre 1995 (con <i>nota</i> di J. González-Ayesta) | 391 |
| NUOVA ZELANZA. Norme complementari al CIC emanate dalla Conferenza Episcopale, 1 ottobre 1994 (con <i>nota</i> di J.T. Martín de Agar) | 403 |

Pagina bianca

COLLABORATORI DI QUESTO FASCICOLO

DAVIDE CITO, Docente di diritto canonico - Pontificio Ateneo della Santa Croce

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

GEORG GÄNSWEIN, Dottore in diritto canonico - Kanonistischen Institut der Ludwig-Maximilians-Universität München

JOAQUÍN LLOBELL, Ordinario di diritto processuale canonico - Pontificio Ateneo della Santa Croce

GABRIEL MONTALVO, Presidente della Pontificia Accademia Ecclesiastica

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

NIKOLAUS SCHÖCH, Docente di diritto canonico - Pontificio Ateneo Antonianum

REMIGIUSZ SOBANSKI, Ordinario di diritto canonico - Accademia di Teologia Cattolica di Varsavia

PATRICK VALDRINI, Rettore dell'Istitut Catolique de Paris

JOSÉ M. VIEJO-XIMÉNEZ, Titolare di diritto canonico - Università di Las Palmas de Gran Canaria (Spagna)

Hanno collaborato anche: J.I. ARRIETA, J. CANOSA, J. CARRERAS, F. DANEELS, E. DE LEÓN, L. DEL GIUDICE, A. DUCAY, H. FRANCESCHI F., P. GEFAELL, J. GONZÁLEZ-AYESTA, M. MARCHESI, J.T. MARTÍN DE AGAR, J. MIÑAMBRES, M.A. ORTIZ, J.M. POMMARÉS, J.M. ROCA SUÁREZ-INCLÁN, T. ROZKRUT, M. SALIDO, A.S. SÁNCHEZ-GIL, W. SOMMERTAG.

Pagina bianca

Dottrina

I. Studi sulle fonti del diritto canonico

Pagina bianca

PATRICK VALDRINI

UNITE ET PLURALITE DES ENSEMBLES LEGISLATIFS

DROIT UNIVERSEL ET DROIT PARTICULIER D'APRÈS LE CODE DE DROIT CANONIQUE LATIN

I. Unité et pluralité. — 1. Pluralité des offices de législateurs et unité. — 2. Pluralité des communautés et unité du droit. — II. Les mécanismes de protection de l'unité du droit — 1. Moyens juridiques. — 2. Les questions.

A lui seul, le titre demanderait un traitement de grande envergure, en tout cas, dépassant le cadre d'une conférence. C'est pourquoi l'approche que nous devons faire des deux notions de droit universel et de droit particulier doit être limitée. Nous n'ignorons pas les problèmes nombreux qui pourraient être préalablement posés à leur propos. Le premier consisterait à décrire et définir les catégories de droit généralement utilisées, droit spécial, droit commun, loi particulière territoriale et personnelle, droit propre, statuts et règlements, et à les relier aux deux notions de droit universel et de droit particulier. Les travaux et commentaires qui ont été publiés sur le code de 1983 et, notamment, sur les c. 12 et 13 devront être consultés⁽¹⁾. De plus, depuis 1990, tout sujet de droit canonique doit tenir compte de la promulgation du code des canons des Eglises orientales. Or, la question de la qualification des catégories de droit est en-

(1) Voir les ouvrages parus à la suite de la promulgation du code de droit canonique où figurent tant le texte législatif qu'un texte de commentaire canon par canon avec souvent des indications bibliographiques. On consultera le commentaire récent *Commentario exegetico al código de derecho canonico*. Istituto Martin de Azpilcueta, Facultad de derecho canonico, Universidad de Navarra, Pamplona, EUNSA, Vol. I. Voir aussi F.J. URRUTIA, *De quibusdam quaestionibus ad librum primum codicis pertinentibus*, in *Periodica*, 73, 1984, p. 297-301.

core plus complexe avec l'introduction dans ce code d'un vocabulaire différent du code latin⁽²⁾. En ce qui nous concerne, devant l'ampleur du sujet et limité par le cadre d'une conférence, nous avons dû nous contraindre à limiter notre approche en portant notre attention sur le droit particulier porté dans le cadre des Eglises particulières, sachant que, travaillant ainsi, nous ferons émerger des principes qui pourraient être heureusement utilisés pour étudier d'autres catégories de droit comme le droit propre. Ceci étant précisé, partons donc d'une constatation : dans son organisation juridique, l'Eglise catholique veut maintenir l'unité de sa législation et, en même temps, fait ressortir comme constitutives les deux notions de droit universel et de droit particulier. A quel titre le sont-elles? Comment leurs relations sont-elles maintenues? Le code actuel permet-il le développement de l'une ou de l'autre ou bien de l'une et de l'autre? En clair, il nous faut approcher la question des fondements de ces deux catégories de droit, des mécanismes juridiques qui garantissent leurs relations et des possibles développements de leur application dans l'Eglise.

I. *Unité et pluralité*

1. *Pluralité des offices de législateurs et unité.*

Dans le système juridique ecclésiastique, plusieurs législateurs peuvent porter des lois. Ainsi connaît-on les textes législatifs émanant des législateurs ayant compétence sur l'Eglise tout entière, le Pontife romain et le Collège des évêques. Puis, il y a ceux émanant des titulaires d'offices de chefs d'Eglises particulières, les évêques diocésains et ceux qui leur sont équiparrés, enfin ceux dont l'origine est un coetus d'évêques, la conférence des évêques, ou un concile particulier, c'est-à-dire des évêques à l'occasion d'une réunion des Eglises particulières du territoire d'une conférence d'évêques (concile plénier) ou d'une province ecclésiastique (concile provincial). Tous ces textes se répartissent dans les deux catégories

(2) C. 1493. Nous serons obligés de restreindre notre étude au code latin, sachant, pourtant, que ce travail de recherche pourrait s'étendre au « codex canonum » des Eglises d'orient. Nous avons toutefois conscience de faire ressortir des éléments pouvant servir pour une recherche ultérieure.

de droit universel et de droit particulier, sans qu'il y ait une correspondance exacte entre l'étendue de la compétence reconnue à un titulaire d'office et la catégorie de droit. C'est ainsi que le Pape romain et le Collège des évêques peuvent porter du droit universel et du droit particulier. En effet, la compétence de l'un et de l'autre n'est pas liée au fait que, ayant une activité s'exerçant sur l'Eglise tout entière, ils ne pourraient porter une loi qui concerne une partie de l'Eglise. Leur compétence est universelle ; elle peut se traduire en droit universel comme en droit particulier. En revanche, un chef d'Eglise particulière ou un coetus d'évêques ne pourrait porter du droit universel. Dans ce cas, nous définissons le droit universel et le droit particulier en fonction de l'extension de leur application dans l'Eglise et non du statut juridique de l'office de législateur⁽³⁾. Ceci indique très clairement que les critères de classification du droit ne recouvrent pas exclusivement la hiérarchie des législateurs.

Cette position étant admise, on doit rappeler qu'il y a un lien hiérarchique entre droit universel et droit particulier. Ce dernier doit être directement ou indirectement une application du droit universel de sorte que la dépendance du droit particulier vis-à-vis du droit universel est un des critères les plus opérants pour définir les relations entre eux. L'art. 158 de la Constitution apostolique *Pastor bonus* qui organise une des activités du Conseil pour l'interprétation des textes législatifs confirme l'importance de ce principe largement reconnu et affirmé par la doctrine canonique⁽⁴⁾. D'après cet article, un écart entre droit particulier et droit universel serait l'objet possible d'un recours pour nullité. De la même manière, sans qu'il soit l'objet d'un canon proprement dit, le principe est reconnu par le CIC de 1983. Ainsi en est-il, par exemple, quand il est demandé ou proposé à la conférence des évêques de légiférer pour son territoire ou lorsqu'il s'agit de promulguer une loi particulière qui prolonge une règle uni-

(3) G. MICHIELS, *Normae generales iuris canonici, Commentarius libri I codicis iuris canonici*, 1949, vol. I, p. 14. Voir aussi L. de ECHEVERRIA, *El derecho particular*, in *La norma en el derecho canonico. Actas del III congreso internacional de derecho canonico*, Pamplona, 10-15 de octubre de 1976, vol. II, EUNSA, Pamplona, p. 185-218 (voir surtout p. 186-192).

(4) Art. 158: *iis quorum interest postulantibus, decernit utrum leges particulares et generalia decreta, a legislatoribus infra supremam auctoritatem lata, universalibus legibus consentanea sint necne.*

verselle en l'adaptant à une partie de l'Eglise en fonction de circonstances de temps ou de lieu⁽⁵⁾. Ainsi en est-il aussi quand le code mentionne le droit particulier comme ayant à organiser une institution⁽⁶⁾ ou à définir ou encore compléter le statut d'une personne juridique en complément du droit universel⁽⁷⁾ ou d'une manière autre⁽⁸⁾. On doit aussi parler de l'application du principe de dépendance du droit particulier par rapport au droit universel, lorsqu'un législateur ayant compétence pour porter une loi particulière adapte une loi universelle sans que le droit le lui ait demandé ou promulgue des lois au titre de l'exercice de la *cura pastoralis* qu'il a reçue pour une communauté déterminée⁽⁹⁾. Tout législateur de ce type est tenu d'agir dans le cadre du droit promulgué pour l'Eglise tout entière, à moins qu'il lui ait été accordé le droit d'y déroger. Cela arriverait dans des cas particuliers, à l'instar de ce que déclare l'art. 18 de *Pastor bonus* à propos du droit des dicastères de déroger au droit universel « *singulis in casibus atque de specifica approbatione Summi Pontificis* ».

Toutefois, ce principe de dépendance est tempéré par un fait propre au droit canonique qui lui donne la qualification de moyen plutôt que de fin. En effet, l'étendue du pouvoir d'un législateur en cas de promulgation de droit particulier n'est décrit ni par le code ni par un autre texte juridique. On peut légitimement penser que son pouvoir est assez étendu et qu'il peut décider par quel contenu une loi peut être adaptée, y compris quand cette adaptation peut se rattacher d'une manière très lointaine à une règle de droit. Comme, nous l'avons dit, des mécanismes existent en vue de déterminer si ces lois sont frappées de nullité ou non. Mais la nature spécifique du rapport entre droit universel et droit particulier trouve un fondement dans le caractère lui aussi spécifique de la constitution hiéar-

(5) Par exemple, c. 766, c. 891.

(6) Ainsi le 346 : le synode des évêques se compose de membres élus selon des dispositions fixées par le droit particulier.

(7) Voir le c. 149 § 1 où l'on parle des qualités de l'office que le droit universel ou particulier requiert.

(8) Par exemple au c. 127 § 1, on dit que le groupe doit être convoqué selon le c. 166, à moins que le droit particulier ou le droit propre n'en ait décidé autrement.

(9) Ce serait le cas de l'application du c. 517 § 2 auquel, en France, il est souvent fait recours. Il donne lieu à du droit particulier diocésain parce qu'il ne fait que déterminer des règles essentielles en vue de son application.

chique de l'Eglise. D'une part, les législateurs ayant compétence pour porter des lois particulières sont aussi législateurs universels : les évêques dont le pouvoir législatif s'exerce au sein des communautés qui leur sont confiées ou au sein des institutions qui ont un pouvoir législatif sur un regroupement d'Eglises particulières sont membres du Collège des évêques. Celui-ci, comme nous l'avons déjà mentionné, a une compétence législative sur l'Eglise tout entière. Aussi, lorsqu'ils promulguent des lois particulières, les évêques ne peuvent-ils abandonner la compétence qui leur revient par leur appartenance au Collège. D'autre part, le Pontife romain et le Collège des évêques, dans l'hypothèse où ils viendraient à promulguer une loi particulière, devraient le faire en vue « d'affermir et de garantir le pouvoir propre, ordinaire et immédiat que les évêques possèdent sur les Eglises confiées à leur soin »⁽¹⁰⁾.

C'est ce double rapport qui interdit de classer les catégories de droit universel et de droit particulier dans un cadre purement hiérarchique. En effet, le pouvoir législatif, tant à dimension universelle qu'à dimension particulière, est exercé par des personnes qui sont chargées de garantir l'unité de l'Eglise, que le code présente comme la pleine communion des baptisés unis au Christ dans l'ensemble visible qu'elle constitue par les liens de la profession de foi, des sacrements et du gouvernement ecclésiastique⁽¹¹⁾. De la sorte, les législateurs particuliers ont en charge l'unité de l'Eglise qu'ils garantissent tout autant lorsqu'ils promulguent des lois universelles au sein du Collège que dans l'exercice de leur compétence à l'égard du droit particulier. L'exemple le plus parlant est celui de l'évêque diocésain portant des lois particulières dans un synode diocésain. Exerçant ainsi sa compétence, il engage l'Eglise tout entière en promulguant des lois qui, pourtant, vont s'appliquer uniquement sur son territoire ou pour des personnes sur lesquelles il est en droit d'exercer sa juridiction. Son rôle est unique. Il ne peut le déléguer. Le droit lui reconnaît un pouvoir à exercer personnellement d'une manière spécifique parce qu'il est exercé *in synodo*, comme est personnelle l'appartenance au Collège. Dans ce fait, il faut voir une volonté de sauvegarder l'unité de l'Eglise et, particulièrement, l'unité de l'ensemble législatif dans lequel vont entrer les nouvelles lois. De la même ma-

(10) C. 333, § 1.

(11) C. 205.

nière, en cas de lois portées par un collège restreint d'évêques, conférences ou conciles particuliers, le droit n'aura pas d'efficacité juridique s'il n'a pas reçu la garantie de ne pas atteindre l'unité de l'Eglise. Par la procédure de *recognitio*, le Pontife romain connaît de ce droit au nom de son ministère d'unité et ainsi permet que le droit légitimement particulier soit promulgué. Droit universel et droit particulier sont deux modalités d'un droit qui organise l'Eglise dans l'unité.

2. *Pluralité des communautés et unité du droit.*

Une même perspective se dégage lorsque l'on aborde le problème de l'unité et de la pluralité des ensembles législatifs à partir des communautés et non plus seulement des offices, comme précédemment. Le code présente la constitution hiérarchique de l'Eglise en distinguant les devoirs et droits qui reviennent, d'une part, à ceux qui exercent l'autorité suprême de l'Eglise, d'autre part, aux Eglises particulières et à leurs regroupements. En donnant une telle place aux Eglises particulières, il traduit en termes de droit un des principes fondamentaux de l'ecclésiologie catholique, repris textuellement par le c. 368, selon lequel les Eglises particulières réalisent l'Eglise une et unique, puisque c'est dans et à partir d'elles que cette dernière existe. La conclusion exposée précédemment à propos des offices de législateurs se retrouve ici. Entre Eglise tout entière et Eglises particulières, le rapport n'est pas hiérarchique. Il n'est pas non plus celui d'une partie vis-à-vis du tout. Il est un rapport d'inclusion mutuelle avec une difficulté à déterminer une simple priorité d'une communauté sur l'autre⁽¹²⁾. En conséquence, le droit qui organise l'une et l'autre communauté en sera affecté. Le droit particulier n'est pas seulement le droit d'une communauté déterminée, il est aussi le droit de toute l'Eglise, pas seulement pour des raisons institutionnel-

(12) P. EYT, *L'Eglise comprise comme communion*, in *Nouvelle revue de théologie*, 115, 1993, p. 321-334. J.I. ARRIETA, *Chiesa particolare e circoscrizioni ecclesiastiche*, in *Ius ecclesiae*, 6, 1994, p. 4-7. Voir aussi ce qui est dit par la doctrine canonique lorsque l'on veut appliquer le principe de subsidiarité à l'Eglise catholique : R.J. CASTILLO LARA, *La subsidiarité dans l'Eglise*, in *La subsidiarité. De la théorie à la pratique*, Sous la direction de J.B. D'ONORIO, Paris, Tequi, p. 153-179. Voir aussi P. VALDRINI, *A propos de la contribution de l'Eglise catholique au développement de la subsidiarité et du fédéralisme en Europe*, in *Revue d'éthique et de théologie morale « Le supplément »*, 199, 1996, p. 147-163.

les mais aussi pour des raisons ecclésiologiques. Il est le droit d'une communauté qui doit réaliser l'Eglise une et unique. Il doit donc y avoir une connivence, une correspondance entre les deux droits, car le droit universel étant le droit de l'Eglise tout entière, le droit particulier ne peut s'isoler par rapport à lui, au moins notionnellement, c'est-à-dire en se constituant en opposition au droit universel ou à côté de lui. Le mécanisme de contrôle de la légitimité du droit particulier comme le rôle de vigilance qu'exerce l'évêque diocésain à la tête de l'Eglise particulière garantissent (parce qu'ils sont des moyens) que ce rapport est respecté.

Ce qui vient d'être dit n'empêche pas de tenir que la pluralité d'Eglises particulières est une condition essentielle pour qu'existe une diversité du droit. Mais il faut montrer pour quelle raison la diversité du droit n'atteint pas l'unité recherchée comme un bien essentiel et incontournable. Les Eglises particulières sont érigées pour que des communautés puissent bénéficier de l'activité pastorale de l'Eglise par l'intermédiaire de l'exercice de la charge pastorale d'un évêque ou d'un ministre ordonné ayant un statut juridique équiparé. Les Eglises particulières sont ou territoriales ou personnelles. Mais dans tous les cas, on a déterminé celles-ci en choisissant des critères d'appartenance qui, si les Eglises particulières sont territoriales, seront le domicile, ou, si les Eglises particulières sont personnelles, seront par exemple l'utilisation d'une langue, l'existence d'une condition ou d'un rite. Le droit qui organise ces Eglises particulières, dit justement droit particulier, touche les fidèles qui la composent. C'est un droit proche des besoins pastoraux des personnes. Sa proximité est la conséquence de la constitution d'une communauté déterminée, où s'y exerce la *cura pastoralis* dans l'ordre des trois fonctions de sanctification, d'enseignement et de gouvernement, en tenant compte des particularités de chaque communauté. Ce droit s'ajoute au droit universel qui, de toute façon, touche toutes les personnes pour qui il a été promulgué. Les mêmes personnes sont concernées par les deux catégories de droit, universel et particulier, qu'elles appliquent et respectent. Est-ce à dire que les deux catégories de droit correspondent à deux catégories d'appartenance du fidèle, l'appartenance à l'Eglise universelle et l'appartenance à l'Eglise particulière ? La systématique du code autorise à répondre négativement à cette question. L'appartenance à l'Eglise universelle est réalisée par un fidèle dans son appartenance à une Eglise particulière de la même manière que le baptême dans une communauté déterminée est l'entrée

dans l'Eglise et fonde à la fois l'appartenance à cette communauté et l'appartenance à l'Eglise tout entière. De la sorte, il n'y a pas de concurrence entre les deux droits. En appliquant le droit particulier, le fidèle ne manifeste pas seulement son appartenance à l'Eglise particulière. Il manifeste aussi son appartenance à l'Eglise tout entière. La diversité du droit particulier est voulue comme l'est la diversité des Eglises particulières qui exprime la diversité des communautés humaines. Elle n'est pas une segmentation du droit puisqu'elle est un lieu où, par le fait d'une seule et unique appartenance à l'Eglise, sont reliés droit universel et droit particulier.

Ainsi, tant du point de vue de l'autorité qui promulgue les lois que du point de vue du fidèle qui les applique, l'unité doit être recherchée pour qu'un membre d'une Eglise particulière puisse réaliser son appartenance à l'Eglise d'une manière unifiée. Mais remarquons que le phénomène d'inclusion mutuelle que nous avons décrit plus haut en montrant que le droit particulier ne peut être contraire au droit de l'Eglise tout entière, parce que l'Eglise particulière réalise l'Eglise catholique une et unique, doit jouer cette fois en sens opposé. C'est le rôle du droit universel qui s'apprécie à partir de l'existence de l'Eglise particulière comme lieu où le fidèle doit réaliser son appartenance à l'Eglise. Nous avons montré que la diversité du droit qu'entraîne la création d'Eglises particulières n'est pas un facteur de division du droit en deux domaines hiérarchiquement situés l'un par rapport à l'autre. Elle permet que soit encadrée l'activité de l'Eglise particulière pour qu'elle réalise l'Eglise une et unique, à la fois par le droit universel et par le droit particulier. Allons plus loin : le droit universel contient les éléments nécessaires pour que l'Eglise, dans sa diversité, soit une et unique. Le droit particulier, pour sa part, détermine les éléments nécessaires pour que cette Eglise une et unique soit réalisée en un lieu. Puisque le principe de réalisation de l'Eglise en un lieu est essentiel, le droit particulier a aussi ce caractère essentiel. Certes, il est second par rapport au droit universel et nous montrerons plus loin qu'il existe des mécanismes qui cherchent à lui conserver ce caractère, mais le droit universel ne pourrait à lui seul traduire juridiquement la réalité de l'Eglise. Les deux catégories de droit sont donc nécessaires, mais pas seulement, bien que cette raison soit importante, et nous l'avons mentionnée, pour des raisons circonstancielles habituelles comme le fait de légiférer au plus proche des personnes ou la connivence culturelle des textes législatifs avec ces personnes, etc. Elles sont nécessaires parce

qu'elles traduisent dans le domaine juridique la constitution de l'Eglise, à la fois Eglise universelle et Eglises particulières, en ayant l'une et l'autre, comme catégorie de droit, un caractère indispensable.

II. *Les mécanismes de protection de l'unité du droit*

1. *Moyens juridiques.*

Compte tenu de ce que nous avons dit du double rôle des législateurs, à la fois promoteurs de la diversité du droit et garants de son unité, le premier principe de protection du système juridique mis en place est l'autolimitation du législateur lui-même. En exerçant son rôle de législateur suprême, il doit respecter la constitution propre de l'Eglise et laisser une place juste au domaine relevant du droit particulier. Inversement, le législateur particulier ne promulgue pas de droit qui s'écarte du droit universel, puisque ce droit réalise l'unité de l'Eglise tout entière. Comme nous l'avons déjà noté précédemment, cette double fonction apparaît d'une manière évidente dans la place particulière donnée à l'évêque diocésain promulguant des lois *in synodo*. Mais, on remarquera que l'évaluation n'est soumise à aucune règle et que l'évêque jouit d'un large pouvoir d'appréciation. De plus, il lui est seulement demandé de communiquer les textes des décrets et déclarations au métropolitain et à la conférence des évêques. Une même autolimitation, mais, comme nous allons le voir, aménagée dans son exercice, ressort à l'occasion des décisions prises par le Collège des évêques. Celles-ci n'ont de valeur obligatoire que si elles ont été approuvées par le Pontife romain, puis confirmées par lui et promulguées sur son ordre. Mais le texte du c. 341 dit que l'approbation est faite « *una cum Concilii Patribus* ». De plus, même confirmée par le Pape, la décision reste un acte collégial. Ainsi, en cas de lois universelles portées par le Collège des évêques, l'intervention du Pontife romain entre dans la formation de l'acte collégial, elle ne lui est pas extérieure. Elle est une forme particulière d'autolimitation des titulaires de l'autorité suprême. En effet, ce mécanisme de contrôle du contenu de l'acte du collège a pour objet de laisser au Pape le droit de juger le contenu de la décision prise au regard de l'ensemble du droit promulgué et de la charge qui lui revient d'affermir et de garantir « le pouvoir propre

et immédiat que les évêques possèdent sur les Eglises particulières confiées à leur soin »⁽¹³⁾.

Le code présente un autre mécanisme de régulation de la production du droit particulier, original, qui permet à l'autorité suprême d'exercer un rôle de garant et même d'unification de l'unité de l'ensemble législatif de l'Eglise, droit universel et droit particulier. Il s'agit de la procédure de *recognitio* et d'*approbatio* des décisions législatives, imposée aux conciles particuliers et à la conférence des évêques lorsqu'elle exerce son pouvoir législatif⁽¹⁴⁾. Elle donne lieu à un contrôle par le Saint-siège des décisions qui sont prises pour le territoire d'un regroupement d'Eglises particulières. Les deux actes, *recognitio* et *approbatio*, ne donnent pas les mêmes droits à l'autorité qui les exerce. La *recognitio* porte, certes, sur le contenu de l'acte mais laisse le législateur auteur de son acte. Elle donne devoir et droit à l'autorité suprême de connaître le droit particulier qui va être promulgué pour juger sa conformité au droit universel et, ce qu'il est important de noter, sa conformité au droit des Eglises particulières du territoire concerné. L'attention de l'autorité suprême peut aller plus loin. Celle-ci peut juger si le droit en attente de promulgation est un droit particulier ou s'il relève du droit universel de l'Eglise tout entière. En clair, la *recognitio* est une sorte de visa donnant la possibilité à l'autorité concernée de porter ce droit. En revanche, par l'*approbatio*, l'autorité s'engage plus que dans la *recognitio*. Elle connaît du contenu de l'acte, qu'elle endosse, de sorte que la promulgation peut être dite une sorte d'acte mixte. Une distinction entre les deux actes est nécessaire. En effet, si l'autorité suprême ne connaissait les actes que par *approbatio*, elle contrôlerait toute la promulgation du droit particulier. En revanche, la *recognitio* laisse l'autorité législative particulière porter les actes qui lui semblent opportuns au regard des situations qu'elle connaît.

A coté de cette autolimitation et, pourrions-nous dire, après celle-ci, un contrôle externe peut être appliqué à la loi. En ce cas, le contrôle porte sur un texte ayant acquis son caractère définitif. L'unité du droit peut être atteinte par un droit particulier qui s'en écarte. Il s'agit de l'unité du droit dans son ensemble ou de l'unité du droit universel seul. Pour protéger cette unité du droit, un re-

(13) C. 333 § 1.

(14) C. 446, c. 456.

cours contre les lois a toujours été admis. Il est aux mains de tout fidèle et de tout groupe de fidèles. Il est fait devant l'autorité suprême de l'Eglise qui, seule, peut recevoir un tel recours. Le mécanisme mis en oeuvre repose sur le principe hiérarchique. On se plaint à l'autorité supérieure de celui qui a porté un acte législatif dont on conteste le contenu (*recursus seu provocatio ad hierarchicum legislatoris superiorem*)⁽¹⁵⁾. On voit apparaître ici le principe d'une hiérarchie entre le droit particulier et le droit universel qui est, comme nous le disions plus haut, la traduction de la dépendance du premier par rapport au second, moyen qui assure l'unité de la législation. Depuis 1988, avec la promulgation de la loi réorganisant la Curie romaine, un rôle de garant du respect du droit universel de l'Eglise, et non pas de tout le droit, est reconnu au Conseil Pontical pour l'interprétation des textes législatifs. Il peut recevoir des recours, « à la demande des intéressés », pour décider « si les lois particulières et les décrets généraux, émanant de législateurs au-dessous de l'autorité suprême, sont conformes aux lois universelles de l'Eglise »⁽¹⁶⁾. En revanche, pour protéger l'unité du droit universel contre une activité législative de l'autorité suprême qui serait jugée atteindre l'ensemble du droit, selon la doctrine, le principe de recours contre les lois s'applique (*supplicatio seu remonstratio*), mais aucune juridiction n'est prévue pour connaître de ces recours.

Autolimitation, contrôle préalable et recours contre les lois, ces trois mécanismes confortent les propositions émises précédemment à propos de l'inclusion des deux catégories de droit, droit universel et droit particulier. Le premier moyen repose sur le fait que les autorités législatives ont toutes en charge l'unité de l'*ordinamento*. De la sorte, elles peuvent à la fois favoriser la pluralité des ensembles législatifs, c'est-à-dire développer le droit particulier et le droit universel, et maintenir l'unité. Mieux, leur double appartenance, d'une part comme autorité suprême de l'Eglise, d'autre part comme autorité législative particulière, donne le moyen de réaliser une unité qui n'écarte pas la pluralité des ensembles de droit et leur relation.

(15) G. MICHIELS, *Normae...*, op. cit., p. 200.

(16) P. VALDRINI, *Le contrôle de la conformité des lois en droit canonique*, in *L'année canonique*, 35, 1992, p. 115-126. Voir aussi Ph. Toxé, *Le Conseil pontical pour l'interprétation des textes législatifs* (mémoire de la faculté de droit canonique de Paris, 1995).

Les deux instituts juridiques, la *recognitio* et l'*approbatio*, visent indirectement le même but. Ils protègent la compétence propre du législateur particulier auquel un collègue pourrait imposer un droit dont l'opportunité de promulgation n'aurait pas été évaluée personnellement par un législateur. Autrement dit, cette pratique de l'intervention du Pontife romain sur le contenu du droit particulier porté par une conférence d'évêques ou par un concile particulier est indirectement une protection de la charge revenant au législateur particulier, chef d'une Eglise particulière, possédant ce devoir et ce droit d'évaluer si une loi particulière touche à l'unité de l'*ordinamento* ecclésiastique. Enfin, le principe du recours contre la loi s'appuie sur la nécessaire participation des fidèles à la protection de l'unité de l'*ordinamento* ecclésiastique. Dans ce cas, comme cela l'est pour les recours contre les actes administratifs particuliers, les fidèles sont les auxiliaires de l'action des législateurs, auxquels, sur un point particulier, ils s'opposent, mais, ainsi, ils favorisent le respect de l'unité de l'Eglise.

2. *Les questions.*

La question des mécanismes de régulation de la production de droit dans l'Eglise concerne surtout le droit particulier. On aura remarqué que l'évêque diocésain jouit d'une grande autonomie. Son action comme législateur particulier ne peut être enfermée dans le cadre étroit des rapports hiérarchiques, pas plus que le droit particulier par rapport au droit universel. Ce rapport d'inclusion, nous l'avons vu, ne met pas de côté la nécessaire dépendance du premier vis-à-vis du deuxième. Le droit particulier reste un droit second. Mais lui donner ce caractère n'est pas un jugement de valeur porté sur l'une et l'autre catégorie de droit. L'erreur serait de croire que le droit universel contient le droit important pour l'Eglise alors que le droit particulier est un droit mineur. Une autre mise en catégorie s'impose, que la future jurisprudence du Conseil pontifical pour l'interprétation des textes législatifs devrait mettre en lumière. Le droit universel est quelquefois constitutif. A cet égard, il ne peut être objet de dispense⁽¹⁷⁾. Des éléments de droit universel peuvent être eux-mêmes seconds par rapport à ce droit constitutif tout en étant droit universel. Ces éléments sont la part du droit qui, bien

(17) C. 86.

qu'assurant l'unité de l'Eglise, pourrait être plus adapté sans que celle-ci en souffre. Mais parallèlement, le droit particulier est lui aussi traversé par ces distinctions. Il peut être constitutif quand il contient des éléments essentiels d'institutions ou d'actes juridiques dont on ne pourrait dispenser⁽¹⁸⁾. Il peut être en revanche plus dépendant des circonstances. C'est dire une fois de plus que droit universel et droit particulier ne sont pas dans un rapport de dépendance simple et que l'on devrait travailler cet autre principe de hiérarchie du droit, droit constitutif, droit non constitutif. L'absence de véritable hiérarchie formelle de textes juridiques législatifs rend d'autant plus nécessaire ce travail⁽¹⁹⁾.

Ces considérations sont importantes lorsque l'on aborde le problème de l'adaptation du droit universel par le droit particulier. Plusieurs champs d'adaptation sont possibles. D'abord, le droit particulier peut envahir le champ laissé libre par le droit universel. Par exemple, dans le cas du synode diocésain, les neuf canons du code ne légifèrent que sur les matières essentielles⁽²⁰⁾. La loi particulière peut donc créer du droit en fonction des circonstances de temps et de lieu. Ce droit peut être dit le résultat d'une adaptation en un sens très large puisqu'il n'est pas directement relié à une règle de droit. En revanche, le législateur peut être conduit à adapter, voire à s'écarter d'un des canons du code. Les motifs sont laissés à son appréciation. Soit il ne peut appliquer la loi, soit il veut l'appliquer d'une autre manière pour tenir compte de contraintes ou répondre à un besoin de l'Eglise particulière. Pour que cette attitude se traduise dans un acte légitime, il lui faut obtenir l'autorisation de l'autorité suprême, en l'occurrence le Pontife romain, à qui, comme législateur suprême, revient la charge d'autoriser la non application du droit qu'il a promulgué. Mais, la question de l'opportunité de relever de l'obligation d'appliquer une règle de droit est soumise à la qualité du droit. On peut, par exemple, permettre une adaptation du c. 463 qui porte sur la composition du synode, pas du c. 465 qui établit la liberté de discussion au sein du synode et, surtout, pas du tout de

(18) Le c. 86 s'applique tout autant au droit particulier qu'au droit universel.

(19) Une autre mise en catégorie consisterait à trouver la place du droit divin, toujours constitutif mais pas toujours droit universel.

(20) C. 460-468.

la règle essentielle et sans nul doute inévitable, du c. 466 qui donne à l'évêque diocésain seul le pouvoir de légiférer.

Tout le droit universel n'est donc pas propre à être adapté par du droit particulier. Une part de ce droit est telle que, n'existant pas ou n'existant plus, une institution, un institut ou un acte juridique perdrait son caractère d'universalité et peut-être son identité⁽²¹⁾. Par contre, les autres éléments juridiques peuvent être l'objet d'une adaptation à la mesure de l'importance du droit lui-même et des nécessités qui poussent à cette adaptation. Les recours qui auront lieu à l'occasion de cette adaptation permettront de constituer une jurisprudence. En dehors de ceux-ci, il faut bien avouer que l'on est démuné d'instruments d'analyse. Le code contient peu d'éléments de hiérarchie formelle du droit. Ainsi, le principe émis par le c. 86 est mis en application par les titulaires du pouvoir administratif sans qu'une méthode soit établie. Certes, un refus de dispense s'appuyant sur ce canon pourrait être objet de recours. Mais, à notre connaissance, il n'existe pas de jurisprudence sur ce point. Est-ce à dire qu'il est impossible que le droit canonique élabore une hiérarchie des textes législatifs ? La difficulté nous semble venir du rapport entre droit particulier et droit universel. Les deux droits, nous l'avons montré, ont des rapports d'inclusion de sorte que le principe hiérarchique ne rend pas totalement compte de leur imbrication. Aussi, une hiérarchie formelle est plus facile à construire qu'une hiérarchie matérielle. Faut-il penser qu'une hiérarchie du droit en système canonique serait une « cotte mal taillée » ? Elle obligerait, en effet, à introduire trop formellement un rapport hiérarchique entre droit universel et droit particulier. Or, nous avons vu que le droit canonique, sans nier qu'il y ait une forme de hiérarchie, cherche à maintenir une dépendance qui permet aux législateurs de maintenir unité et pluralité des ensembles législatifs ? Est-ce un flou venant d'un manque de maturation du droit ou des raisons plus profondes sont-elles à évoquer ?⁽²²⁾

(21) On voit ainsi qu'un droit est à ce point essentiel que, non existant, on ne pourrait plus prétendre qu'une institution est réalisée. C'est le cas, par exemple, en France où des évêques ont adapté la pratique synodale pour faire des assemblées diocésaines où le principe de la participation des fidèles à l'élaboration de textes est effectif, mais les assemblées ne peuvent pas être des synodes, au sens canonique du terme.

(22) Il faudrait relire toutes les discussions tenues au moment de la rédaction de la *lex fundamentalis*.

Dans une telle hypothèse, le rôle du législateur facteur d'unité et de pluralité du droit ressort renforcé. Mais, toutes les conditions doivent être réunies pour qu'il puisse exercer sa fonction. Notamment, notre position selon laquelle le critère hiérarchique ne peut rendre totalement compte des rapports entre droit universel et droit particulier oblige à donner tout son poids au fait que les législateurs particuliers des Eglises particulières sont membres du Collège et, à ce titre, porteurs de l'unité des ensembles législatifs. On sait que le Collège épiscopal, dans son ensemble, se réunit très épisodiquement. En conséquence, la règle fondamentale que nous avons extraite paraît plus symbolique que réelle. La question nous semble donc glisser vers le fonctionnement du Collège épiscopal, dont la réunion est un acte devenu trop difficile. En l'absence de fonctionnement réel, c'est le Pontife romain, chef du Collège, qui exerce la fonction d'autorité suprême de l'Eglise et, ainsi, c'est plus le principe de la communion hiérarchique entre le Chef du collège et les membres du Collège qui est mis en oeuvre que l'appartenance au Collège en tant que tel. En clair, le législateur particulier est conduit à respecter la loi universelle qu'a promulguée le Pontife romain, à la volonté duquel il adhère parce qu'il est lié à lui par communion hiérarchique. Mais, il n'exerce pas une part du rôle qui lui vient de l'appartenance au Collège épiscopal. Sortir de cette difficulté demande que soient travaillées la manière dont le Collège épiscopal exerce sa fonction, réuni d'une manière plénière ou réuni partiellement, et la manière dont le droit universel de l'Eglise est promulgué. En effet, il serait dommageable pour le droit qu'il y ait un trop grand écart entre la systématique voulue concernant les rapports entre droit universel et droit particulier et la réalisation de celle-ci.

Pagina bianca

REMIGIUSZ SOBANSKI

IMMUTABILITÀ E STORICITÀ DEL DIRITTO DELLA CHIESA: DIRITTO DIVINO E DIRITTO UMANO

Introduzione. — 1. Il problema dello « ius divinum ». — 2. Il significato « divino ». — 3. Il problema giuridico. — 4. Il compito del legislatore ecclesiale. — 5. L'immutabilità e la storicità. Osservazioni finali.

Introduzione

Già venticinque anni fa si è costatato che il problema del « diritto divino e diritto umano nella Chiesa » è un campo non coltivato e — per di più — la canonistica non è affatto pronta per trattare questo problema in un modo fondamentale ⁽¹⁾. Si deve però, con riconoscimento, sottolineare che appena i canonisti hanno notato il campo non coltivato, si sono messi a coltivarlo per fare un raccolto abbondante. Non gli mancavano stimoli. Si possono citare — senza valutare la loro forza di agire — gli stimoli della teologia del diritto protestante, la ricchezza dei problemi ecclesiologici stimolati con l'eclesiologia del Concilio Vaticano II e anche la riforma del diritto della Chiesa Cattolica. Per via di questa riforma è sorto il problema della corretta comprensione della costanza e della mutabilità del diritto e nella discussione sui presupposti della progettata (ma infine non promulgata) *Lex Ecclesiae Fundamentalis* si è costatato che quella non dovrebbe limitarsi alle norme del diritto divino perché il limite tra il diritto divino e il diritto ecclesiale non sempre è facile da stabilire ⁽²⁾.

⁽¹⁾ A. HOLLERBACH, *Göttliches und Menschliches in der Ordnung der Kirche*, in *Mensch und Recht*. FESTSCHRIFT E. WOLF zum 70. Geburtstag, Frankfurt 1972, 215.

⁽²⁾ Cfr. *Relatio*, *Communicationes* 2 (1970) 82-89.

Già questa constatazione doveva mobilitare i canonisti a verificare quello che nei manuali del diritto ecclesiale è stato scritto, in modo deciso e senza mostrare i problemi, sul diritto divino, che prendeva il *principem locum* ⁽³⁾ non solo indirettamente ma anche in modo diretto. Era anche difficile non accorgersi della divergenza tra le risoluzioni dell'esegesi biblica e quella positivistica argomentazione che si serviva dei brani scritturistici isolati e che cercava di dimostrare che questa istituzione trova — almeno nella sua forma fondamentale, priva degli apporti storici — la conferma nella Rivelazione. Anche i canonisti hanno notato che questa argomentazione fa abuso della Sacra Scrittura ⁽⁴⁾.

Per capire l'intero contesto bisogna ricordare che il Concilio ha valorizzato la storia e la storicità come categorie teologiche, necessarie per chiarire la missione della Chiesa. Sottolineata già nella scuola di Tubinga la storicità della Rivelazione e della fede non poteva non far nascere delle domande sul diritto la cui origine si vede nella stessa Rivelazione.

Allora il tema « Immutabilità e storicità del diritto della Chiesa: diritto divino e diritto umano » rimane sempre attuale e vivo, e la letteratura dimostra che questo costituisce uno dei temi « della Scienza Canonistica nella seconda metà del '900 ». L'anno scorso ne hanno scritto S. Berlingò ⁽⁵⁾, H. Pree ⁽⁶⁾, I. Riedel-Spangenberg ⁽⁷⁾.

Consapevolmente ho indicato solo i canonisti ⁽⁸⁾, ma questo non significa che il problema del diritto divino è soltanto un problema

⁽³⁾ P. es. G. MICHIELS, *Normae generales Juris Canonici*, Parisiis - Tornaci - Romae² 1949, I, 210 ns.

⁽⁴⁾ J. NEUMANN, *Das Kirchenrecht im Spannungsfeld der wissenschaftlichen Disziplinen*, Theol. Quartalschrift 152 (1972) 317-325.

⁽⁵⁾ *Diritto divino e diritto umano nella Chiesa*, Il Diritto Eccl. 106 (1995) n.1, 35-65 (con indicazioni bibliografiche); ed anche in *Diritto per valori e ordinamento costituzionale della Chiesa. Giornate canonistiche di studio - Venezia 6-7.7.1994*, a cura di R. Bertolino, S. Gherro, G. Lo Castro, Torino 1996, 87-116.

⁽⁶⁾ *Zur Wandelbarkeit und Umwandelbarkeit des Ius Divinum*, in *Theologia et ius canonicum. Festgabe f. Heribert Heinemann zur Vollendung seines 70. Lebensjahres*, Essen 1995, 111-135.

⁽⁷⁾ *Gottesrecht und Menschenrecht. Zur Legitimation, Limitation und Normierung positiven kirchlichen Rechts*, in *Theologia et ius canonicum* (cfr. nota 6), 99-109.

⁽⁸⁾ P. FEDELE, *Diritto divino e diritto umano nella vita della Chiesa*, in *Atti del Congresso Internazionale di Diritto canonico Roma 14-19.1.1970*, Milano 1972, 59-92; R. BACCARI, *La continuità del diritto canonico nel rinnovamento legislativo*, in *Liber Amicorum Monseigneur Onclin*, ed J. Lindemans, H. Demeester, Gembloux 1976, 121 - 132;

canonistico né che soltanto i canonisti se ne occupavano. È tutto il contrario e tutti noi conosciamo i fondamentali studi dei corifei della teologia biblica, fondamentale, dogmatica e morale, dedicati ai problemi del diritto divino⁽⁹⁾.

Ho indicato i canonisti per sottolineare che il problema del diritto divino, soprattutto espresso come «il diritto divino e diritto umano nella Chiesa» è (anche) un problema canonistico. Lo è perché nel diritto ecclesiale, il quale costituisce l'oggetto materiale della canonistica, si trovano le istituzioni e le norme definite sia direttamente come il diritto divino che come risultanti dal diritto divino, e anche le istituzioni e le norme delle quali non è stata definita la fonte, ma alle quali la dottrina attribuisce tale fonte. Nella complessa architettura delle norme eteronome, intese come regolatrici dei comportamenti nella Chiesa, le norme che si riferiscono al diritto divino hanno la caratteristica di essere vere norme giuridiche e sono state promulgate nella convinzione che sono sostenute dall'autorità di Dio.

1. *Il problema dello «ius divinum».*

Nello stesso concetto del «diritto divino» esiste una certa tensione. «Divino» è complemento di nome. Mentre nelle locuzioni come la «grazia divina» o la «Rivelazione divina» questa apposizione è aggiunta ai nomi che anche senza di esso hanno il loro significato nella teologia ed esprimono l'azione di Dio verso gli uomini, nella locuzione «diritto divino» essa è aggiunta al nome che come tale descrive un frammento della realtà che ci circonda e che è

P. LOMBARDIA, *Derecho divino y persona fisica en el ordenamiento canonico*, in *Escritos de derecho canonico*, I, Pamplona 1973, 223-254; M.A. FAHEY, *Continuity in the Church and Structural Changes*, *Theol. Studies* 35 (1974) 415-440; P.J. VLADRICH, *El ius divinum como criterio de autenticidad en el derecho de la Iglesia*, in *La norma en el derecho canonico. Actas del III Congreso Internacional de Derecho Canonico Pamplona 10-15.10.1976*, Pamplona 1979, II, 25-78; L.M. de BERNARDIS, *Il problema del diritto divino nella gerarchia delle fonti del diritto canonico*, in *La norma* (vedi sopra), 397-404; H. HEINEMANN, «*Göttliches Recht*»? *Versuch einer Differenzierung*, *Theol. Quartalschrift* 157 (1977) 279-291; E. MOLANO, *Precisiones en torno al Ius divinum*, *Ius can.* 22 (1982) n. 43, 783-796; P.A. BONNET, «*Continuità e discontinuità*» nel diritto ecclesiale e nell'esperienza giuridica totale dell'uomo, in *Raccolta di scritti in onore di P. Fedele*, a cura di G. Barberini, Perugia 1984, I, 31-54.

(9) Cfr. l'abbondante bibliografia indicata nella dissertazione di S.J. LEDERHILGER, *Das «ius divinum» bei Hans Dombois*, Roma 1993, X-XXXVII.

creata dall'uomo e solo con il complemento acquista il suo specifico significato. Il senso di questo complemento consiste nella informazione che questo diritto non è umano, ma divino. Epistemologicamente questo significherebbe che è un diritto come ogni diritto, solo con la differenza che è stabilito da Dio. Mentre la «grazia» o la «rivelazione» ci fa pensare soprattutto a Dio, il «diritto» ci fa pensare al diritto umano. Tenendoci conto cerchiamo di capire in che cosa consiste la specificità del diritto quando aggiungiamo al nome l'aggettivo «divino».

L'importanza del problema non viene diminuita dal fatto che in tutta la storia del diritto appare il concetto del diritto divino cioè del diritto che non è stato creato dall'uomo ma da un essere sovraumano, da Dio o dalle divinità. Gli etnologi e i sociologi di allora credevano che in origine ogni diritto aveva i suoi fondamenti e la sua giustificazione nella religione. Questo concetto però è stato modificato. Si dimostra che in tutte le culture esistevano una accanto all'altra le norme giustificate dall'autorità divina e le norme giustificate senza richiarsi a tale autorità⁽¹⁰⁾. Questo significa che in tutta la storia del diritto appare il problema «diritto divino — diritto umano». Tra gli indici ideologici di questo problema un posto principale occupa la comprensione del diritto. Sulla percezione del problema influisce per esempio il fatto se la costituzione del diritto è accompagnata dal principio «*lex proditur ut genus humanum honeste vivat*»⁽¹¹⁾ o se si osserva scrupolosamente la differenza tra le norme giuridiche e le norme etiche, o il fatto se il diritto viene stabilito da un sovrano inteso come il capo dell'organismo da lui animato e da lui guidato o se esso viene creato nell'ambito di un sistema politico fondato sul principio della partizione del potere. In verità il problema «diritto divino e diritto umano nella Chiesa» non è soltanto un settore del problema «diritto divino — diritto umano», perché non si tratta di un rapporto tra i due diritti — divino e umano —, ma si tratta di un rapporto tra quello che è divino e quello che è umano entro un diritto, ma dato che il diritto ecclesiale rimaneva sempre nell'interferenza con il diritto secolare, esso non si strania dalla corrente

⁽¹⁰⁾ E.A. HOEBEL, *Das Recht der Naturvölker*, Olfen 1968. Rispetto al Vecchio Testamento A. ALT, *Die Ursprünge des israelitischen Rechts*, in *Kleine Schriften zur Geschichte des Volkes Israel*, I, München 1953, 278-332.

⁽¹¹⁾ GREGORIUS IX, *Bulla Rex pacificus* (5.9.1234).

cultura giuridica, non si isola dai suoi raggiungimenti concettuali e metodologici e non ignora i problemi con i quali lotta il diritto di questo mondo.

In questo modo la canonistica non ha evitato i problemi metodologici — nel senso largo di questa parola — delle scienze giuridiche degli ultimi due secoli⁽¹²⁾, causati soprattutto dalla partizione del potere nelle strutture politiche dei moderni Stati di diritto⁽¹³⁾. Anche se l'unità del potere nella Chiesa rimane intatta⁽¹⁴⁾, la matrice di questa tripartizione nel CIC/1983 è stata adottata in modo ancora più netto che nel CIC/1917. Questa partizione che non intacca la principale unità del potere ha non solo un significato funzionale ma ha delle ripercussioni concettuali sul diritto ecclesiale. In conseguenza il diritto nella Chiesa viene più individuato dagli altri modi di influire e dirigere la vita della comunità ecclesiale. Il diritto sembra più «puro», così come lo si intende «fuori» dalla Chiesa. Anche se il legislatore ecclesiale è nella stessa persona l'insegnante della fede, il principio «*ius non docet, ius iubet*» appare più distintamente⁽¹⁵⁾. Questa tendenza di sviluppo si può accogliere con approvazione o con scetticismo⁽¹⁶⁾, ma essa è un fatto. La conseguenza di questo fatto è tra l'altro ciò che le norme canoniche — poiché svolgono nella Chiesa il loro ruolo — hanno bisogno della motivazione e proprio nell'orizzonte della moderna comprensione del diritto. Le motivazioni che operano con tesi aprioristiche, elaborate dal diritto pubblico ecclesiastico, sono risultate poco convincenti, come anche la motivazione positivista del diritto, sviluppata nella teoria del diritto, non ha reso alla critica. In alto grado questo riguarda le norme presentate come le norme del diritto divino. Bisogna motivare sia l'Autorità che è la loro fonte, che il loro carattere giuridico.

(12) K. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin-Heidelberg-New York-Tokio⁵ 1983,7.

(13) H. COING, *Die Bedeutung des Rechts in der neueren Geschichte Europas*, in *Entstehung und Wandel rechtlicher Traditionen*, hrsg. W. FINKENTSCHEER, H. FRANKE, O. KÖHLER, Freiburg-München 1980, 755-778.

(14) Cfr. c. 335 §1 CIC/1917 e c. 135 §1 CIC/1983.

(15) Per questo il Codice 1983 rinuncia al termine «*potestas*» nell'ambito del diritto sacramentale. Più largamente su questo: E. CORECCO, *Aspetti della ricezione del Vaticano II nel Codice di Diritto Canonico*, in *Il Vaticano II e la Chiesa*, a cura di G. ALBERIGO, J. P. JOSSUA, Brescia 1985, 333-397, spec. 388-391.

(16) Criticamente cfr. E. CORECCO, *Aspetti* (cfr. nota 15), 335-352.

L'argomento e l'idea della nostra relazione ci consente di prescindere dalla distinzione del « diritto divino positivo » e « diritto divino naturale » perché sia l'uno che l'altro, sia *ratione materiae* che *ratione auctoritatis* trovano la motivazione nella volontà di Dio e ambedue si caratterizzano dell'immutabilità. L'oggetto delle osservazioni che seguono non sono le concrete norme del diritto divino positivo o naturale né le loro motivazioni, ma il diritto divino entro quello ecclesiale, nel quale tra il diritto divino positivo e naturale non esiste un limite evidente e si costata giustamente che « il diritto (divino) naturale è tutto compreso nel diritto divino rivelato »⁽¹⁷⁾.

2. *Il significato di « divino ».*

Definire un diritto come « divino » indica la sua fonte e con questo fa capire che tra le azioni di Dio verso l'uomo si trova anche l'imposizione di diritto per lui. Proprio per questo il « diritto » è considerato uno dei cosiddetti principali concetti teologici — come la grazia, la rivelazione — che esprimono l'azione di Dio verso l'uomo. Queste sono le azioni di Dio il Creatore e Salvatore, del quale la volontà creatrice e salvatrice ha carattere normativo. Proprio l'eteronomia di questa impegnativa volontà di Dio ci permette e ci fa parlare del « diritto divino ». Nella volontà del legislatore, che si fa notare dietro il « diritto divino », si deve sempre vedere la volontà salvatrice. In questo sta una chiave ermeneutica importante, indispensabile nella problematica del diritto divino, il quale deve essere sempre percepito nel contesto della contemplazione dei piani salvifici di Dio. Senza questo il diritto subisce una riduzione che conduce all'insolubile aporia, risultante dalla tensione compresa nella stessa espressione « diritto divino ».

Se l'espressione « diritto divino positivo » vuole conservare il suo senso, essa si deve motivare con il riferimento alla Rivelazione fatta in Gesù Cristo. Prendendo l'opera salvifica di Gesù Cristo come punto di partenza per le riflessioni sul diritto divino ricordiamo — con il Concilio Vaticano II — che tramite la Rivelazione « in Cristo, il quale è insieme il mediatore e la pienezza di tutta intera la Ri-

(17) S. BERLINGÒ, *La tipicità dell'ordinamento canonico (nel raffronto con gli altri ordinamenti e nell'« economia » del « diritto divino rivelato »* in *Ius Ecclesiae* 1 (1989) 95-155, 108.

velazione» risplende «la profonda verità sia di Dio sia della salvezza degli uomini» (DV2). La rivelata verità di Dio porta in sé anche la verità sull'uomo, gli fa capire il senso della sua esistenza. Non i diversi dettagliati atti legislativi, ma la Rivelazione in Cristo della verità sull'uomo e l'interpretazione dell'esistenza umana alla luce della chiamata di Dio costituiscono il punto di riferimento di ciò che la Chiesa considera il diritto divino.

Si deve però ricordare che la Rivelazione non è soltanto il passare delle informazioni. Tramite la Rivelazione Dio «si intrattiene» con gli uomini (DV2) e «porta a compimento l'opera di salvezza» (DV4). La Rivelazione istruisce del senso dell'esistenza umana, ma anche — e soprattutto — è un evento esistenziale: mostrando le promesse di Dio allo stesso tempo dà la possibilità di compierle. Questo vuol dire che il diritto divino proviene da Uno che è l'origine di tutta la grazia e di tutta la vita del popolo di Dio⁽¹⁸⁾.

Cristo donatore della grazia e del diritto — chi ha provato la grazia, ha ricevuto insieme ad essa il Suo diritto. È stato chiamato e anche fatto capace di seguire la chiamata. Il diritto divino positivo è l'effetto della grazia data e della chiamata alla vita come i figli adottivi di Dio. Il diritto divino richiede allora di essere interpretato nel contesto della grazia ricevuta della sua comunicazione tra i fedeli. Esprime ed è la struttura di un nuovo ordine, all'inizio del quale c'è la grazia. Per questo Tommaso d'Aquino non esita a chiamare il nuovo diritto — cioè il diritto di Cristo — la grazia dello Spirito Santo data ai fedeli⁽¹⁹⁾.

Questo nuovo diritto evangelico sostiene l'esistenza cristiana, è la forza motrice per le azioni dei fedeli, i quali tramite il battesimo hanno ricevuto un'esistenza nuova e rimangono nel rapporto ontico con Cristo. Nelle scritture di San Paolo l'imperativo viene motivato dall'indicativo: l'ottenere la filiazione divina fa prendere l'atteggiamento filiale verso il Padre. Per questo non è possibile capire il diritto divino positivo avulso dalla grazia. Proprio questo si nota nell'espressione di San Giovanni «il diritto della grazia»⁽²⁰⁾ e anche nelle espressioni come «la legge della fede» (Rm 3,27), «la legge dello Spirito che dà vita» (Rm 8,2), «la legge perfetta, la legge della libertà» (Gc 1,25). Queste

(18) Cfr. LG 50, 3.

(19) S. Th. I-II. q. 106, a.1.

(20) K. DEMMER, *Ius Ecclesiae - Ius Gratiae. Animadversiones ad relationem inter ius canonicum et ethos christianum*, Periodica 66 (1977) 5-36.

espressioni determinano il contesto nel quale bisogna esaminare il problema del diritto divino positivo. Il diritto divino positivo è la chiamata, rivelata dal Salvatore, compresa nella vocazione e nel donare la grazia. La chiamata è indirizzata a tutti gli uomini, il dono l'hanno ricevuto quelli che l'avevano presa. Per loro Cristo è il « Signore e Dio » (Gv 20,28) — la fiducia segue il riconoscimento dell'autorità. Senza il riconoscimento dell'autorità del Signore non sarebbe possibile la fiducia, il riconoscimento dell'autorità provoca il riconoscimento della chiamata di un carattere impegnativo. Per questo i fedeli considerano il contenuto impegnativo della chiamata come diritto divino.

Le persone singole ricevono la rivelazione, ma entro la comunità dei fedeli, nella quale vengono inclusi tramite la fede e il battesimo. La Chiesa costituisce l'ambiente sociale della fede. La chiamata, compresa nella Rivelazione, lega non solo i singoli fedeli, ma tutta la comunità ecclesiale (proprio per questo la chiamiamo « il diritto »). Questa comunità è stata creata dalla volontà salvatrice di Dio. Questa volontà costituisce anche la base per le strutture della comunione e per i comportamenti dei fedeli, che essendo membri della comunione costituiscono il segno e lo strumento « dell'unità interna con Dio e dell'unità di tutto il genere umano » (LG 1). Il diritto divino è allora per la Chiesa un diritto fondamentale, costituisce la base principale della sua costituzione, comprende tutto ciò a cui la Chiesa, se non vuole rischiare la perdita della sua identità, non può rinunciare, ciò da cui non può ritirarsi e ciò che non può cambiare.

Il fatto che il diritto divino positivo è dato alla Chiesa ci conduce al problema della sua conoscenza e della sua realizzazione. La realizzazione implica la conoscenza, l'una e l'altra si attuano durante i secoli. Perché il diritto divino è stato dato insieme alla Chiesa, esso è immutabile, ma la sua conoscenza e la sua realizzazione si svolgono nelle condizioni e nella mutabilità della storia. Come tutta la Chiesa, il diritto è sottoposto al processo della continua formazione della sua conoscenza « affinché la Verità rivelata possa essere più profondamente intesa, meglio capita e presentata nella maniera più adatta » (GS 44,2). Su questo processo influiscono le domande, provocate dai correnti problemi esistenziali, che tracciano l'orizzonte conoscitivo. Generalmente si può dire che alla conoscenza del diritto divino positivo si arriva in seguito alla conoscenza della Rivelazione e dalla sua interpretazione. Esso è sottoposto alle regole della conoscenza teologica e dell'interpretazione teologica. Tale osservazione non dà però la risposta alla domanda in che misura questo, che la Chiesa

considera essere il diritto divino, dipende dalla nostra conoscenza. Detto altrimenti. Come le condizioni storiche influiscono sulla forma concreta del diritto divino? Quale è il contributo umano alla formazione storica del diritto divino? Dopo questa domanda viene un'altra: fino a che punto si può parlare del diritto divino immutabile?

Ricordiamoci soltanto che il discorso è iniziato da un articolo di Rahner del 1962 ⁽²¹⁾. Trattenendosi dai commenti — fatti già più volte — sulle opinioni di Rahner e sui contributi da lui provocati che hanno approfondito il problema, limitiamoci a notare un'opinione concorde che il diritto divino positivo deve riferirsi alla Sacra Scrittura. La tradizione, nella quale la Sacra Scrittura trova il suo posto, non porta quantitativamente contenuti nuovi. Per questo si è notato che si deve distinguere il diritto ecclesiale, che trova la motivazione nella Sacra Scrittura e il diritto che ha l'origine nella Tradizione.

Ovviamente non si può perdere di vista la differenza tra l'essenza del problema e la sua espressione storica. Se però il « Magistero non è superiore alla parola di Dio ma ad essa serve, insegnando solo ciò che è stato trasmesso » (DV 10) e la Tradizione può sviluppare solo quello che si trova nella Rivelazione, la prova del diritto divino positivo rimane il suo riferimento alla Rivelazione contenuta nella Sacra Scrittura. Tale osservazione causa che anche se stiamo alle origini del problema iniziato da Rahner, la rinuncia alla Sacra Scrittura come criterio del diritto divino positivo renderebbe inutile il concetto stesso del diritto divino.

Cercando di chiarire il problema dobbiamo, inizialmente, premettere sia il riferimento del diritto divino positivo alla Sacra Scrittura come al suo criterio, sia la storicità della sua conoscenza, articolazione e realizzazione. Il riferimento alla Sacra Scrittura non può velare il fatto che il diritto divino si conosce e si realizza nelle condizioni storiche. Dato all'inizio, rimane per essere realizzato nel futuro che lo segue. Dal fatto che esso è dato agli uomini risulta la necessità di tradurlo in atto. Lo studio di questo che è stato dato e nella sua essenza esiste dall'inizio deve essere accompagnato dalla riflessione su questo che è stato affidato come compito.

Intendendo in questa maniera il suo compito, riguardante la conoscenza e la realizzazione del diritto divino, la Chiesa fin dall'inizio

⁽²¹⁾ *Über den Begriff des « Jus divinum » im katholischen Verständnis, in Schriften zur Theologie, V, Zürich-Einsiedeln-Köln 1972, 249-277.*

ascolta le indicazioni del Signore. Sottolineamo che questo ascolto non si è concluso con la fine della Rivelazione e con la morte dell'ultimo degli apostoli. Le indicazioni di Cristo sono immutabili e durano per i secoli, ma vengono ricevuti nella sempre nuova situazione storica. Per questo ciò che era valido ieri non cessa di essere valido oggi, ma richiede di essere interpretato nella nuova situazione e adattato ad essa. Tale adattamento è uno dei compiti della Chiesa perché il diritto divino è stato dato ad essa ed è dato come suo compito. Per questo fin dai tempi apostolici la Chiesa esprime il diritto divino e sviluppa le istituzioni che essa crede provenienti dal diritto divino. Lo fa nella fiducia che può nutrire per il senso soprannaturale della fede, che è « suscitato e sorretto dallo Spirito di verità » (LG 12,1), e nell'ubbidienza che fa badare sempre alla fedeltà delle istituzioni sviluppate rispetto al diritto nuovo cioè evangelico.

Cristo è allora la fonte del diritto divino positivo non nel senso di essere l'autore delle formulate norme sovistoriche, ma come Uno che ha rivelato la verità sulla vocazione dell'uomo e Uno che unisce la gente nella comunità perché questa testimoniassse questa verità. Il compito della Chiesa è conoscere e mettere in pratica ciò che grazie alla potenza e alla volontà di Dio serve alla nostra salvezza — e ciò allo stesso tempo costituisce per noi il diritto dato da Dio. Indirizzato ai fedeli richiede di conoscerlo, di intraprenderlo e concretizzarlo storicamente. Con questa constatazione arriviamo al ruolo legislativo della Chiesa.

Questo problema richiede qualche osservazione per stabilire l'ottica della questione dell'immutabilità e storicità del diritto divino. Dall'ontologica immutabilità di Dio si arriva all'immutabilità del diritto divino. La Sacra Scrittura mostra però non solo la trascendenza di Dio, ma anche la sua continua presenza nel mondo. Perciò l'immutabilità di Dio è l'immutabile e assoluta fedeltà della Sua volontà e del Suo offrirsi agli uomini. Dio non è sottoposto alla storia, ma agisce e si rivela nella storia. La storia costituisce lo spazio d'incontro per la Rivelazione e la fede: la Rivelazione è avvenuta nella storia, indirizzato alle persone « storiche » dà gli effetti « storici », la fede si realizza nella storia e nella comunità storica. Essendo un essere storico, l'uomo può conoscere la verità rivelata avvicinandosi ad essa, ma non è in grado di comprenderla completamente⁽²²⁾. Bisogna cer-

(22) W. BEINERT, *Geschichte/Geschichtlichkeit*, in *Lexikon der katholischen Dogmatik*, hrsg. W. BEINERT, Freiburg-Basel-Wien³, 1991, 177-180.

care e conoscere sempre meglio la verità immutabile, alla verità conosciuta bisogna rispondere con la fede e con le azioni da essa risultanti⁽²³⁾. La verità conosciuta si esprime nelle frasi dipendenti dalle condizioni storiche (dal tempo, modo di pensare, modelli conoscitivi, ambiente), mutabili e verificantisi nella pratica della fede. Le frasi e le dichiarazioni formali non esauriscono i principi della fede, ma come i principi della vita aspettano di essere tradotti nella pratica della fede. Il carattere escatologico dei principi della fede fa sì che le frasi che li descrivono devono prendere in considerazione la tensione tra l'oggi e il domani. Ciò significa che queste frasi sono frasi vere (veramente esprimono la verità), devono essere motivate con gli argomenti e verificabili, ma allo stesso tempo sono frasi aperte, orientate alla piena verità.

Tutto questo riguarda anche le frasi giuridiche se vengono promulgate con la convinzione che contengono i contenuti «del diritto divino». Per quanto riguarda queste frasi, non esiste l'alternativa «actoritas facit legem» — «veritas facit legem», perché si riferiscono alla verità rivelata. Dietro la loro promulgazione sta, non solo la convinzione dell'esistenza di questo riferimento, ma anche la convinzione che si tratta della verità chiamate con forza dell'amore divino, allora — alla luce della fede — verità normativa, cioè una verità la quale nella comunità della Chiesa è un diritto, statuito da Dio, non da un uomo.

Il problema epistemologico riguarda — primo — la verità («divina», rivelata), secondo — la sua giuridicità.

3. *Il problema giuridico.*

Da più di 60 anni alla giuridicità del diritto divino si dedica molta attenzione. Questa discussione sarebbe inutile se fosse possibile dimostrare che Gesù Cristo era il legislatore e che — come sosteneva la canonistica tradizionale — nel deposito della fede si trovano le norme giuridiche le quali bisogna interpretare, capire, esprimere e tramandare⁽²⁴⁾. Poiché tale concetto non regge alla critica e poiché — allo stesso tempo — nella Chiesa non si può rinunciare al concet-

(23) DH 3; 9; 10.

(24) P. es. G. MAY, *Die Kontinuität im kanonischen Recht*, Archiv f. kath. Kirchenrecht 135 (1966) 52-91, spec. 56.

to di diritto divino e non si può trattarlo nel senso metaforico, bisognava chiarire la sua giuridicità.

Non ricordando qui le discussioni, concetti (per esempio la teoria normativa della « canonizzazione », la teoria istituzionalistica o della « fondazione », la teoria dell'ordinamento) e le loro critiche ⁽²⁵⁾ sottolineamo che le prove per chiarire la giuridicità del diritto divino vengono sempre fatte in un certo contesto e in una prospettiva definita, praticamente alla luce della teoria generale del diritto che si adotta. Si tratta sempre che il « diritto divino » corrisponda ai criteri accettati del diritto e che in questo modo sia presentata e assicurata il riconoscimento della giuridicità del sistema del diritto ecclesiale. Perciò dell'importanza e del valore di una teoria decide il fatto se essa dà risposta alle domande correnti. Le nuove domande fanno creare le nuove teorie; questo non significa che le teorie precedenti, in un certo contesto, non avessero compiuto il loro ruolo; così le suddette teorie hanno sincreticamente spiegato in modo comunicativo la giuridicità del diritto divino. Non si devono aspettare teorie che risolverebbero « una volta per sempre » e in modo universale il problema della giuridicità del diritto canonico ⁽²⁶⁾.

Apprezzando i risultati raggiunti (il grande numero dei concetti non mina il loro valore) vale la pena di notare che la moderna metodologia giuridico-comparativa ritiene che il confronto dei diritti deve essere fatto sul piano metateoretico, cioè bisogna partire non da un concetto o da una teoria del diritto, ma da un modo di pensare tipico per una certa cultura: lo studioso dovrebbe situarsi in mezzo della cultura esaminata per non lasciare dei concetti giuridici che non corrispondono ai concetti tipici alle altre culture. La consapevolezza degli uomini e non i criteri applicati al di fuori decidono di questo, ciò in una cultura costituisce il diritto e come viene inteso.

⁽²⁵⁾ S. BERLINGÒ, *Diritto divino* (cfr. nota 5), 37-46. Cfr. anche J. M. RIBAS BRACONS, *El Derecho divino en el Ordenamiento canonico*, in *Rev. Española de Derecho can.* 20 (1963) 267-322.

⁽²⁶⁾ Oltre che le teorie rischiaranti la giuridicità del diritto divino vengono elaborate nella luce dell'assunta teoria di diritto, vale ricordare che il contenuto dell'aggettivo « divinum » non si può sfruttare fino alla fine. Anche nella congiunzione dell'aggettivo « divino » con il sostantivo diritto » detiene un elemento del mistero. Cfr. anche R. BERTOLINO, *Il nuovo diritto ecclesiale tra coscienza dell'uomo e istituzione. Saggi di diritto costituzionale canonico*, Torino 1989, 14.

Il fatto è che il cristianesimo — e non solo questa religione — conosce il concetto del diritto divino, che contiene un certo contenuto. Questo diritto viene considerato il diritto vero e supremo. Per di più, parlando del diritto divino non si rinuncia alla sua «positività» nel senso della sua costituzione autoritaria. Proprio questa positività ha causato che per le norme ritenute di avere l'origine nel diritto divino si cercava la motivazione nelle parole o nelle azioni di Gesù, intendendo il dato canone del concilio di Trento⁽²⁷⁾ nel senso di stacare le azioni salvatrici di Gesù rispetto a quelle legislative. Allo stesso tempo nella moderna teoria del diritto si nota che «il diritto è già <vivo> e <vigente> (e, in questo senso, già <posto> e <positivo>) nel momento stesso in cui si sia in qualche modo (anche se inadeguatamente) oggettivato, vale a dire articolato in rapporti di significazione storicamente apprensibili ed espressivi del <canone> o <reticolo> assiologico fondamentale, operante come <trasformatore> degli interessi bruti o di meno fatto in (un sistema di) valori (giuridici)»⁽²⁸⁾. Secondo la moderna comprensione del diritto la positività del diritto «non è necessario che risulti dalla combinazione di più dichiarazioni normative», ma basta «che esso si concretizzi anche in semplici manifestazioni, ossia in comportamenti che possono affondare le loro radici in un *humus* collettivo emozionale, capace di imporsi come forza incisiva sulla realtà delle istituzioni pur essendo refrattario ad essere analizzato e scomposto in contenuti predeterminati»⁽²⁹⁾.

Queste premesse giuridiche-teoretiche permettono di non mettere in dubbio il concetto del diritto divino inteso come il diritto esistente nella Chiesa dal suo inizio, senza la necessità di cercare degli atti che lo statuiscono e dei prototipi una volta per sempre. Proprio qui nasce un suggerimento fatto da S. Berlingò di piuttosto «evitare la formula <il diritto divino positivo> che potrebbe indurre qualche ambiguità» dato che spesso «a questo termine si dia il significato di <espresso in disposizioni e formulazioni determinate>». La positività del diritto consiste nel fatto che dall'inizio questo diritto è «vivo»

⁽²⁷⁾ «*Si quis dixerit, Christum Jesum a Deo hominibus datum fuisse ut redemptorem, cui fidant, non etiam ut legislatorem, cui obediant, a.s.*» - Sess. VI, de iustificatione, c. 21 - COD 680.

⁽²⁸⁾ S. BERLINGÒ, *La tipicità* (cfr. nota 17), 117.

⁽²⁹⁾ S. BERLINGÒ, *Diritto divino* (cfr. nota 5), 54 ss.

e «operante», anche se non sempre sviluppato nelle istituzioni e articolato nelle norme. Questo è un diritto vivo, concretizzato durante i secoli⁽³⁰⁾.

Il diritto divino, espresso nelle frasi e prendente la forma nelle istituzioni sviluppate, si presenta sempre nella forma storica, la quale è composta dalla riconosciuta interpretazione teologica della Rivelazione e dall'elemento umano, limitato dalle possibilità di conoscere e esprimere in parole o istituzioni. Questa espressione non può mai pretendere di essere perfetta e esauriente, perché anche se viene fatta grazie al senso della fede del popolo di Dio e con continua animazione dello Spirito, che gli offre degli svariati — anche gerarchici — doni, è sempre fatta con i mezzi umani⁽³¹⁾. Questo succede sempre in un concreto contesto storico ed è mirato a questo contesto, ai bisogni e problemi che ne risultano, allora in modo adeguato, comunicativo e operativo.

La promulgazione del diritto divino, già contenente il conoscitivo e formante contributo umano, si effettua nell'involucro delle frasi che servono a metterlo in atto ed a realizzarlo, cioè nell'involucro del diritto «mere ecclesiale». Tutto insieme forma il diritto ecclesiale, il quale trova nel diritto divino la sua giustificazione, i suoi limiti e determinanti.

La distinzione l'uno dall'altro non sempre è facile. Le aree prevalenti del diritto ecclesiale sono senza dubbio «ius mere ecclesiale», certe norme o istituzioni vengono qualificati come provenienti dal diritto divino, ciò non sempre è indiscutibile e il più frequente problema è che cosa in una certa norma o istituzione veramente proviene dal diritto divino. Così, non si potrebbe dire che la qualificazione al diritto divino o «solo» ecclesiale non può essere sottoposta a revisione.

Supponendo che la Chiesa costituisce il diritto, fedele alla sua missione e ascoltando sempre la volontà di Dio, si relativizza la domanda se una certa norma o istituzione risulta dal diritto divino direttamente o solo indirettamente e quale è il contributo umano a formarla. Importante è che tutta la legislazione si armonizzi con la missione affidata da Cristo⁽³²⁾.

⁽³⁰⁾ *La tipicità* (cfr. nota 17), 133.

⁽³¹⁾ R. BERTOLINO, *Sensus fidei, Charismen und Recht im Volk Gottes*, Archiv f. kath. Kirchenrecht, 163 (1994) 28-72.

⁽³²⁾ Y. CONGAR, «*Jus divinum*», Revue de Droit can. 28 (1978) n. 2-4, 108-122, spec. 120.

Nonostante ciò, giustamente si avverte contro le sottovalutazioni dell'importanza di distinguere il diritto divino e il diritto d'origine solo ecclesiali⁽³³⁾. Il diritto divino ha il senso normativo (norma norms) per tutto il diritto ecclesiale, il legislatore ecclesiale non può abolirlo, cambiarlo né dispensare da esso.

Ma «non abolire», «non cambiare», «non dispensare da» tutto questo è solo un lato del compito della Chiesa, risultante dall'esserle stato affidato il diritto divino. Questo compito ha anche — e secondo la parabola dei talenti⁽³⁴⁾ soprattutto — un valore positivo: predicare, promulgare, sviluppare, concretizzare. Il latino «dispensare» viene tradotto nei dizionari come: distribuire, elargire, impartire, dividere in parti uguali, ordinare, esaminare, amministrare, gestire. «Dispensator» vuol dire amministratore, donatore (di ogni bene). «Dispensatorie» (agire) vuol dire parsimoniosamente, ragionevolmente, con moderazione, leggermente. «Dispensatio» nella letteratura patristica vuol dire «oikonomia», intesa come il governo divino sopra il mondo, non sempre corrispondente alla logica umana, ma realizzante il divino piano di salvezza⁽³⁵⁾. Così «custodi dei segreti e dispensatori delle grazie» si chiamano «dispensatores Dei», come Cipriano chiama i sacerdoti⁽³⁶⁾. Perché questa dispensazione delle grazie non sempre è compresa nelle regole «normali», ma — eseguita dagli uomini — deve prendere in considerazione delle situazioni «insolite», «dispensatio» ha preso il significato di liberare da un impegno giuridico quando il diritto deve cedere al bene. «Dispensatio» ha sempre valore positivo, è orientato al bene (del quale si tratta nel diritto ecclesiale).

Compresa in questo modo — non come *vulnus legis*, ma piuttosto come *applicatio iuris* — «dispensatio» è applicabile anche al diritto divino, affidato alla Chiesa per interpretarlo ed applicarlo⁽³⁷⁾.

⁽³³⁾ A. HOLLERBACH, *Göttliches* (cf. nota 1), 214.

⁽³⁴⁾ Mt 25,14-20.

⁽³⁵⁾ Y. CONGAR, *Propos en vue d'une tradition de l'Economie dans la tradition latine*, *Irenicon* 45 (1972) 155 - 206.

⁽³⁶⁾ Ep. 59, 1. Cfr. J. LEDERER, *Der Dispensbegriff des kanonischen Rechts mit besonderer Berücksichtigung der Rechtssprache des CIC*, München 1917, 132-139.

⁽³⁷⁾ «...leges divinae, cum naturales tum positivae, a quibus unus Summus Pontifex — ubi potestate vicaria utitur — dispensare valet; sicut accedit in dispensatione a matrimonio rato et non consummato, ab iis quae circa privilegium fidei versantur, et ab aliis» - Paulus VI, m.p. De Episcoporum muneribus de die 15.6.1966, n. V - AAS

Questo non significa che la Chiesa abbia il potere illimitato per decidere del diritto divino, ma vuol dire che ha il compito di concretizzarlo durante i secoli.

4. *Il compito del legislatore ecclesiale.*

Questo atteggiamento attivo di fronte al diritto divino la Chiesa lo assume per mezzo di tutte le sue funzioni, anche per mezzo della sua funzione legislativa. Ovviamente questo non vuol dire che la Chiesa crei il diritto divino né che esso diventi diritto grazie al legislatore ecclesiale. La Chiesa trova e riconosce il diritto divino, senza questo sarebbe priva delle radici e di una qualsiasi autorizzazione di agire. Ma la Chiesa non rinviene l'atto della sua fondazione come istituzione con i dettagli riguardanti la sua organizzazione né il complesso delle norme, che aspettano solo di essere concretizzati deduttivamente. La Chiesa, compreso il legislatore ecclesiale, è messa di fronte alla verità rivelata che conosce (non isolata dalla «verità naturale»). Il legislatore ecclesiale è messo di fronte alla verità rivelata non isolato né solo — non soltanto perché la funzione legislativa, agendo insieme alle altre funzioni della Chiesa, non rimane lasciata a sé stessa, ma perché agisce nella comunità, la quale «per senso della fede, che è suscitato e sorretto dallo Spirito di verità (...) aderisce indifettibilmente alla fede trasmessa ai santi una volta per tutte, con retto giudizio penetra in essa più a fondo e più pienamente l'applica nella vita» (LG 12,1).

È messa di fronte alla verità rivelata per la quale la Sacra Scrittura, il libro della fede e della vita dei cristiani, è istanza critica e ultima d'appello: la predicazione, interpretazione e pratica della fede, l'insegnamento della Chiesa e il suo diritto trovano il suo fondamento nella Rivelazione e sono da essa regolamentate. Ma proprio

58 (1966) 470. Per salvaguardare la tesi di non poter dispensare dal diritto divino viene spiegata la dispensa dal matrimonio non consummato, ed anche la dispensa dal voto e dal giuramento come liberazione dagli obblighi risultanti dall'atto della volontà umana. Questa spiegazione (non adattabile alla soluzione del matrimonio *in favorem fidei*) non tocca l'essenza del problema. La dispensa mai abroga la legge, ma disimpegna dall'obbligo *in casu*. Così accade anche in caso di dispensa *super rato*. Il concetto di «potestas vicaria» sembra superfluo. Cfr. V. NAVARETTE, *Potestas vicaria Ecclesiae. Evolutio historica conceptus atque observationes attenda doctrina Concilii Vaticani II*, *Periodica* 60 (1971) 415-486. Così anche H. PREE, *Zur Wandelbarkeit* (cfr. nota 6), 114, nota 13.

perché la Rivelazione, essendo il fondamentale principio conoscitivo, è legata ad un evento storico insuperabile, orientato escatologicamente alla salvezza, richiede e anche presume di essere predicata ed interpretata: la verità rivelata persiste nella Chiesa — nella Sacra Scrittura, nell'insegnamento e nella vita della Chiesa. La Rivelazione è un evento integrale, tramandato nella Sacra Scrittura e nella tradizione non come se queste fossero due fonti, ma due modi « che scaturiscono dalla stessa divina sorgente, formano in certo qual modo una cosa e tendono allo stesso fine »⁽³⁸⁾. Il suo trasmettere viene fatto allo stesso tempo retrospettivamente e prospettivamente. Tutto ciò che costituisce la tradizione è il processo di ricezione della Rivelazione che si svolge tra le esperienze storiche e per questo viene verificato nella luce della tradizione apostolica, ma importante è non solo la forma storica ma piuttosto la conservazione del senso⁽³⁹⁾. Proprio nella tradizione viene determinato quali enunciazioni bibliche devono essere concepiti come indicazioni del diritto divino⁽⁴⁰⁾. Il contenuto della Rivelazione, espresso nella Sacra Scrittura con i mezzi umani, viene concretizzato nel confronto con le nuove sfide storiche. I risultati di questa concretizzazione devono essere conformi alla Sacra Scrittura, anche quando la loro formulazione e formazione eccede le parole della Sacra Scrittura⁽⁴¹⁾. La fedeltà alla Sacra Scrittura non consiste nell'uguaglianza delle parole, ma nel fare la volontà del Signore nel tempo e nello spazio, ciò richiede la riflessione, ricerca e argomentazione. Questo riguarda anche le considerazioni giuridiche.

Al processo di scoprire il diritto dalla Rivelazione, di trasformarlo, concretizzarlo e anche di esprimerlo nelle proposizioni giuridiche si è dedicata ultimamente molta attenzione⁽⁴²⁾. Il grande numero dei

⁽³⁸⁾ DV 9. Più ampiamente: W. BEINERT, *Heilige Schrift*, in *Lexikon* (cfr. nota 22), 241-245.

⁽³⁹⁾ W. BEINERT, *Tradition*, in *Lexikon* (cfr. nota 22), 515.

⁽⁴⁰⁾ Quindi la proposizione di W. Aymans di denominare il diritto divino come « ein durch die Tradition erkennbar oder sichtbar gemachtes Offenbarungsrecht » - W. AYMANS, K. MÖRSDORF, *Kanonisches Recht. Lehrbuch aufgrund des Codex Iuris Canonici*, Paderborn - München - Wien - Zürich 1991, 35.

⁽⁴¹⁾ W. BEINERT, *Heilige Schrift* (cfr. nota 22), 245.

⁽⁴²⁾ Oltre S. BERLINGÒ (cfr. nota 5) e H. PREE (cfr. nota 6), vedi anzi tutto: R. POTZ, *Die Geltung kirchenrechtlicher Normen. Prolegomena zu einer kritisch-hermeneutischen Theorie des Kirchenrechts*, Wien 1978; H. SOCHA, *Begründung kirchenrechtlicher Normen*, Trierer Theol, Zeitschrift 90 (1982) 131-153; F. POTOTSCHNIG, *Zur Wandelbar-*

concetti presentati rivela la dipendenza dalle premesse iniziali (per esempio teologiche o teoretiche-giuridiche), soprattutto dal concetto di diritto usato oppure dalla «opinione sul concetto del diritto».

Pare che esista il consenso per quanto riguarda (contenuto nella Rivelazione) «il sostrato della verità» di carattere dinamico⁽⁴³⁾, allora avente un contenuto determinato e dato come compito per essere tramandato e concretizzato come giuridico o almeno anche come giuridico. Chiamare questi contenuti giuridici o (solo) potenzialmente giuridici, dipende dalla comprensione del diritto, ma dal punto di vista del loro vigore questo pare di non avere un grande importanza, perché la loro conoscenza obbliga alla concretizzazione.

C'è anche il consenso che la loro storica concretizzazione — nelle istituzioni o nelle regole di comportamento — («la ricezione concretizzante»)⁽⁴⁴⁾ si effettua tramite la Chiesa, ciò vuol dire che non è priva delle condizioni storiche. La concretizzazione dipende dal riconoscimento della Rivelazione, tramandato nella tradizione, ma anche dipende molto dalle necessità storiche e questo non dipende dalla casualità. Il diritto divino non è presente nel diritto ecclesiale sotto la forma delle frasi isolate, ma «appartiene» al sistema. In questa «operativa» concretizzazione consiste il senso della («giuridica») promulgazione del diritto divino, il quale è «adattato» ad essa e deve essere messo in atto. (Senza questo non avrebbe senso la stessa parola «diritto», il senso di questa parola consiste nell'applicarlo e nell'osservarlo).

Perciò oltre le frasi giuridiche delle quali la Chiesa è convinta che con fedeltà e «direttamente» esprimono la volontà del Signore, anche se nel modo e per mezzo della lingua umana, esistono anche conclusioni normative che vengono considerate la loro conseguenza necessaria oppure la loro espressione ottimale, e anche tali che *hic et nunc* vengono considerate indispensabili proprio per la fedeltà al diritto divino⁽⁴⁵⁾. Dichiarati come soluzione di problemi concreti e

keit des unwandelbaren Göttlichen Rechts, in *Im Dienst von Kirche und Staat. In memoriam C. Holböck*, hrsg. F. POTOTSCHNIG, A. RINNERTHALER, Wien 1985, 387-401.

(43) H. PREE, *Zur Wandelbarkeit* (cfr. nota 6) 123.

(44) R. POTZ, *Die Geltung* (cfr. nota 42), 152.

(45) «Perciò, oltre a contenere gli elementi fondamentali della struttura gerarchica e organica della Chiesa quali furono stabiliti dal suo Divin Fondatore oppure radicati nella tradizione apostolica, o in ogni casa antichissima, ed oltre alle principali norme concernenti l'esercizio del triplice ufficio affidato alla stessa Chiesa, il Codice deve de-

come risposte alle domande correnti, queste proposizioni concretizzate sono caratterizzate dalle condizioni, sono circondate da quello che risultava dalla necessità diretta e succede che sia causali. Le proposizioni promulgate del diritto divino rimangono allora a prossimità differente dalla Rivelazione, ma perché si riferiscono alla verità, bisogna riferire ad esse l'insegnamento del Concilio «che esiste un ordine o <gerarchia> nella verità»⁽⁴⁶⁾ riunita attorno alla Rivelazione compiuta in Gesù. Il principio dell'«ordine delle verità» serve come strumento d'interpretazione, utile per differenziare tra i contenuti impegnativi per quanto riguarda la Rivelazione quello che è «soltanto» fondato e giusto. Questa «differenza della prossimità» riguarda sia le frasi che esprimono il diritto divino che anche le frasi che né sotto l'aspetto del contenuto né formalmente, né chiaramente né implicitamente non si riferiscono ad esso. Già nella Chiesa antica si notava che «con il solo diritto divino non si può fare la Chiesa»⁽⁴⁷⁾. Da questo risulta il diritto statuito dalla Chiesa («ius mere ecclesiale») che per quanto riguarda il suo contenuto e la sua forza impegnativa viene giustificato non con la verità rivelata, ma con la missione affidata alla Chiesa da Gesù che esprime e limita il suo diritto.

5. *L'immutabilità e la storicità.*

Il diritto ecclesiale, anche le frasi, istituzioni, le norme del diritto divino, è un fenomeno storico — non come la «necessità del destino» o la sua inevitabile mancanza⁽⁴⁸⁾, ma come un fatto «positivo» il quale deve essere percepito alla luce del «Mistero di Cristo, il quale compenetra tutta la storia del genere umano ed agisce continuamente nella Chiesa»⁽⁴⁹⁾. Questa storicità non significa che il diritto divino è soggetto alla storia, cede davanti alla pressione dei fatti e si adatta alla situazione, ma significa che esso — proprio per-

finire anche alcune regole e norme di comportamento» - Giovanni Paolo II, const. *Sacrae disciplinae leges*.

⁽⁴⁶⁾ UR 11.

⁽⁴⁷⁾ A. HOLLERBACH, *Göttliches* (cfr. nota 1), 227.

⁽⁴⁸⁾ «Diese geschichtliche Dimension des ius divinum bedeutet weder einen angeborenen Mangel noch einfachhin ständigen Fortschritt, sondern vielmehr Aufgabe der Kirche» - W. AYMANS, *Kanonisches Recht* (cfr. nota 40), 36.

⁽⁴⁹⁾ OT 14.

ché diritto — «vige nella storia», è un diritto per l'umanità nel tempo e nello spazio, nelle sue situazioni instabili e vicende della sorte⁽⁵⁰⁾. Il diritto divino è «per sempre». È realizzato concretamente (la premessa minore del sillogismo giuridico), ma non si esaurisce nelle situazioni concrete (la premessa maggiore). Rimanendo allo schema del sillogismo giuridico (ciò non vuol dire che limitiamo l'applicazione delle norme alla semplice operazione logica): la premessa maggiore non è un guscio di parole che copre il diritto divino, ma l'articolazione delle sue pretese indirizzata alla loro realizzazione storica. Il diritto «formato» è sempre una «parte del diritto», una costruzione utile e necessaria per la progressiva concretizzazione del diritto divino, che va oltre tutte le de-finizioni⁽⁵¹⁾. Si esprime una cosa evidente dicendo che nella Chiesa non esiste neanche una frase che nella sua formulazione sarebbe immutabile, ogni frase è frase umana. La mutabilità delle frasi non significa la mutabilità del contenuto: lo stesso contenuto può essere formulato meglio, in modo più comunicativo, più generale o più dettagliato, può essere messo nel contesto in modo più astratto o più concreto⁽⁵²⁾. Per di più, il dovere della Chiesa è la cura della «ottimale» formulazione delle norme, soprattutto di quelle che esprimono il diritto divino⁽⁵³⁾. Anche se il loro contenuto è determinato direttamente o indirettamente dalla verità rivelata,

(50) «... vengono sempre a confrontarsi, da una parte, le supreme esigenze della legge di Dio, impretebibile ed immutabile, confermata e perfezionata dalla Rivelazione cristiana e dall'altra, le mutevoli condizioni dell'umanità, le sue più acute debolezze. Non si tratta evidentemente di adattare la norma divina o addirittura di piegarla al capriccio dell'uomo, poiché ciò significherebbe la negazione stessa di quella e la degradazione di questo: si tratta piuttosto di comprendere l'uomo d'oggi, di metterlo a giusto confronto con le inderogabili esigenze della legge divina, di indicargli il modo a lui più consentaneo di adeguarvisi» - Giovanni Paolo II, alloc. 23.1.1992 (AAS 85 (1993) 141).

(51) R. BERTOLINO, *Sensus fidei* (cfr. nota 31), 37.

(52) Cfr. p. es. c.218 § 1 CIC/1917 e c.331 CIC/1983.

(53) «Procul dubio requirenda et reperienda est normarum moralium universalium stabiliumque formula quae magis congruat variis culturae speciebus, quaeque aptissima sit ad earum vim historicam continuo significandam, ad earum veritatem aperendam et authentice interpretandam. Haec legis moralis veritas aequae ac <fidei depositi> per saecula explicatur: normae autem quae eandem expriment permanent in seipsis eadem, sed sunt definiendae et terminandae a <eodem sensu eademque sententia> ad historica rerum adiuncta ab Ecclesiae Magisterio, cuius iudicium antecedunt et comitantur studium legendi et concipiendi proprium rationis fidelium atque theolo-

anche in questo caso stiamo di fronte «all'arte della legislazione» (*ars leges ferendi*). La Chiesa è obbligata a promulgare il diritto divino, ma facendolo tramite il suo potere legislativo prende in considerazione le premesse reali e ideali, che guidano l'attività legislativa. Anche promulgando il diritto divino, esprimendolo al corrente, traducendolo e concretizzandolo, la Chiesa rimane nel vivo contatto con la cultura giuridica, approfittando delle tecniche della legislazione, dei concetti e dei metodi di comunicazione⁽⁵⁴⁾. Non si possono però dimenticare le limitazioni e imperfezioni della cultura giuridica, in conseguenza anche non solo della lingua ma anche dei mezzi che si possono utilizzare⁽⁵⁵⁾. L'apertura deve essere accompagnata dal criticismo. La preoccupazione per l'efficacia delle norme non inizia con la loro promulgazione, ma accompagna già la loro formulazione.

L'immutabilità non può toccare la formulazione cioè «l'elaborazione» giuridica del diritto divino, ma il contenuto cioè il sostrato materiale del promulgato diritto divino. Bisogna conoscere la verità che costituisce il nucleo del diritto divino; dopo averla conosciuta, perseverare in essa e metterla in pratica. La conoscenza corrente non è mai ultima, ma la verità che dura e viene approfondita nella Chiesa, viene sempre esplicitata nelle nuove situazioni. Questa dinamica della conoscenza riguarda sia la verità stessa che il suo attuale significato ed esigenze e anche la necessità della sua concretizzazione giuridica. Tale conoscenza è un processo continuo, dalla verità riconosciuta non c'è ritiro, ma esiste la possibilità di approfondirla (mantenendo la continuità in merito) e ancora di più risorgono le domande della necessità della sua concretizzazione giuridica. Di ciò ci sono delle determinazioni che come determinazioni giuridiche hanno carattere dichiarativo e delle determinazioni che come determinazioni giuridiche hanno carattere costitutivo. Le prime sono irrevocabili per quanto riguarda il contenuto dichiarato e l'essenza della pretesa giuridica, si motivano — e richiedono di essere moti-

gicæ inquisitionis» - Joannes Paulus II, Enc. Veritatis splendor, n. 53. (AAS 85 (1993) 1177).

⁽⁵⁴⁾ Lo sfruttamento degli aggiungimenti della cultura giuridica per la concretizzazione del diritto divino non deve essere concepito come un processo a senso unico. Il diritto divino è — come elemento del diritto canonico — presente nella cultura giuridica, verso la quale la Chiesa prende un'attitudine creativa.

⁽⁵⁵⁾ P.J. VILADRICH, *El ius divinum* (cfr. nota 8), 52 ss.

vati — con la verità rivelata, il loro contenuto dichiarato appartiene al «deposito della fede». Sono non solo irrevocabili, ma anche immutabili per quanto riguarda la loro essenza, il loro cambiamento può avere solo il carattere accidentale, analogicamente allo sviluppo dei dogmi⁽⁵⁶⁾. Le altre sono nate in seguito alla trasmissione della verità rivelata nel diritto, fatta secondo le regole dell'evangelizzazione, poiché la Chiesa «fin dagli inizi della sua storia, imparò ad esprimere il messaggio di Cristo ricorrendo ai concetti e alle lingue dei diversi popoli»⁽⁵⁷⁾. Esse sono una «risultante» («funzione») della verità sulla Chiesa — sulla sua costituzione, sue strutture e su questo che decide della sua identità come segno della salvezza⁽⁵⁸⁾. Soprattutto in queste frasi del diritto divino si vede l'influsso «di elementi contingenti ed evolutivi, storici, culturali, geografici, politici»⁽⁵⁹⁾. Questa trasformazione avviene sotto l'influsso e grazie allo sviluppo della vita sociale umana, non come se mancasse qualcosa nella costituzione datale da Cristo, «ma per approfondirla, per meglio esprimerla e per adattarla più felicemente ai nostri tempi»⁽⁶⁰⁾. Dato la loro relazione genetica con la verità rivelata, il diritto costituito in questa maniera si considera il diritto divino, ma immutabile è solo la verità che lo definisce e non le leggi statuite pur riguardo ad essa⁽⁶¹⁾.

(56) «Crescat igitur et multum vehementerque proficiat (...) aetatum ac saeculorum gradibus, intelligentia, scientia, sapientia: sed in suo dumtaxat genere, in eodem scilicet dogmate, eodem sensu, eademque sententia» - Conc. Vat. I, Constitutio dogm. de fide catholica, c. 4 (COD 809).

(57) GS 44-2.

(58) Cfr. LG 1 12.

(59) «Distinguimus etiam inter essentialem Ecclesiae structuram eiusque definitam et mutabilem formam (vel eius organizationem). Structura essentialis complectitur omnia quae in Ecclesia ex eius a Deo institutione (iure divino), mediante eius a Iesu Christo fundatione et Spiritus Sancti dono, proveniunt. Ipsa structura nonnisi unica et durabilis esse potest. Attamen, ista essentialis et permanens structura semper aliquam definitam formam atque organizationem (iure ecclesiastico) induit, ex contingentibus et mutabilibus, sive historicis vel culturalibus, sive geographicis vel ad rem publicam spectantibus, elementis constitutam. Ex hoc sequitur quod definita Ecclesiae forma mutationibus subiecta est; in ipsa apparent legitimae et etiam necessariae differentiae. Tamen, institutionum diversitas ad structurae unitatem refertur» - Commissio Theologica Internationalis, *Themata selecta de Ecclesiology...*, 5, 1, Libreria Editrice Vaticana 1985, 90.

(60) GS 44,3.

(61) Per esempio c. 113 § 1.

Osservazioni finali.

La mia esposizione riguardava il fatto che il diritto ecclesiale è composto da elementi immutabili e mutabili, divini e umani (ho cercato di trattare letteralmente questo argomento). Mi sono trattenuto dalla — anche illustrativa — indicazione dell'istituzione oppure delle norme storiche o immutabili, non ho classificato le norme secondo gli schemi (per esempio dichiarative o costitutive o altri usati nella letteratura).

Sarei ingenuo, anche peggio: presenterei una misera teologia se cercassi di risolvere il problema. Quando parliamo della Chiesa dobbiamo ricordare che si tratta di un mistero: *mysterium Ecclesiae*. C'è chi sostiene che la Chiesa è composta dal mistero e dall'elemento visibile, ma non è così. Il mistero costituisce il fatto di cui l'elemento visibile è il segno e l'espressione della grazia, il mistero consiste nell'incorporazione sociale della grazia. L'elemento visibile insieme con il suo diritto deve essere percepito entro il mistero; questo non vuol dire che il diritto ecclesiale è un mistero, il mistero è Dio, il Suo piano di salvezza, la Sua presenza nella Chiesa, ma il diritto costituisce le istituzioni con le funzioni definite e le norme come regolatrici dei comportamenti. Al diritto ecclesiale, e anche al diritto divino, si riferisce il postulato di esprimersi « usando le idee e le lingue dei popoli », ciò vuol dire che il diritto ecclesiale rimane in comunicazione sincronicamente e diacronicamente con diverse culture giuridiche. In questa comunicazione il diritto divino non può perdere il suo *proprium*, ma deve esprimerlo. In questo si deve scorgere la tensione tra la storicità e l'immutabilità.

Questa tensione tocca non solo il diritto ecclesiale, ma nel diritto canonico — dato il posto che in esso prende il diritto divino — si manifesta in modo particolarmente forte. Allo stesso tempo si apre la prospettiva di affrontare questa tensione, definita dalla fede. Non si tratta soltanto dell'importanza della fede nei processi legislativi⁽⁶²⁾, ma delle categorie intellettuali, da essa determinate. La fede non solo fa considerare Gesù Cristo come uno da cui proviene il *ius divinum*, ma anche protegge dal considerare questo diritto in modo statico e

(62) E. CORECCO, « *Ordinatio rationis* » oder « *ordinatio fidei* »? *Anmerkungen zur Definition des kanonischen Gesetzes*, Intern. kath. Zeitschrift *Communio* 6 (1977) 481-495.

positivistico. Oltre a capire la legge ecclesiale come *ordinatio fidei* e *ordinatio caritatis* — prendendo ovviamente in considerazione i processi di trasformazione e concretizzazione⁽⁶³⁾ — bisogna anche ricordare l'«*ordinatio spei*»⁽⁶⁴⁾. La Chiesa crede di rimanere fedele alla — interpretata e permanentemente affidata alla concretizzazione — volontà del Salvatore, e spera che il diritto divino, «continuum assoluto» sarà conservato attivamente «nella discontinuità dell'interpretazione umana»⁽⁶⁵⁾. Questo non viene negato dal fatto che il riconoscimento di un diritto statuito dalla Chiesa come se esso risultasse dal diritto divino qualche volta si è dimostrato infondato, o che sono finite le ragioni giustificanti la sua costituzione, né dal fatto che per un lungo periodo di tempo non si capivano le esigenze del diritto divino o le ragioni per costituirlo. Anzi, in questo coraggio bisogna vedere la manifestazione della fedeltà, non verbale, ma fiduciosa e attivamente documentata nel tempo e nello spazio. All'importanza, ruolo e dignità del diritto divino non corrisponderebbero né l'inclinazione a una prematura considerazione del diritto come diritto divino né l'atteggiamento riduttivo che vede nelle frasi del diritto divino soprattutto le condizioni storiche minimizzanti la verità che contengono o riguardano. Lo sviluppo di ogni diritto avviene in una continuità, continuità e discontinuità sono gli attributi del diritto. Il suo rinnovamento (anche quando sembra di avere il carattere rivoluzionario) avviene sempre in continuità⁽⁶⁶⁾. Prima si sottolineava — soprattutto nel diritto ecclesiale — la sua monumentalità. Mentre nella promulgazione del CIC/1917 dominava la convinzione della sua stabilità e si mostravano riserve (ma non l'esclusione) riguardo futuri cambiamenti⁽⁶⁷⁾, nella prefazione al presente codice leggiamo: «Che se, per accelerate trasformazioni dell'odierna società umana, alcune norme già nel periodo della codificazione risultarono meno perfette e avranno in seguito bisogno di revisione, la Chiesa gode

(63) Su strutturali legami tra carità e diritto cfr. W. PANNENBERG, *Christliche Rechtsbegründung*, in *Handbuch der christlichen Ethik*, hrsg. A. HERTZ, W. KORFF, T. RENDTORFF, H. RINGELING, Freiburg-Basel-Wien-Gütersloh 1979², II, 323-338; spec. 332-338. Cfr. anche S. BERLINGÒ, *Giustizia e carità nell'economia della Chiesa. Contributi per una teoria generale del diritto canonico*, Torino 1991.

(64) R. BERTOLINO, *Sensus fidei* (cfr. nota 31) 43.

(65) P.A. BONNET, «*Continuità*» (cfr. nota 8) 37.

(66) R. BACCARI, *La continuità* (cfr. nota 8).

(67) BENEDICTUS XV, m.p. Cum iuris canonici de die 15.11.1917.

di tanta ricchezza di forze che, non diversamente dai tempi passati, è in grado di riprendere la via del rinnovamento delle leggi della sua vita». Questo rinnovamento non riguarda Dio né la sua volontà salvatrice; perché la Chiesa predica il diritto divino non per Dio ma per la gente⁽⁶⁸⁾, la regola «di fedeltà nella novità e di novità nella fedeltà»⁽⁶⁹⁾ concerne anche questa predicazione. Senza questa fedeltà — basata soprattutto sul senso della fede, suscitato e sorretto dallo Spirito — la Chiesa perderebbe la sua identità, ma noi crediamo che la mantiene e la manterrà. Tra la pasqua e la parusia, allora nel tempo, del quale il centro, pienezza e principio ordinativo è Gesù Cristo, la fedeltà è l'aggiornamento cioè il rendere la Chiesa «odierna»⁽⁷⁰⁾ come il fermento di questo mondo⁽⁷¹⁾. Perciò «il rinnovamento è per la Chiesa un'esigenza continua, richiesto com'è <dalla perenne "riforma" cui è tenuta la comunità ecclesiale per mantenersi fedele alla sua divina origine e missione> e, anche, <dalla necessità di tener conto delle mutevoli circostanze sociali e culturali> in cui la Chiesa opera»⁽⁷²⁾.

In questo consistono anche i compiti della Chiesa verso il diritto divino che, nello stesso tempo, sono i compiti provenienti dal diritto divino. Questi sono i compiti che la Chiesa ha verso gli uomini e per gli uomini. «Hominum causa omne ius constitutum est», aggiungiamo anche lo *ius divinum*.

(68) P.J. VILADRICH, *El «ius divinum»* (cfr. nota 8) 47.

(69) JOANNES PAULUS II, const. *Sacrae disciplinae leges*.

(70) W. BEINERT, *Geschichte/Geschichtlichkeit* (cfr. nota 22), 179.

(71) Cfr. GS 40, 2.

(72) R. BERTOLINO, *Il nuovo diritto ecclesiale tra coscienza dell'uomo e istituzione. Saggi di diritto costituzionale canonico*, Torino 1989, 17.

Pagina bianca

II. Altri studi.

Pagina bianca

GEORG GÄNSWEIN

BAPTISMO HOMO ECCLESIAE CHRISTI INCORPORATUR

ZUR REZEPTION UND INTERPRETATION DER
RECHTLICHEN BESTIMMUNGEN ÜBER DIE
KIRCHENZUGEHÖRIGKEIT
IM CODEX IURIS CANONICI VON 1983 (*)

I. Fragestellung. — II. Die Rezeption der konzilaren Aussagen über die Kirchengliedschaft im Projekt der «Lex Ecclesiae Fundamentalis». — III. Die Rezeption der Aussagen über die Kirchengliedschaft in den Schemata Codicis Iuris Canonici. — 1. Das «Schema Codicis Iuris Canonici 1980». — 2. Die Übertragung der Gliedschaftsnormen aus dem SchemaLEF/1980 in das «Schema novissimum von 1982». — 3. Die Gliedschaftsnormen im «Schema novissimum». — 4. Letzte Überarbeitungen am Schema CIC/1982. — IV. Die Rezeption der gesetzlichen Bestimmungen über die Kirchengliedschaft in den CIC. — V. Interpretation der kodikarischen Gliedschaftsnormen. — 1. Die Grundnorm des c. 96. a) Zur gesetzessystematischen Einordnung. b) Die Grundaussage über die Kirchengliedschaft. — 2. Die Interpretation des c. 204 CIC. a) Der «christifidelis» als Träger der kirchlichen Sendung (c. 204 § 1). b) Institutionelle Verwirklichung der Kirche Jesu Christi in der katholischen Kirche (c. 204 § 2). — 3. Vollberechtigte Zugehörigkeit zur katholischen Kirche (c. 205). a) Die Bedeutung des Wortes «plene». b) Die Nichtaufnahme der Wendung «Spiritus Christi habentes» in c. 205. — 4. «Sonderbeziehung» zu den Katechumenen (c. 206). — VI. Kritische Würdigung.

I. Fragestellung.

Die grundlegenden Bestimmungen des Codex Iuris Canonici von 1983 über die Kirchengliedschaft finden sich in den Canones

(*) Die Darstellung stützt sich auf die Doktordissertation des Verfassers am Kanonistischen Institut der Ludwig-Maximilians-Universität München (Wintersemester 1993/94), die erschienen ist unter dem Titel *Kirchengliedschaft - Vom Zweiten Vatikanischen Konzil zum Codex Iuris Canonici*. Die Rezeption der konzilaren Aussagen über die Kirchengliedschaft in das nachkonziliare Gesetzbuch der Lateinischen Kirche. St. Ottilien 1995 (= Münchener Theologische Studien, III. Kanonistische Abteilung, 47).

96, 204, 205 und 206. Sie lassen sich nicht leicht miteinander in Einklang bringen und bereiten der Interpretation Schwierigkeiten. Gemäß c. 96 erfolgt die Eingliederung eines Menschen in die Kirche Jesu Christi durch die sakramentale Taufe. Aus dieser Bestimmung ist zu schließen, daß die unwiderrufliche sakramentale Eingliederung in die Kirche weder auf der Ebene einer Teilkirche, eines Teilkirchenverbandes, einer Rituskirche noch auf jener der Gesamtkirche stattfindet, sondern man wird eingegliedert in die Kirche Jesu Christi. Im Hinblick auf die katholischen Christen kommt allerdings hinzu, daß sie durch die in ihrer Kirche empfangene Taufe nicht nur der einen Kirche Jesu Christi unwiderruflich eingegliedert werden, sondern zugleich für den konkreten Vollzug ihrer kirchlichen Existenz in einer bestimmten Teilkirche und damit wiederum einem Teilkirchenverband, namentlich aber in einer konkreten Rituskirche ihre kirchliche Existenz finden. Demzufolge bestimmen die Intention, der Ort der Taufe und der Ritus die rechtliche Zugehörigkeit des Getauften zu einer konkreten Teilkirche, zu einer bestimmten Rituskirche oder zu einer Konfession⁽¹⁾. Während die Eingliederung in die Kirche Christi, da sakramental, unauflösbar ist, kann sich die Zugehörigkeit unter rechtlicher Perspektive ändern, und zwar aufgrund eines Wechsels des Wohnsitzes oder Nebenwohnsitzes⁽²⁾, des Ritus und der Konfession. Hinsichtlich der Zugehörigkeit zur «plena communio» heißt das für den katholischen Christen, daß er durch den Empfang der Taufe zugleich rechtlich beheimatet wird in einer bestimmten Rituskirche⁽³⁾, einem bestimmten Teilkirchenverband⁽⁴⁾, einer bestimmten Teilkirche⁽⁵⁾, in der Regel auch in einer bestimmten Pfarrei⁽⁶⁾.

Im Hinblick auf das Taufgeschehen werden in c. 849 eine Reihe von theologischen Elementen aufgenommen und wird gesagt, daß

⁽¹⁾ Vgl. E. CORECCO, *Taufe*, in *Ecclesia a Sacramentis. Theologische Erwägungen zum Sakramentenrecht*. Hrsg. von Reinhild Ahlers, Libero Gerosa, Ludger Müller. Paderborn 1992, 27-36, hier 27.

⁽²⁾ Zu den Rechtsfolgen hinsichtlich der Wohnsitzregelung vgl. M. WALSER, *Die Bedeutung des Wohnsitzes im kanonischen Recht*. Eine Untersuchung zu cc. 100-107 CIC. St. Ottilien 1993 (= Dissertationen, Kanonistische Reihe 9), 62-125.

⁽³⁾ Vgl. cc. 111, 112.

⁽⁴⁾ Vgl. cc. 431, 433 § 1, 447.

⁽⁵⁾ Vgl. cc. 102, 105, 107 §§ 1 und 2, 368-373.

⁽⁶⁾ Vgl. etwa cc. 102, 105, 107, 374, 515-518.

die Taufe den Menschen von der Sünde befreit, ihn als Kind Gottes neu schafft, der Person Christi gleichgestaltet durch das unteilbare Prägemaß des Sakramentes und in seine Kirche eingliedert. Eine erste grundlegende sakramental-rechtliche Implikation dieser kodikarischen Aussagen ist, daß der Empfang des Taufsakramentes das Merkmal ist zur Unterscheidung auch zwischen der Gestalt einer christlichen «Weltanschauung»⁽⁷⁾ und der Gestalt der «Kirchlichkeit»⁽⁸⁾. Die rechtliche Bedeutung der Taufe verwirklicht sich konkret in dem Faktum, daß der menschlichen Person eine neue Rechtspersönlichkeit verliehen wird, wodurch sie zum Träger von Pflichten und Rechten wird. Canon 96 - der überkommenen Logik des can. 87 CIC/1917 folgend⁽⁹⁾, ist diese Norm rechtssystematisch nunmehr am Anfang der Gesetze über die physischen und juristischen Personen im Buch I (De normis generalibus) eingeordnet - verwendet in diesem Zusammenhang den Begriff «persona», der im gesamten Buch I begegnet, um im römisch-rechtlichen Sinn die Rechtssubjektivität der natürlichen Person zu beschreiben⁽¹⁰⁾. Die beiden Bedeutungen von «Person» aber sind nicht völlig deckungsgleich, weil die Rechtspersönlichkeit, die dem Gläubigen in der Taufe verliehen wird, nicht natürlich, sondern gnadenhaft-übernatürlich ist⁽¹¹⁾.

(7) Dies ist z. B. den Sekten eigen, die sich ausschließlich auf den Glauben an Christus durch das Wort gründen - unter Ausschluß der gültig gespendeten Taufe und der anderen Sakramente.

(8) Vgl. E. CORECCO, *Taufe*, 28.

(9) Der CIC/1917 hatte das II. Buch mit «De Personis» (cann. 87-725) überschrieben - unter dieser Überschrift war praktisch das gesamte Verfassungsrecht der Kirche zusammengefaßt - und mit den Bestimmungen über die Person als Rechtssubjekt eingeleitet (cann. 87-107). Zur gesetzssystematischen Einordnung der cann. 87-106 CIC/1917 vgl. die kritischen Ausführungen bei H. SCHMITZ, *Die Gesetzssystematik des Codex Iuris Canonici Liber I-III*. München 1963 (= Münchener Theologische Studien, III Kanonistische Abteilung, 47), 49-60.

(10) Darauf weist zu Recht hin E. CORECCO, *Taufe*, 31. Zuvor schon *ders.*, Aspekte der Rezeption des Vaticanum II im neuen Codex Iuris Canonici. In: Die Rezeption des Zweiten Vatikanischen Konzils. Hrsg. von Hermann J. Pottmeyer, Giuseppe Alberigo, Jean-Pierre Jossua. Düsseldorf 1986, 313-368, hier 317-318.

(11) Während nach weltlichem Recht die physische Person im Rechtssinne und der Mensch in seiner natürlichen Existenz identisch sind (natürliche Person), ist der Begriff der physischen Person nach kanonischem Recht nicht schon auf jedweden Menschen (natürliche Person) anwendbar; hier dient die Bezeichnung allein zur Unterscheidung des getauften Menschen als Rechtssubjekt von idealen kanonischen Rechtssubjekten, insbesondere von der sog. juristischen Person. Vgl. AYMANS-MÖRSDORF, *Kanonisches Recht*.

Das *kanonische* Personsein erwächst nämlich weder aus natürlicher Abstammung von christlichen Eltern noch aus dem Beitrittswillen eines Menschen noch aus einem bloß zuordnenden Rechtsakt, sondern aus einem sakramental-rechtlichen Geschehen⁽¹²⁾. Als Person des kanonischen Rechts sind alle Getauften Glieder der Kirche Jesu Christi. Sie sind in rechtlicher Hinsicht somit potentielle und tatsächliche Träger von kanonischen Rechten und Pflichten, allerdings in unterschiedlichem Umfang. Hinsichtlich der kirchlichen Rechtsstellung nimmt c. 96 verschiedene wichtige Differenzierungen vor. Inwieweit durch die Taufe zugleich auch die Zugehörigkeit zur katholischen Kirche begründet ist, hängt von der Erfüllung weiterer Bedingungen ab, wie sie in den cc. 204-206 näher geregelt sind. Gerade die ersten beiden Bestimmungen (cc. 204 und 205), die unter der Überschrift «De christifidelibus»⁽¹³⁾ die Pars prima des Liber II (De Populo Dei) eröffnen, bereiten der Auslegung Schwierigkeiten. Vergleicht man c. 204 § 1 mit den Aussagen von c. 204 § 2, so fällt auf, daß sie nicht zueinander passen. Aus den Einleitungsworten des c. 204 § 2 ist zu schließen, daß § 1 als eine allgemeine Aussage im Hinblick auf die Kirche Jesu Christi zu verstehen ist. Demzufolge ist c. 204 § 1 eine begriffliche Umschreibung des Menschen, der in die Kirche Jesu Christi eingegliedert ist; er wird an dieser Stelle «christifidelis» genannt. Das Problem besteht nun darin, daß unklar ist, wer unter «christifidelis» zu verstehen ist. Verwendet das Gesetzbuch den Begriff «christifidelis» ausschließlich für den Gläubigen, der der *katholischen* Kirche angehört, oder ist das nicht der Fall? In verfassungsrechtlicher Hinsicht bedient sich der CIC für *alle* Glieder der Kirche Jesu Christi in der Regel der rechtssprachlich weiteren

Lehrbuch aufgrund des Codex Iuris Canonici. Begründet von Eduard Eichmann, fortgeführt von Klaus Mörsdorf, neu bearbeitet von Winfried Aymans. Band I. Einleitende Grundfragen und Allgemeine Normen. 13., völlig neu bearb. Aufl. Paderborn, München, Wien, Zürich 1991, 290.

⁽¹²⁾ *Ebd.*, 290.

⁽¹³⁾ In dieser Überschrift ist eine Abkehr des Gesetzgebers von der für den CIC/1917 angewendeten Kategorie «De Personis» zu erkennen. In rechtlicher Hinsicht folgt daraus ein Abgehen von einer allzu individualistisch geprägten Normierung zu einer Kategorie, die den gemeinschaftlichen Charakter betont. Eine wesentliche kanonistische Folge dieser veränderten Sichtweise ist der Identitätswechsel des Hauptsubjekts des Gesetzbuches, und zwar vom Kleriker zum Christgläubigen. Vgl. E. CORECCO, *Die kulturellen und ekklesiologischen Voraussetzungen des neuen Codex Iuris Canonici*: AfKR 152 (1983), 3-30, hier 14-18.

Begriffe « christianus »⁽¹⁴⁾ bzw. « baptizatus »⁽¹⁵⁾. Bedeutet das nun, daß der Begriff « christifidelis » in c. 204 § 1 unfachlich verwendet ist und an dieser Stelle den Christen schlechthin bezeichnet und daß das Wort « christifidelis » rechtssprachlich unsicher und damit einer gewissen Beliebigkeit in der Interpretation ausgesetzt ist?⁽¹⁶⁾

⁽¹⁴⁾ Einzelbelege bei X. OCHOA, *Index verborum ac locutionum Codicis iuris canonici. Editio secunda et completa*. Città del Vaticano 1984, 77. Vgl. z. B. cc. 96, 844 § 4, 1056.

⁽¹⁵⁾ Nachweis bei X. OCHOA, *Index verborum Codicis*, 55. Vgl. z. B. cc. 869 § 2, 883 n. 2, 1118 § 1, 1124, 1141, 1142, 1183 § 3. Den Begriffen baptizatus und christianus ist gemeinsam, daß sie in rechtssprachlicher Hinsicht jeweils die Getauften von den Untgetauften abgrenzen. Nach innen hin können beide Begriffe - je nach Kontext - alle Getauften in der Ecclesia Christi umfassen.

⁽¹⁶⁾ Es verwundert, daß die hier aufgezeigte Problematik in den einschlägigen Kommentaren und Beiträgen keine Erwähnung findet. Vgl. z. B. H.J.F. REINHARDT, *Kommentar zu cc. 204/1-205/2 CIC/1983*. In: Münsterischer Kommentar zum Codex Iuris Canonici unter besonderer Berücksichtigung der Rechtslage in Deutschland, Österreich und der Schweiz. Hrsg. von Klaus Lüdicke. Essen 1984 ff. Hier 6. Erg.-Lfg. Oktober/1987; M. KAISER, *Die rechtliche Grundstellung der Christgläubigen*. In: Handbuch des katholischen Kirchenrechts. Hrsg. von Joseph Listl, Hubert Müller, Heribert Schmitz. Regensburg 1983, 171-184; H. SCHWENDENWEIN, *Das neue Kirchenrecht. Gesamtdarstellung*, 2. verb. Aufl. Graz, Wien, Köln 1984, 123-127; P. KRÄMER, *Die Zugehörigkeit zur Kirche*. In: HdbKathKR, 162-171; N. RUF, *Das Recht der Katholischen Kirche nach dem neuen Codex Iuris Canonici für die Praxis erläutert*, 5. überarb. Aufl. Freiburg 1989, 70-72; E. KNEAL, *Kommentar zu c. 96 CIC/1983*. In: *The Code of Canon Law*. Commissioned by the Canon Law Society of America. Text and Commentary. Hrsg. von James A. Coriden, Thomas J. Green, Donald E. Heintschel. New York, Mahwah 1985, 70-71; J.H. PROVOST, *Kommentar zu cc. 204-206 CIC/1983*. In: *Code of Canon Law*, 122-130; L. CHIAPPETTA, *Il Codice di Diritto Canonico. Commento giuridico-pastorale*, I. Napoli 1988, 113-116, 265-269; G. DALLA TORRE, *Kommentar zu cc. 204-206 CIC/1983*. In: *Commento al Codice di Diritto Canonico*. Hrsg. von Pio Vito Pinto. Roma 1985, 109-112; ders., *Il Popolo di Dio*. In: *La nuova legislazione canonica. Corso sul Nuovo Codice di Diritto Canonico*, 14-25 febbraio 1983. Hrsg. von der Pontificia Università Urbaniana, Roma 1983 (= Studia Urbaniana, 19), 133-138; J.M. PIÑERO CARRIÓN, *La ley de la Iglesia. Instituciones canónicas*, I. Madrid 1985, 212-215, 331-337; R. SOBANSKI, «Persona» und «christifidelis» im CIC 1983. Rechtsanthropologische Erwägungen. In: Sein und Handeln in Christus. Perspektiven einer Gnadenmoral. Hrsg. von Karl-Heinz Kleber, Joachim Piegsa. St. Ottilien 1988 (=Moraltheologische Studien, Systematische Abteilung, 75), 87-99; A. DE FUENMAYOR, *Kommentar zu c. 96 CIC/1983*. In: *Código de Derecho Canónico*. Edición bilingüe y anotada. Hrsg. vom Instituto Martín de Azpilcueta. Quinta edición revisada y actualizada. Pamplona 1992, 110-111; T.I. JIMÉNEZ URRESTI, *Kommentar zu c. 96 CIC/1983*. In: *Código de Derecho Canónico*. Edición bilingüe comentada por los profesores de la Facultad de derecho canónico de la Universidad Pontificia de Salamanca. Hrsg. von Lamberto de Echeverría. 3. Aufl. Madrid

Daß ein für das ganze kirchliche Gesetzbuch so zentraler und ekklesiologisch wichtiger Grundbegriff wie «christifidelis» ausgerechnet an *der* Stelle, an der er seine rechtliche Umschreibung erfährt, einen weiteren Inhalt haben soll als sonst im Gesetzbuch, wäre unverständlich.

Im Hinblick auf c. 205 sind es zwei verschiedene Elemente, die der Auslegung Schwierigkeiten aufgeben. Zum einen geht es um den Sinn des Wortes «plene»: Ist der Wortlaut «plene in communionem Ecclesiae catholicae» so zu verstehen, daß damit die Gliedschaft in der katholischen Kirche schlechthin ausgesagt ist, oder reicht der Sinngehalt des «plene» weiter? Zum anderen geht es um die Bedeutung der Tatsache, daß die Wendung «*Spiritum Christi habentes*» (LG 14,2) in diese Norm nicht übernommen wurde⁽¹⁷⁾. Wie ist dieses Faktum zu bewerten?

Die Verständnisschwierigkeiten bezüglich der gesetzlichen Bestimmungen über die Kirchengliedschaft im Codex Iuris Canonici sind engstens verknüpft mit der Genese der einschlägigen rechtlichen Normen. Nur auf dem Hintergrund der Entstehungsgeschichte der

1986, 78-79; J. MANZANARES, *Kommentar zu cc. 204-206 CIC/1983*. In: *Código-Salamanca*, 135-136; J. NEUMANN, *Grundriß des katholischen Kirchenrechts*. Ergänzungsheft 1984. Darmstadt 1984, 2-4; K. WALF, *Einführung in das neue katholische Kirchenrecht*. Zürich, Einsiedeln, Köln 1984, 144-150; M. PETRONCELLI, *Diritto canonico*. Ottava edizione, aggiornata con il nuovo codice. Napoli 1983, 147-149; P. VALDRINI, *Les droits des personnes dans l'Église*. In: *Droit canonique*. Hrsg. von Patrick Valdrini, Jacques Vernay, Jean-Paul Durand, Olivier Échappé. Paris 1989, 27-33; J. FERRER ORTIZ, *Los sujetos del ordenamiento canónico*. In: *Manual de Derecho Canónico*. Hrsg. vom Instituto Martín de Azpilcueta. Universidad de Navarra, Facultad de Derecho Canónico. Pamplona 1988, 151-159; P.V. PINTO, *Kommentar zu c. 96 CIC/1983*. In: *Commento al Codice*, 59-60; J. HERVADA, *Kommentar zu cc. 204-206 CIC/1983*. In: *Código-Pamplona*, 168-171; H. HEIMERL, H. PREE, *Kirchenrecht. Allgemeine Normen und Eherecht*. Wien, New York 1983, 79-80; F.J. URRUTIA, *De normis generalibus. Adnotationes in codicem*. Liber I. Pontificia Universitas Gregoriana, Facultas Iuris Canonici. Romae 1983, 60-61; G. GHIRLANDA, *De christifidelibus*. In: PIERO ANTONIO BONNET, GIANFRANCO GHIRLANDA: *De Christifidelibus. De eorum iuribus, de laicis, de consociationibus*. Adnotationes in Codicem. Romae 1983, 3-8; G. DIQUATTRO, *Lo statuto giuridico dei «christifidelibus» nell'ordinamento di diritto canonico*: *Apollinaris* 59 (1986), 77-114; R. PUZA, *Katholisches Kirchenrecht*. 2. überarb. Aufl. Heidelberg 1993, 172-177.

(17) Zur Genese und Interpretation dieser Wendung vgl. G. GÄNSWEIN, *Kirchengliedschaft gemäß dem Zweiten Vatikanischen Konzil*. Zur Vorgeschichte, Erarbeitung und Interpretation der konziliaren Lehraussagen über die Zugehörigkeit zur Kirche. St. Ottilien 1996 (= Dissertationen, Kanonistische Reihe, 13), 44-98.

kodikarischen Aussagen über die Kirchengliedschaft ist deren richtiges Verständnis möglich. Dazu ist es erforderlich, die einzelnen Entwicklungsschritte der Reformarbeiten zu verfolgen, wie sie in den verschiedenen Textentwürfen greifbar sind und schließlich zum Zustandekommen der Gesetzesbestimmungen des CIC geführt haben. Die Gliedschaftsnormen können in ihrer Aussageabsicht nur dann richtig verstanden werden, wenn man sich ihres ursprünglichen Zusammenhanges in den entsprechenden Vorentwürfen vergegenwärtigt. Rechtlicher Anhalt zur Klärung der aufgezeigten Problematik ist zu suchen in den Auslegungsregeln des c. 6 § 2 sowie des c. 17⁽¹⁸⁾. Danach ist für die Auslegung der Canones in erster Linie Text und Kontext maßgeblich⁽¹⁹⁾; soweit jedoch altes Recht wiedergegeben wird, ist auch die kanonische Tradition zu berücksichtigen⁽²⁰⁾. Letzteres gilt ebenso, wenn ein aus einer älteren Quelle entnommener Text im kodikarischen Zusammenhang einen veränderten Sinn erhält. Eine Grenze scheint jedoch da gegeben, wo der kodikarische Zusammenhang nicht zu einem vernünftigen Ergebnis führt⁽²¹⁾. Dann ist auf die von c. 17 genannten weiteren Auslegungshilfen zurückzugreifen, also auf etwa vorhandene Parallelstellen, auf Zweck und Umstände des Gesetzes sowie auf die Absicht des Gesetzgebers⁽²²⁾.

II. Die Rezeption der konziliaren Aussagen über die Kirchengliedschaft im Projekt der «Lex Ecclesiae Fundamentalis».

Das Projekt einer «Lex Ecclesiae Fundamentalis» (LEF) spielt für die Rezeptionsgeschichte der konziliaren Aussagen über die Kirchenzugehörigkeit und ebenso für dessen richtiges Verständnis eine entscheidende Rolle⁽²³⁾. In diesem Unternehmen hatten vorrangig

⁽¹⁸⁾ Zu den Mitteln und Arten der Gesetzesauslegung vgl. G. MAY, A. EGLER, *Einführung in die kirchenrechtliche Methode*. Regensburg 1986, 195-210.

⁽¹⁹⁾ «Leges ecclesiasticae intellegendae sunt secundum propriam verborum significationem in textu et contextu consideratam; ...» (c. 17, 1. HS).

⁽²⁰⁾ «Canones huius Codicis, quatenus ius vetus referunt aestimandi sunt ratione etiam canonicae traditionis habita.» (c. 6 § 2).

⁽²¹⁾ Vgl. AYMANS-MÖRSDORF, *Kanonisches Recht I*, 120-123, 182-185.

⁽²²⁾ «... ad locos parallelos, si qui sint, ad legis finem ac circumstantias et ad mentem legislatoris est recurrendum.» (c. 17, 2. HS).

⁽²³⁾ Zu Chronologie und Arbeitsprinzipien grundsätzlich: *Communicationes* 1 (1969) 114-120. Zur Vorgeschichte und Entstehung der Lex Ecclesiae Fundamentalis

auch die konziliaren Aussagen über die Gliedschaft und die Zugehörigkeit zur Kirche ihren Platz⁽²⁴⁾. Der zeitliche Rahmen, in dem der endgültige Gesetzesentwurf der *Lex Ecclesiae Fundamental* entstanden ist, betrug knapp 15 Jahre. Insgesamt gingen der endgültigen Gesetzesvorlage des Jahres 1980 fünf Entwürfe voraus: Zwei bisher noch unveröffentlichte Vorentwürfe aus den Jahren 1966 und 1967 sowie die SchemataLEF von 1969⁽²⁵⁾, 1971⁽²⁶⁾ und 1976⁽²⁷⁾.

Nach den verschiedenen Vorentwürfen gelang es erst im fünften und vorletzten Gesetzesvorschlag aus dem Jahre 1976 mit Hilfe der *Communio*-Terminologie, die Gliedschaftsproblematik theologisch befriedigend zu erfassen und die Gesetzesmaterie aufgrund der ekklesiologischen Erkenntnisse gesetzgeberisch klar zu strukturieren. Mit diesem Entwurf lag nahezu die endgültige Gesetzesvorlage vor. Eine letzte Überarbeitung des Gesetzesentwurfes, die nur geringfügige inhaltliche und sprachliche Korrekturen brachte, führte schließlich zum SchemaLEF/1980⁽²⁸⁾. Damit war der end-

vgl. W. AYMANS, *Das Projekt einer Lex Ecclesiae Fundamental*. In: *Handbuch des Katholischen Kirchenrechts*. Hrsg. von Joseph Listl, Hubert Müller, Heribert Schmitz. Regensburg 1983, 65-71. Mit ausführlichen Belegen *ders.*, *Das Projekt einer Lex Ecclesiae Fundamental*. In: *Grundriß des nachkonziliaren Kirchenrechts*. Hrsg. von Joseph Listl, Hubert Müller, Heribert Schmitz. Regensburg 1980, 39-51, bes. 40-44. Ferner H. SCHMITZ, *Reform des kirchlichen Gesetzbuches Codex Iuris Canonici 1963-1978*. Trier 1979 (= *Canonistica*, 1), 45-53, 83-88. Zuletzt D. CENALMOR PALANCA, *La ley fundamental de la Iglesia. Historia y análisis de un proyecto legislativo*. Pamplona 1991, 21-109.

⁽²⁴⁾ Zum Verlauf der Reformarbeiten des kirchlichen Gesetzbuches bis zum Jahre 1978 vgl. H. SCHMITZ, *Reform des kirchlichen Gesetzbuches*, 7-93. Knapper Überblick über den gesamten Zeitraum der Reformarbeiten bis zur Promulgation 1983: H. SCHMITZ, *Der Codex Iuris Canonici von 1983*. In: *HdbKathKR*, 33-57; V. FAGIOLO, *Il Codice del postconcilio*. I, Introduzione. Roma 1984, 29-48. Eine chronologische und sachliche Synthese der gesamten kodikarischen Reformarbeiten haben zusammengestellt: J. FOX, G. CORBELLINI, *Synthesis generalis laboris Pontificiae Commissionis Codici Iuris Canonici Recognoscendo: Communicationes* 19 (1987) 262-308.

⁽²⁵⁾ *Pontificia Commissio Codici Iuris Canonici Recognoscendo*. Schema Legis Ecclesiae Fundamental cum Relatione (sub secreto). Città del Vaticano 1969.

⁽²⁶⁾ *Pontificia Commissio Codici Iuris Canonici Recognoscendo*. Schema Legis Ecclesiae Fundamental Textus emendatus cum Relatione de ipso schemate deque emendationibus receptis. Città del Vaticano 1971.

⁽²⁷⁾ Dieses Schema wurde nicht als Faszikel veröffentlicht. Aufgrund der fortlaufenden Berichte kann die Fassung dieses Entwurfes jedoch aus dem amtlichen Publikationsorgan erschlossen werden: *Communicationes* 6 (1974), 60-72; 8 (1976) 78-108; 9 (1977) 83-116; 274-303.

⁽²⁸⁾ Vgl. *Communicationes* 12 (1980) 25-47; 13 (1981) 44-110.

gültige Gesetzesentwurf einer *Lex Ecclesiae Fundamentalis* abgeschlossen.

Im Laufe der fortschreitenden Reformbemühungen wurde zugunsten einer rechtlich präziseren Erfassung der Gesetzesmaterie die bloße Übernahme konziliarer Formulierungen aufgegeben. Die Aufnahme der konziliaren *Communio-Ekklesiologie* und deren Aussagen über die Kirchengliederung ist in der LEF im Zuge der fortlaufenden Reformarbeiten immer besser gelungen. Im Schema-LEF/1976 wie in der endgültig vorliegenden, nicht promulgierten Gesetzesvorlage der *Lex Ecclesiae Fundamentalis* von 1980 ist die Umsetzung des konziliaren Kirchen- und Gliedschaftsverständnisses in rechtliche Normierungen in hohem Maße geglückt.

In zweierlei Hinsicht sind die Normen über die Kirchengliederung allerdings unvollständig geblieben. Zum einen fehlt eine gesetzliche Regelung über die Rituszugehörigkeit bzw. über die Zugehörigkeit zu einer *Ecclesia sui iuris*. Zum anderen ist versäumt worden, den nichtkatholischen Kirchen und kirchlichen Gemeinschaften - anders als es die konziliaren Aussagen in theologischer Hinsicht getan haben - auch rechtlich den richtigen Platz einzuräumen. Aus der Sicht des Konzils können die getrennten Kirchen und kirchlichen Gemeinschaften zwar wegen der bestehenden kirchentrennenden Fakten nicht den Anspruch erheben, Vollgestalt der Kirche Jesu Christi zu sein, doch weiß sich die katholische Kirche in dem Maße ihnen kirchlich verbunden, in dem diese kirchenbildende Elemente ihr eigen nennen. Durch die Weglassung ist man hinter dem eigentlichen ekklesiologischen Fortschritt, den die konziliaren Aussagen über die kanonistische Gliedschaftslehre hinaus erbrachte, zum Teil zurückgeblieben: Die durch die Taufe der einen Kirche Jesu Christi gnadenhaft und unwiderruflich eingegliederten, aber von der vollen Kirchengemeinschaft getrennten nichtkatholischen Christen werden nicht mehr nur als einzelne betrachtet und ausschließlich als solche, die von der aktiven Kirchengemeinschaft getrennt sind. Ebenfalls werden ihre Glaubensgemeinschaften nicht mehr allein unter dem Gesichtspunkt der Trennung gesehen.

Die Aufnahme der konziliaren Aussagen über die Kirchengliederung und deren Umsetzung in rechtliche Regelungen ist im endgültigen Entwurf der «*Lex Ecclesiae Fundamentalis*» (1980) beachtlich gelungen. Der Aufbau der einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen ist theologisch und rechtssystematisch klar gegliedert und zeigt folgende Struktur:

— can. 3: Anerkennung und Schutz der Menschenwürde durch die Kirche,

— can. 4: Allgemeine Berufung zur Kirche und Verpflichtung, diesem Ruf zu folgen,

— can. 5: Eingliederung in die Kirche Christi durch die sakramentale Taufe mit differenzierten Rechtsfolgen,

— can. 6: Bedingungen der vollberechtigten Zugehörigkeit in der katholischen Kirche,

— can. 7: Kirchenzugehörigkeit in den nichtkatholischen Kirchen und kirchlichen Gemeinschaften,

— can. 8: Stellung der Ungetauften (§ 1) und der Katechumenen (§§ 2, 3).

Ohne Angabe von Gründen entschied sich der höchste kirchliche Gesetzgeber, die *Lex Ecclesiae Fundamentalis* auf unbestimmte Zeit zurückzustellen. Damit verband sich die Notwendigkeit, die einschlägigen Normen über die Eingliederung in die Kirche und die Kirchenzugehörigkeit, wie sie in den Entwürfen der LEF entwickelt wurden, in den künftigen CIC einzufügen, um das Gesetzbuch der lateinischen Kirche nicht als Torso promulgieren zu müssen.

III. *Die Rezeption der Aussagen über die Kirchenzugehörigkeit in den Schemata Codicis Iuris Canonici.*

1. *Das «Schema Codicis Iuris Canonici 1980».*

Mit dem Fragenkomplex der Kirchengliedschaft beschäftigte sich nicht ausschließlich nur das Projekt der *Lex Ecclesiae Fundamentalis*. Auch bei der Erstellung der Schemata/CIC spielte dieser Problemkreis eine wichtige Rolle. Soweit die Vorarbeiten zu den Schemata Codicis Iuris Canonici von 1980 und 1982 und diese selbst erkennen lassen - und soweit die Ergebnisse der Vorarbeiten im amtlichen Publikationsorgan, den «*Communicationes*», veröffentlicht wurden -, sind Fragen der Kirchenzugehörigkeit auch in den Vorarbeiten zum Liber I «*De Normis Generalibus*» und zum Liber II «*De Populo Dei*» angesprochen und erörtert worden. In den eingesandten Stellungnahmen zum SchemaCIC/1980 finden sich hinsichtlich der Gliedschaftsproblematik zwei Eingaben, wovon eine zur definitiven Klärung des bisher ungeklärt gebliebenen Begriffes «*christifidelis*» führen sollte. Die erste Eingabe forderte, Pars I des Liber II mit «*De personis in genere*» zu überschreiben, nicht mit «*De*

christifidelibus», weil die Normen über die physischen und juristischen Personen (= cann. 96-120) zusammen mit den beiden einleitenden cann. 201 und 202 systematisch angemessener im Buch II einzuordnen wären⁽²⁹⁾. Mit Hinweis auf die bereits früher im Konsultorenkreis geführte Diskussion, lehnte das Sekretariat diesen Antrag ab. Es sei sowohl aus ekklesiologischen Gründen wie aus rechtstechnischen Erwägungen richtiger, die allgemeinen Normen über die Rechtsstellung und die Rechtshandlungen der physischen Personen im Liber I zu belassen; denn als allgemeine Normen betreffen sie das ganze Gesetzbuch⁽³⁰⁾. Die zur Klärung des Begriffes «christifidelis» führende zweite Eingabe geht auf einige Mitglieder der Codex-Reformkommission zurück. Darin wurde bemängelt, daß die Formulierung des can. 201 SchemaCIC/1980 das rechtlich Wesentliche im Hinblick auf die Taufe nicht richtig zum Ausdruck bringe. Die Aussage «christifideles sunt qui, utpote baptismo Christo incorporati, in populum Dei sunt constituti ...» scheine alle Getauften zu umfassen, auch jene, die nichtkatholischen Kirchen und kirchlichen Gemeinschaften angehörten. Der Text von can. 1 SchemaPopDei/1977 sei ebenso wie der Text von can. 6 SchemaLEF besser gewesen⁽³¹⁾. Das Sekretariat antwortete auf diesen Einwand mit dem Hinweis darauf, daß der Text so, wie er ist, bleiben könne, da das Geforderte in den cann. 5 und 6 der LEF enthalten sei, die nun in den Codex eingefügt werden müßten⁽³²⁾.

(29) «Ordo totius Libri II sit sequens: Pars I. "De personis in genere", quia normae "De personis physicis et iuridicis" (cann. 96-120) aptius in Libro II ponendae sunt, una cum duobus canonibus introductoriiis (201 et 202).» *Communicationes* 14 (1982) 154.

(30) «De loco canonum qui agunt de personis physicis et iuridicis in genere deque personarum physicarum statu canonico, iam ampla deliberatio habita est post consultationem. ... Magis placuit, propter rationes sive ecclesiologicas sive technicae iuridicae, ut istae normae generales de personarum physicarum includantur in Libro I, ubi merito agitur "de normis generalibus" universum Codicem respicientibus.» *Communicationes* 14 (1982) 155.

(31) «[Can. 201] non placet, quia quod essenziale videtur, nempe ut Baptismo homo in Ecclesia Christi constituatur persona cum officiis et iuribus, non dicitur "in recto". Praeterea, locutio "christifideles sunt qui, utpote baptismo Christo incorporati, in populum Dei sunt constituti ..." videtur per se comprehendere etiam baptizatos qui Ecclesiae seu communitati ecclesiali ab Ecclesia Catholica seiunctae adscripti sunt. Melior erat textus can. 1 schematis 1977 "De Populo Dei" vel textus can. 6 schematis LEF.» *Communicationes* 14 (1982) 156.»

(32) «Textus manere potest uti est, quia quae dicenda proponuntur iam habentur in cann. 5 et 6 LEF in Codicem nunc inserendis.» *Communicationes* 14 (1982) 157.

Unmißverständlich fiel die Antwort aus auf die - in der zweiten Eingabe - zu Recht geäußerten Bedenken im Hinblick auf das richtige Verständnis des Begriffes «christifidelis». Tatsächlich umfasse das Wort «christifidelis» theologisch auch die getauften Nichtkatholiken, da diese durch die Taufe Christus eingegliedert sind und in einer gewissen, wenn auch nicht vollen Gemeinschaft mit der katholischen Kirche stehen⁽³³⁾; zugleich aber wird hinzugefügt: «Es ist offenkundig, daß hier und im ganzen Kodex nur von den katholischen Christgläubigen gehandelt wird, die durch das dreifache Band des Glaubensbekenntnisses, der Sakramente und der kirchlichen Leitung in der vollen Gemeinschaft mit der Kirche stehen; die übrigen Christgläubigen werden von den Gesetzen der katholischen Kirche nicht direkt verpflichtet.»⁽³⁴⁾ Mit dieser eindeutigen Aussage wurde die in den bisherigen Erörterungen nicht geklärte Frage nach der Bedeutung des Ausdrucks «christifidelis» definitiv entschieden: «Christifidelis» bezeichnet im Kodex den *katholischen* Christen.

Somit ist festzuhalten: Die Beratungen über die Rückmeldungen zum SchemaCIC/1980 hinsichtlich der Gliedschaftsfragen machten deutlich, daß das Sekretariat im Hinblick auf das Verständnis von «christifidelis» unterschieden wissen wollte zwischen einem allgemeinen theologischen Wortgebrauch einerseits, der *alle* Getauften umfaßt, und dem für den CIC geltenden Verständnis andererseits, das unter «christifidelis» nur den *katholischen* Christen versteht: Der Ausdruck «christifidelis» soll im kirchlichen Gesetzbuch die Bezeichnung für den *katholischen* Christen sein.

2. Die Übertragung der Gliedschaftsnormen aus dem SchemaLEF/1980 in das «Schema novissimum von 1982».

Das «Schema novissimum» erfuhr neben inhaltlichen Korrekturen sowie stilistischen und sprachlichen Glättungen insofern eine

⁽³³⁾ «Re vera sub verbo "christifideles" theologice comprehenduntur etiam baptizati non catholici, quia ipsi baptizati Christo incorporantur et in quadam cum Ecclesia catholica communione, etsi non perfecta, constituuntur (cfr. Decr. "Unitatis redintegratio", n. 3).» *Communicationes* 14 (1982) 157.

⁽³⁴⁾ «Attamen patet quod hic et in toto Codice tantummodo agitur de christifidelibus catholicis, qui nempe sunt in plena communione cum Ecclesia vinculis professionis fidei, sacramentorum et ecclesiastici regiminis (cfr. can. 11, § 1); ceteri christifideles legibus Ecclesiae catholicae directe non obligantur (cfr. can. 11, § 2).» *Communicationes* 14 (1982) 157.

tiefgreifende materielle Veränderung, als es um zahlreiche Normen aus dem SchemaLEF/1980 vermehrt wurde. Die mögliche Aufschiebung bzw. Zurückstellung der LEF hatte sich bereits vor Beginn der Vollversammlung angekündigt. Da das neue Gesetzbuch der lateinischen Kirche in wesentlichen Teilen unvollständig geblieben wäre, mußten eine Anzahl von Canones aus dem SchemaLEF/1980 in das SchemaCIC/1982 eingefügt werden⁽³⁵⁾. Nachdem die Verpflanzung der betreffenden Normen der LEF in den überarbeiteten Entwurf abgeschlossen war, wurde der vollständige Gesetzestext nochmals geprüft, unter dem Datum vom 25. März 1982 als «Codex Iuris Canonici. Schema novissimum» gebilligt und schließlich am 22. April dem Papst zur Promulgation übergeben⁽³⁶⁾.

3. Die Gliedschaftsnormen im «Schema novissimum».

Das «Schema novissimum» weist nach der Verpflanzung der einschlägigen Normen aus dem SchemaLEF/1980 nunmehr vier Canones auf mit rechtlichen Regelungen über die Kirchengliedschaft. So finden sich can. 5 SchemaLEF/1980 als can. 96 SchemaCIC/1982, can. 6 SchemaLEF/1980 als can. 205 SchemaCIC/1982, can. 8 §§ 2 und 3 SchemaLEF/1980 als 206 SchemaCIC/1982 sowie can. 201 SchemaCIC/1980 als can. 204 SchemaCIC/1982 wieder. Festzuhalten ist, daß der spätere § 2 des c. 204 CIC noch nicht im SchemaCIC/1982 enthalten war.

In dieser Aussagereihe des SchemaCIC/1982 hatte sich an der Bedeutung von *christifideles* = katholische Christen nichts geändert. Es lassen sich zu diesem Zeitpunkt auch keinerlei Anzeichen ausfindig machen, daß die Reformkommission ihre eigene Auffassung hinsichtlich des «*christifidelis*» in jenem Augenblick geändert hätte, als wegen der Zurückstellung der *Lex Ecclesiae Fundamentalis* zahlrei-

⁽³⁵⁾ Die aus dem SchemaLEF/1980 in das SchemaCIC/1982 zu verpflanzenden Normen wurden in einem eigenen Anhang zusammengestellt. Die Zusammenstellung ist überschrieben mit: «Canones "Legis Ecclesiae Fundamentalis" qui in codicem Iuris Canonici inserendi sunt, si ipsa "Lex Ecclesiae Fundamentalis" non promulgabitur». Vgl. *Communicationes* 16 (1984) 91-99.

⁽³⁶⁾ Dem Ansuchen nach einer nochmaligen weltweiten Beratung des Entwurfs wurde nicht entsprochen, wohl vor allem deshalb nicht, weil sich dadurch die Fertigstellung des CIC verzögert hätte, was dem Wunsch vieler Bischöfe nach baldigem Erlaß des Gesetzbuches entgegen gewesen wäre. Zu solchen Bestrebungen vgl. U. BETTI, *In margine al nuovo Codice di Diritto Canonico*: Antonianum 58 (1983) 628-647, hier 629-630.

che Canones aus dem SchemaLEF/1980 in das Schema novissimum übertragen werden mußten.

4. Letzte Überarbeitungen am SchemaCIC/1982.

Die Arbeiten zum endgültigen Gesetzestext im CIC waren mit dem «Schema novissimum» noch nicht gänzlich abgeschlossen. Soweit man die Schlußphase der Erstellung des kirchlichen Gesetzbuches für die lateinische Kirche verfolgen kann, lassen sich noch weitere Überarbeitungen feststellen: ⁽³⁷⁾ Zunächst das Studium und die Beratung des SchemaCIC/1982 durch Papst Johannes Paul II ⁽³⁸⁾. unter Anhörung des Pro-Präsidenten der päpstlichen Kodex-Reformkommission mit Hilfe einer kleinen Gruppe von Sachverständigen ⁽³⁹⁾, daraufhin die Überprüfung durch eine kleine Kommission von Bischöfen ⁽⁴⁰⁾, schließlich die Schlußredaktion mit weiteren Änderungen ⁽⁴¹⁾. Über konkrete Fragestellungen, mit denen die Kom-

⁽³⁷⁾ Vgl. V. FAGIOLO, *Il codice del postconcilio*, 41-48; U. BETTI, *In margine al nuovo Codice*, 628-634; H. SCHMITZ, *Der Codex Iuris Canonici von 1983*, 39.

⁽³⁸⁾ «Summus Pontifex, autem, per Se ipsum, adiuvantibus quibusdam peritis auditoque Pro-Praeside Pontificiae Commissionis Codici Iuris canonici recognoscendo, huiusmodi novissimum Schema recognovit ...» *Praefatio*, LX. Vgl. auch *Communicationes* 15 (1983) 54.

⁽³⁹⁾ Ein anlässlich der Promulgation und offiziellen Vorstellung des CIC erstellter Faszikel führt die einzelnen Sachverständigen namentlich auf, die den Papst beim persönlichen Studium des «Schema novissimum» beraten haben: «Also invited to the ceremony were the experts who had helped the Holy Father with his personal examination for the new code: Their Excellencies the Most Reverend Vincenzo Fagiolo, Archbishop of Chieti, Zenon Grocholewski, Titular Bishop of Agropoli and Secretary of the Supreme Tribunal of the Apostolic Signatura; Monsignor Edward Egan, Auditor at the Sacred Roman Rota; Monsignor István Mester; Fathers Ugo [richtigerweise Umberto] Betti O.F.M., Xavier Ochoa, C.M.F., Luis Diez García, C.M.F. and Eugenio Corecco.» PONTIFICIA COMMISSIO, *Promulgation and Official Presentation of the Code of Canon Law*. Città del Vaticano o. J., 7.

⁽⁴⁰⁾ Im Unterschied zur namentlichen Erwähnung der Experten werden die Bischöfe, die bei den letzten Überarbeitungen mitgewirkt haben, nicht namentlich genannt. Nach UMBERTO BETTI (*In margine al nuovo Codice*, 628, Anm. 4) sollen der kleinen Kommission von Bischöfen angehört haben: »... card. Agostino Casaroli, Segretario di Stato, card. Joseph Ratzinger, Prefetto della S. Congregazione per la Dottrina della Fede, card. Narciso Jubany Arnau, arcivescovo di Barcelona, Mons. Vincenzo Fagiolo, arcivescovo di Chieti.» Dazu ebenfalls V. FAGIOLO, *Il codice del postconcilio*, 44, Anm. 18.

⁽⁴¹⁾ In Hinblick auf die Arbeiten in der Schlußphase der Erstellung des CIC ist man von der erstaunlich hohen Zahl der Sitzungen überrascht, die insbesondere die Expertenkommission absolvierte: «Tale studio richiese 12 adunanze della Commissione di

mission der Bischöfe oder die Schlußredaktion befaßt waren, wurde amtlicherseits bisher nichts bekannt⁽⁴²⁾.

IV. *Die Rezeption der gesetzlichen Bestimmungen über die Kirchengliedschaft in den CIC.*

Der Codex Iuris Canonici von 1983 hat die Normen über die Kirchengliedschaft aus dem SchemaCIC/1982 in den cc. 96, 204, 205 und 206 wörtlich übernommen. Als einzige Bestimmung weist c. 204 eine - allerdings folgenreiche - Veränderung auf. Der Canon wurde gegenüber can. 204 SchemaCIC/1982 um einen neuen § 2 erweitert. Im Ergebnis sieht die Aufnahme der Gliedschaftsnormen in den Codex Iuris Canonici von 1983 somit folgendermaßen aus:

- can. 1 Satz 2 SchemaLEF/1980 = c. 204 § 2 CIC,
- can. 5 SchemaLEF/1980 = c. 96 CIC,
- can. 6 SchemaLEF/1980 = c. 205 CIC,
- can. 7 SchemaLEF/1980 = weggefallen,
- can. 8 §§ 2, 3 SchemaLEF/1980 = c. 206 CIC,
- can. 204 SchemaCIC/1982 = c. 204 § 1 CIC.

Die einschlägigen rechtlichen Bestimmungen sind nicht ohne weiteres verständlich. Das ist zum Teil der Tatsache zuzuschreiben, daß die einzelnen kodikarischen Normen in verschiedenen Gesetzesentwürfen entwickelt und erst nach und nach so zusammengefügt worden sind, wie sie im kirchlichen Gesetzbuch ihren legislatorischen Ort gefunden haben.

esperti alla presenza del Papa: un'adunanza preliminare il 19 maggio 1982, e poi il 30 giugno, il 3, 7, 10, 13 luglio, il 4, 11, 17, 23, 28, 30 settembre. La medesima Commissione tenne inoltre adunanze proprie per un totale di 33, tra il 21 maggio e il 21 ottobre. Quanto alla Commissione di vescovi, anche perché era suo compito principale di consigliare il Papa sulla accettazione o no delle proposte formulate nella Commissione di esperti, essa poté tenere la riunione definitiva soltanto il 21 dicembre.» U. BETTI, *In margine al nuovo codice*, 630, Anm. 8. Diese Angaben bestätigt V. FAGIOLO, *Il codice del postconcilio*, 44.

⁽⁴²⁾ Einen gewissen Anhaltspunkt läßt sich finden bei VINCENZO FAGIOLO (*Il codice del postconcilio*, 45-46). Dort werden jene Fragen bzw. Canones aufgelistet, über die der Papst die Auffassung der Kommission wissen wollte («Le questioni più rilevanti sulle quali il Papa ha voluto conoscere il pensiero della Commissione ...» [Codice, 44]). Unter den aufgeführten Normen findet sich kein die Kirchengliedschaft betreffender Canon.

Um die verschiedenen gesetzlichen Bestimmungen in ihrer Aussageabsicht richtig zu verstehen, muß man sich ihren ursprünglichen Zusammenhang vergegenwärtigen. Der Sinn der Gliedschaftsnormen kann nur dann einleuchten, wenn die von der Sache her geforderte gesetzssystematische Ordnung beachtet wird. Aus diesem Grunde erscheint es prinzipiell geboten, im Wege der Interpretation eine Aussagereihe der Canones zu machen, die von der kodikarischen Form abweicht. Diese Vorgehensweise stützt sich auf c. 17.

Gemäß c. 17 ist grundsätzlich vom Gesetzestext auszugehen und nach Text und Kontext zu interpretieren⁽⁴³⁾. Dieser Grundsatz ist wohl auch maßgeblich für die systematische Reihenfolge der einzelnen Aussagen, und zwar auch dann, wenn hierdurch ältere Texte einen Bedeutungswandel durchmachen. Die rein formale Bindung an den Text findet allerdings dort ihre Grenze, wo die Auslegung zu unvernünftigen Ergebnissen führen würde. Solches gilt mindestens für den Wortgebrauch von «christifidelis» in c. 204 § 1. Der Kontext zu dieser Norm besteht nicht nur in § 2, sondern in dem ganzen unter der Überschrift «De christifidelibus» stehenden Teil I des Liber II, ja in dem ganzen Codex, wo «christifidelis» als Bezeichnung für die *katholischen* Gläubigen gebraucht wird. Deshalb scheint es gerechtfertigt, die Anordnung der Canones und damit ihre Bedeutung als «zweifelhaft und dunkel» anzusehen, so daß die weiteren Auslegungsregeln zu Hilfe genommen werden können.

Der Absicht des Gesetzgebers dürfte eine Auslegung am ehesten nahekommen, die an der Entwicklung der zugrundeliegenden Gesetzesentwürfe Anhalt sucht. Die Textgenese, wie sie in den untersuchten Schemata greifbar ist, läßt nicht erkennen, daß der Gesetzgeber im CIC sachlich eine andere Aussage machen wollte als die, die sich vor der Übertragung der gesetzlichen Bestimmungen von dem SchemaLEF/1980 in den CIC ergab. Daraus ist zu folgern, daß es sich bei der Verpflanzung der einschlägigen Canones aus dem SchemaLEF/1980 in den CIC um ein *redaktionelles* Tun handelte und nicht um eine sachliche Änderung.

Zur Beseitigung der logischen und theologischen Unordnung ist deshalb die Legalordnung zu ändern. Demzufolge sind die Glied-

⁽⁴³⁾ Vgl. G. MAY, A. EGLER, *Einführung in die kirchenrechtliche Methode*. Regensburg 1986, 195-200; AYMANS-MÖRSDORF, *Kanonisches Recht I*, 182-185.

schaftsnormen - anders als im CIC - in folgender Reihenfolge zu lesen und auszulegen:

- a: = c. 96,
- b: = c. 204 § 2,
- c1: = c. 204 § 1,
- c2: = c. 205,
- d: = c. 206.

a: c. 96 beinhaltet die prinzipielle Aussage über die durch das Sakrament der Taufe erfolgende Eingliederung in die *Kirche Jesu Christi* und die aus der Eingliederung sich ergebenden differenzierten Rechtsfolgen.

b: c. 204 § 2 spricht von der *katholischen Kirche* und bestimmt deren Verhältnis zur Kirche Jesu Christi: Die Kirche Jesu Christi ist *verwirklicht* in der katholischen Kirche.

c1: c. 204 § 1 umschreibt den *christifidelis* als den zur *katholischen Kirche* gehörenden Christen.

c2: c. 205 nennt die Bedingungen der *Vollberechtigung* in der *plena communio*.

d: c. 206 widmet sich abschließend demjenigen, der sich in der Vorbereitung auf die Aufnahme in die *plena communio* befindet: dem *Katechumenen*.

V. Interpretation der kodikarischen Gliedschaftsnormen.

1. Die Grundnorm des c. 96

C. 96 CIC regelt die sakramentale Eingliederung in die Kirche Jesu Christi mit folgenden Worten:

«Baptismo homo Ecclesiae Christi incorporatur et in eadem constituitur persona, cum officiis et iuribus quae christianis, attenta quidem eorum condicione, sunt propria, quatenus in ecclesiastica sunt communione et nisi obstat lata legitime sanctio.»

a) Zur gesetzssystematischen Einordnung

Der Gesetzgeber hat c. 96 in den Liber I als Eröffnungsnorm des Titels VI «De personarum physicarum condicione canonica» eingeordnet. Die gesetzssystematische Einordnung muß im Zusammenhang mit dem can. 87 CIC/1917 gesehen werden. Dieser Canon eröffnete im CIC/1917 den wichtigen Liber II «De personis». Während die can. 87 CIC/1917 nachfolgenden Normen, da technischen

und allgemeinen Charakters, zu Recht in die «Allgemeinen Normen» eingeordnet worden sind, geht der Inhalt des c. 96, der Nachfolgenorm des can. 87 CIC/1917, entschieden über eine bloß technische Bestimmung hinaus: Er enthält eine fundamentale Aussage über die Kirchenverfassung. Das dürfte auch der Grund gewesen sein, weshalb die im Sinne der konziliaren Ekklesiologie zu modifizierende Aussage des can. 87 CIC/1917 schon in die ersten Entwürfe zur LEF aufgenommen worden war. Als can. 5 hat diese Norm im SchemaLEF/1976 ihre jetzige und endgültige Fassung erhalten. Parallel und mit gleichem Wortlaut fand sich dieselbe Norm auch als can. 1 im SchemaPopDei/1977. Als entschieden wurde, die rechtlichen Regelungen über die physischen und juristischen Personen nicht in den Liber II, sondern in den Liber I einzuordnen, einigte man sich darauf, can. 1 SchemaPopDei/1977 allein dem SchemaLEF vorzubehalten und ihn nicht in den Kodex einzufügen. Ein Blick in die beiden entsprechenden Schemata von 1980 zeigt, daß dieser Stand sowohl für die LEF wie den CIC erreicht war. Als jedoch nach Aufschiebung des Projekts der Lex Ecclesiae Fundamentalis can. 5 SchemaLEF/1980 in das «Schema novissimum» eingearbeitet wurde, ist er ohne Rücksicht auf den inzwischen erfolgten Standortwechsel der ursprünglich nachfolgenden Normen wieder mit diesen verbunden worden und findet sich deshalb wenig passend als c. 96 in den «allgemeinen Normen».

b) *Die Grundaussage über die Kirchengliedschaft*

C. 96 führt die kanonistische Tradition des can. 87 CIC/1917 weiter und erfaßt in sehr komprimierter Weise die Eingliederung des Menschen durch die Taufe in die Kirche Jesu Christi, das darin gründende Personsein als kanonisches Rechtssubjekt und die Differenzierung und Beeinträchtigung der kirchlichen Rechtsstellung.

Bereits durch die einleitende Formulierung «Ecclesiae Christi incorporatur et in eadem constituitur persona» wird deutlich gemacht, daß es keinen Unterschied gibt zwischen der Kirchengliedschaft und dem Personsein in der Kirche, was insbesondere in ökumenischer Hinsicht von hoher Bedeutung ist: Durch den Empfang der Taufe wird ein Mensch in die Kirche Jesu Christi eingeliedert und wird Person des kanonischen Rechts. Somit sind *alle* Getauften Glieder der Kirche Christi und als Rechtssubjekte potentielle Träger von kanonischen Rechten und Pflichten. Es handelt sich hier um einen Kreis von Rechten und Pflichten, die, da grundsätzlich alle Kir-

chenglieder angehend, als allgemeine Gliedschaftsrechte und Gliedschaftspflichten anzusehen sind⁽⁴⁴⁾. Hinsichtlich dieser macht c. 96 verschiedene Einschränkungen. Die allgemeinste verweist darauf, daß diese Rechte und Pflichten den Christen «attenta quidem eorum condicione» zukommen⁽⁴⁵⁾. Diese Formel nimmt die unterschiedliche Rechtsstellung in den Blick, die Christen angesichts ihrer persönlichen Bedingungen einnehmen⁽⁴⁶⁾.

Dieser allgemeine Grundsatz des c. 96 ist zunächst auch auf die nichtkatholischen Christen anzuwenden⁽⁴⁷⁾. Seine hauptsächliche Konkretisierung hat er darin gefunden, daß gemäß c. 11 alle rein kirchlichen Gesetze keine Anwendung auf nichtkatholische Christen finden. In bezug auf die allgemeinen Gliedschaftsrechte und -pflichten bedeutet das, daß die Nichtkatholiken diese im Hinblick auf die volle Kirchengemeinschaft nur insoweit ausüben können, als das Recht dies ausdrücklich feststellt (c. 844 §§ 3 und 4). Das Fehlen der vollen Kirchengemeinschaft ist der Grund, weshalb die nichtkatholischen Christen nicht alle Rechte in der Kirche Christi ausüben können. Sprachlich wird dieser rechtserhebliche Umstand (der «obex» in der Terminologie des can. 87 CIC/1917) in der Terminologie des Zweiten Vatikanischen Konzils als «fehlende kirchliche Gemeinschaft» wiedergegeben. Im Hinblick auf die nichtkatholischen Christen enthält c. 96

(44) Soweit es sich bei den Gliedschaftspflichten um Normen göttlichen Rechtes handelt, haben diese ihren Geltungsanspruch gegenüber allen Getauften aus sich heraus, nicht aufgrund ihrer Ausformulierung im kirchlichen Gesetzbuch. In diesem Sinne AYMANS-MÖRS DORF, *Kanonisches Recht I*, 290; ebenso P.V. PINTO, *Commento al Codice*, 60; L. CHIAPPETTA, *Codice di Diritto Canonico*, 114.

(45) Nicht zutreffend ist die Aussage von JAMES H. PROVOST, *Code of Canon Law*, 123: «In canon 96 "condition" is that of being baptized, and the distinction is between Christian and non-Christian conditions - not a distinction among Christians themselves.»

(46) «... la concreta condicione canonica delle persone fisiche ... è determinata da fattori e situazioni varie, dipendenti da cause sia naturali che volontarie. Il Codice considera in particolare: L'età, l'uso di ragione, il luogo di origine e di residenza, il vincolo di consanguineità e di affinità, l'adozione, il rito ecclesiale ...» L. CHIAPPETTA, *Codice di Diritto Canonico*, 117.

(47) Darauf weisen ausdrücklich hin AYMANS-MÖRS DORF, *Kanonisches Recht I*, 292; L. CHIAPPETTA, *Codice di Diritto Canonico*, 115-116; E. KNEAL, In: *Code of Canon Law*, 71. Dieser Aspekt kommt zu kurz z. B. bei A. DE FUENMAYOR, In: *Código de Derecho Canónico* (Pamplona), 110-111; T.I. JIMÉNEZ URRESTI, In: *Código de Derecho Canónico* (Salamanca), 78-79; H. HEIMERL, H. PREE, *Kirchenrecht*, 79; P.V. PINTO, *Commento al Codice*, 60; N. RUF, *Recht der katholischen Kirche*, 46-47.

noch eine weitere einschränkende Formel, der zufolge der aktuelle Besitz der allgemeinen Gliedschaftsrechte und -pflichten von dem Maß abhängig gemacht wird, in dem ein Christ sich in der kirchlichen Gemeinschaft befindet. Zum einen wird dadurch auf den Unterschied verwiesen, der sich aus der Zugehörigkeit zur *communio plena* oder zur *communio non plena* ergibt⁽⁴⁸⁾. Zum anderen nimmt das Wort «*quatenus*» auch Rücksicht darauf, daß die Rechtsstellung der nicht-katholischen Christen im Hinblick auf die *plena communio* nicht in jeder Hinsicht die gleiche ist, sondern je verschieden⁽⁴⁹⁾. Die Einschränkung der Rechte und Pflichten der nichtkatholischen Christen hat jedoch keinen Strafcharakter, weil hier nicht von einer persönlich zurechenbaren Schuld ausgegangen werden kann und weil im Sinne des c. 11 die Anwendung gesetzlicher Strafnormen auf nichtkatholische Christen nicht in Betracht kommen kann.

Obgleich die katholischen Christen ein für allemal in der *plena communio* stehen, können auch sie sich Rechtsbeschränkungen unterschiedlicher Art zuziehen⁽⁵⁰⁾. Sie können für Tatbestände verantwortlich sein, auf die die kirchliche Autorität rechtmäßig durch Verhängung von Sanktionen (z. B. Exkommunikation, Interdikt) oder andere Gegenmaßnahmen reagiert. Dies kommt in der Schlußklausel des c. 96 zum Ausdruck («*nisi obstat lata legitime sanctio*»). Diese Aussage ist weit zu interpretieren und nicht nur im Sinne der strafrechtlichen Norm des c. 1314. Es ist jedwede Form der Rechtsbeschränkung eingeschlossen, die vom Gesetz vorgegeben ist (z. B. Nichtzulassung zur Eucharistie gemäß cc. 915, 916).

Alle Beschränkungen bringen zum Teil erhebliche Rechtsminderungen mit sich, aber sie können weder das kanonische Personsein nehmen noch aus der *communio plena* ausschließen⁽⁵¹⁾. Das zeigt

(48) PETER KRÄMER (*Die Zugehörigkeit zur Kirche*. In: *HdbKathKR*, 167) scheint diesen Aspekt übersehen zu haben, da er «*quatenus*» mißverständlich mit *insofern* übersetzt: «Mit dem Personsein in der Kirche sind grundlegende Rechte und Pflichten gegeben. Doch können diese nach c. 96 eine Einschränkung erfahren, *insofern* jemand sich nicht in der kirchlichen Gemeinschaft befindet ...».

(49) Aufgrund des unterschiedlichen Maßes der Übereinstimmung im Glauben ist deshalb die Rechtsstellung von Angehörigen getrennter Kirchen im Hinblick auf die *communio plena* eine andere als diejenige der Angehörigen von kirchlichen Gemeinschaften.

(50) Im einzelnen AYMANS-MÖRS DORF, *Kanonisches Recht I*, 293.

(51) Zu Recht formuliert T.I. JIMÉNEZ URRESTI, In: *Código de Derecho Canónico* (Salamanca), 79: «Sin embargo, ni la personalidad canónica ni la comunión se pier-

sich solchen Christen gegenüber, die einmal katholisch waren; hier wird der Rechtsanspruch aufrechterhalten (c. 11).

2. Die Interpretation des c. 204 CIC.

a) Der «*christifidelis*» als Träger der kirchlichen Sendung (c. 204 § 1).

Wörtlich identisch mit can. 204 SchemaCIC/1982⁽⁵²⁾ lautet c. 204 § 1:

«Christifideles sunt qui, utpote per baptismum Christo incorporati, in populum Dei sunt constituti, atque hac ratione muneris Christi sacerdotalis, prophetici et regalis suo modo participes facti, secundum propriam cuiusque condicionem, ad missionem exercendam vocantur, quam Deus Ecclesiae in mundo adimplendam concedidit.»

Die Auslegung dieser Bestimmung bereitet Schwierigkeiten. Denn es bietet sich nur die Alternative, diese Norm entweder als Aussage über die Kirche Jesu Christi zu verstehen und demzufolge den Begriff «*christifidelis*» hier als unfachlich anzunehmen oder aber die systematische Einordnung zu verändern, so daß aus c. 204 § 1 wieder eine Aussage über die Gläubigen der katholischen Kirche wird⁽⁵³⁾. Von Letzterem ist auszugehen.

den totalmente nunca, pues siempre quede el sujeto dentro de la economía salvífica eclesial ...»

⁽⁵²⁾ Gegenüber can. 201 SchemaCIC/1980, der Vorgängernorm von can. 204 SchemaCIC/1982 (= c. 204 § 1 CIC) lassen sich drei Veränderungen ausmachen: «*baptismo*» wurde durch «*per baptismum*» ersetzt, «*de munere Christi sacerdotali, prophetico et regali*» erfuhr eine Umformulierung in «*muneris Christi sacerdotalis, prophetici et regalis*», schließlich wurde der Relativsatz «*quam Deus Ecclesiae in mundo adimplendam concedidit*» ganz an das Satzende gestellt. Diese Korrekturen sind rein sprachlicher Art. Der Norminhalt ist unverändert geblieben.

⁽⁵³⁾ C. 204 § 1 wird von manchen Kommentatoren als Definition des «*christifidelis*» verstanden, die Aussage dann aber gemäß ihrer systematischen Stellung auf jeden Getauften bezogen. Vgl. z. B.E. KNEAL, In: *Code of Canon Law*, 70-71; J. HERVADA, In: *Código de Derecho Canónico* (Pamplona), 168-171; H.J.F. REINHARDT, In: *Münsterischer Kommentar*, 204/1-205/2; H. SCHWENDENWEIN, *Kirchenrecht*, 123-125; G. DALLA TORRE, In: *Commento al Codice*, 110-111; L. CHIAPPETTA, *Codice di Diritto Canonico*, 265-266. Den Zusammenhang mit c. 96 erwähnen P. VALDRINI, In: *Les droits personnes*, 27-33; J. MANZANARES, In: *Código de Derecho Canónico* (Salamanca), 135.

Der Schwerpunkt der Aussage über den Gläubigen liegt darin, daß der « christifidelis » zur Ausübung der Sendung berufen ist, die Gott der Kirche anvertraut hat. Der Gläubige wird charakterisiert als Träger der Sendung⁽⁵⁴⁾. Diese Charakterisierung ist insbesondere in rechtlicher Hinsicht deshalb von Bedeutung, weil dadurch der Gläubige als Hauptsubjekt der der Kirche anvertrauten Sendung und nicht in erster Linie als Objekt der Seelsorge verstanden wird⁽⁵⁵⁾.

Die Berufung der Gläubigen zur Sendung wurzelt in der Taufe, durch die sie, Christus eingegliedert, zum Volk Gottes gemacht sind. Die sakramentale Verbindung mit Christus bewirkt, daß jeder Gläubige auf seine Weise an dem priesterlichen, prophetischen und königlichen Amt Christi teil hat. Es ist auffallend, daß an dieser Stelle nicht die sonst gebräuchliche Rede von den drei Ämtern aufgegriffen wird. Vielmehr ist in der gewählten Formulierung eine Betonung der Einheit des dreifachen Amtes Christi zu sehen⁽⁵⁶⁾.

Die Berufung zur Ausübung der Sendung ist je nach Stellung verschieden. Mit ähnlichem Wortlaut wie in c. 96 («attenta quidem eorum condicione») wird auch in c. 204 § 1 («secundum propriam cuiusque condicionem») die Berufung entsprechend der je eigenen Stellung gesehen, d. h. die Berufung zur Ausübung der aufgetragenen Sendung hängt von der persönlichen Rechtsstellung ab. Auf diese Weise wird einem doppelten Mißverständnis gewehrt. Erstens: Berufung zur Ausübung der Sendung heißt nicht, daß alle Gläubigen ohne Ausnahme und Unterschied dieselben Aufgaben haben⁽⁵⁷⁾; zweitens:

(54) «Es geht hierbei primär ... um die aus der Taufe resultierende Berufung der Gläubigen allgemein, um ihren Sendungsauftrag.» H.J.F. REINHARDT, In: *Münsterischer Kommentar*, 204/2.

(55) «... si mette chiaramente in rilievo, da una parte, che il soggetto fondamentale della vita ecclesiale non è il clero, la gerarchia, ma il cristiano, in attitudine di concreta corresponsabilità, oltre che di ubbidienza e di disciplina.» L. CHIAPPETTA, *Codice di Diritto Codice*, 265.

(56) So führt etwa MATTHÄUS KAISER (*Die rechtliche Grundstellung des Christgläubigen*. In: *HdbKathKR*, 171-184, hier 171) aus: «Allerdings ist hier nicht von drei Aufgaben die Rede, sondern die eine Aufgabe Christi wird als priesterlich, prophetisch und königlich vorgestellt. Dadurch kommt deutlich zum Ausdruck, daß die Aufgabe Christi zwar unter verschiedenen Gesichtspunkten gesehen, aber letztlich nicht in mehrere voneinander verschiedene Aufgaben aufgespalten werden kann.»

(57) Hierzu vgl. W. AYMANS, «Munus» und «sacra potestas». In: *Les droits fondamentaux du Chrétien dans l'Église et dans la Société*. Actes du IVième congrès inter-

niemand kann die Berufung zu einer Aufgabe für sich in Anspruch nehmen, die seiner eigenen rechtlichen Stellung nicht entspricht.

b) *Institutionelle Verwirklichung der Kirche Jesu Christi in der katholischen Kirche (c. 204 § 2).*

Diese Bestimmung enthält die berühmte konziliare Aussage über die Verwirklichung der Kirche Jesu Christi in der katholischen Kirche. Sie war schon im SchemaLEF/1980 neu formuliert als Satz 2 von can. 1 enthalten⁽⁵⁸⁾. C. 204 § 2 CIC greift aber nicht die Neuformulierung auf, sondern hält sich genau an den Wortlaut der Kirchenkonstitution (LG 8, Abs. 2 Satz 2) und lautet:

«Haec Ecclesia, in hoc mundo ut societas constituta et ordinata, subsistit in Ecclesia catholica, a successore Petri et Episcopis in eius communione gubernata.»

Die Einfügung des § 2 ist erfolgt zwischen der Vorlage des SchemaCIC/1982 und der Promulgation des CIC, in der Phase also, in der der Papst mit einigen Sachverständigen die letzten Überarbeitungen vorgenommen hat⁽⁵⁹⁾. Die Hinzufügung ist nicht problemlos, weil sie die Aussagen des vorausgehenden § 1 nicht unberührt läßt⁽⁶⁰⁾. Denn durch die Einfügung des § 2 hat can. 204 SchemaCIC/1982, nunmehr als § 1 des c. 204 CIC, einen anderen Sinn erhalten. Jetzt handelt es sich nicht mehr um eine Aussage über die katholische Kirche, sondern allgemein über die Kirche Jesu Christi. Dabei ist versäumt worden, den als Begriff festgelegten Ausdruck «christifidelis» durch einen anderen weiteren Ausdruck - z. B. christianus - zu ersetzen. Warum diese Aussage eingefügt wurde, bleibt

national de droit canonique. Hrsg. von Eugenio Corecco, Niklaus Herzog, Angelo Scalia. Fribourg Ue., Freiburg i. Br., Milano 1981, 185-202, hier 198.

⁽⁵⁸⁾ Can. 1 § 1 SchemaLEF/1980 hatte folgenden Wortlaut: «Unica est Christi Ecclesia, quam in Symbolo unam, sanctam, catholicam et apostolicam profiteamur, quam Salvator noster, post resurrectionem suam Petro pascendam tradidit ceterisque Apostolis diffundendam et regendam committens. Haec Christi Ecclesia, quae est novus Dei Populus a Spiritu Sancto congregatus, in catholica Ecclesia subsistit.»

⁽⁵⁹⁾ In der «Postrema recognitio schematis» des Coetus specialis «Lex Ecclesiae Fundamentaliss» vom 24. bis 29. September 1979 wurde diese Formulierung vorgeschlagen, mit sechs gegen drei Stimmen jedoch abgelehnt. Vgl. *Communicationes* 12 (1980) 30.

⁽⁶⁰⁾ In den einschlägigen Kommentaren wird diese Schwierigkeit nicht thematisiert.

rätselhaft⁽⁶¹⁾. Wegen des c. 1 CIC erscheint sie in rechtlicher Hinsicht nicht erforderlich.

C. 204 § 2 enthält keine direkte Bestimmung über die Kirchengliedschaft, sondern erläutert das Verhältnis zwischen der katholischen Kirche und der Kirche Jesu Christi. Gemäß den konziliaren Vorgaben werden dabei zwei Aspekte besonders betont, zum einen die gesellschaftliche Verfaßttheit, zum anderen die hierarchische Struktur. Auf diese Weise wird zum Ausdruck gebracht, daß die Lehre der katholischen Kirche, wonach die Kirche Jesu Christi in ihr verwirklicht ist, im institutionellen Sinn verstanden werden muß. Im Umkehrschluß bedeutet das, daß die hierarchische Struktur und die rechtliche Verfaßttheit als solche nicht bloß als eine beliebige Besonderheit der katholischen Kirche, sondern als substantielles Element der Kirche Jesu Christi anzusehen ist.

3. *Vollberechtigte Zugehörigkeit zur katholischen Kirche (c. 205).*

C. 205 CIC nennt die Bedingungen der Vollberechtigung in der katholischen Kirche:

«Plene in communione Ecclesiae catholicae his in terris sunt illi baptizati, qui in eius compage visibili cum Christo iunguntur, vinculis nempe professionis fidei, sacramentorum et ecclesiastici regiminis.»

Obgleich nach c. 204 § 1 alle Christgläubigen zur Ausübung der kirchlichen Sendung gemäß ihrer eigenen Stellung berufen sind, haben sie hierauf nur dann uneingeschränkt Anspruch, wenn sie die Bedingungen der vollberechtigten Zugehörigkeit zur katholischen Kirche erfüllen. Diese Bedingungen werden in c. 205 genannt.

a) *Die Bedeutung des Wortes «plene».*

Die Norm erweckt zunächst den Anschein, daß hierin eine Aussage über die Zugehörigkeit zur «plena communio» schlechthin gemacht wird⁽⁶²⁾. Das trifft jedoch nicht zu. Die Wendung «plene in

⁽⁶¹⁾ Zumal c. 204 auch nicht unter den von VINCENZO FAGIOLO (*Il codice del post-concilio*, 45-46) aufgelisteten Fragen zu finden ist, die auf Wunsch des Papstes einer «allerletzten» Überprüfung unterzogen wurden.

⁽⁶²⁾ In diesem Sinne wird c. 205 in der Regel von den Kommentatoren ausgelegt. Vgl. z. B. L. CHIAPPETTA, *Codice di Diritto Canonico*, 267-268; H.J.F. REINHARDT, In:

communione Ecclesiae catholicae» ist nicht so zu verstehen, daß damit nur die Zugehörigkeit zur katholischen Kirche ausgesagt ist; denn an dieser Stelle ist die Rede von «communio Ecclesiae catholicae». Diese Formulierung kann verfassungsrechtlich nichts anderes bedeuten als «communio plena». Der Sinn der Aussage «plene in communione Ecclesiae catholicae» reicht demzufolge weiter. Das Wort «plene» ist dahingehend zu verstehen, daß die Zugehörigkeit *in* der «plena communio» verschiedene Stufungen kennt, die dadurch zum Ausdruck gebracht werden sollten, und die auch ihren rechtlichen Niederschlag finden. Demnach steht voll in der «communio plena» nur der katholische Christ, der das dreifache Band des Glaubensbekenntnisses, der Sakramente und der kirchlichen Leitung wahr.

Das volle Stehen in der «plena communio» findet rechtlichen Ausdruck im Vollbesitz der allgemeinen Gliedschaftsrechte⁽⁶³⁾. Wird das dreifache Band in äußerlich faßbarer Form nicht gewahrt, treffen den Katholiken Rechtsbeschränkungen. Von einem vollen Stehen in der «plena communio» kann dann nicht mehr die Rede sein, wenngleich er weiterhin der «plena communio» angehört. Rechtlich findet dieser Umstand seinen bündigsten Ausdruck darin, daß ein Getaufte, der einmal der katholischen Kirche angehört hat (*semel catholicus, semper catholicus*), gemäß c. 11 grundsätzlich der ganzen Rechtsordnung der Kirche auch dann unterworfen bleibt, wenn er sich in irgendeiner Form von der Kirche lossagt.

Mit dem Hinweis auf «die Verbundenheit im sichtbaren Verband mit Christus», ist nicht nur allgemein auf die Sichtbarkeit der Kirche abgestellt, sondern auch darauf, daß die Wahrung der *tria vincula* nach Sichtbarkeit verlangt. Die Bedingungen für die Vollberechtigung erfüllt nur der Getaufte, der äußerlich faßbar die Gemeinschaft der Kirche in Glaubensbekenntnis, Sakramenten und Leitung teilt. Dabei ist jedoch zu beachten, daß das dreifache Band weder durch bloße Abständigkeit im kirchlichen Leben noch durch notorische Lauheit in der religiösen Praxis noch wegen eines

Münsterischer Kommentar, 205/1-205/4; G. DALLA TORRE, In: *Commento al Codice*, 111-112; J. HERVADA, In: *Código de Derecho Canónico* (Pamplona), 170; T.I. JIMÉNEZ URRESTI, In: *Código de Derecho Canónico* (Salamanca), 136; J.H. PROVOST, In: *Code of Canon Law*, 126-130; H. SCHWENDENWEIN, *Kirchenrecht*, 124-125.

⁽⁶³⁾ Vgl. AYMANS-MÖRSBORN, *Kanonisches Recht I*, 290-295.

inneren Lossagens rechtswirksam verletzt wird. Das trifft erst dann zu, wenn der zugrundeliegende Tatbestand äußerlich faßbar ist. Solange das nicht der Fall ist, hat der katholische Christ Anspruch darauf, als vollberechtigtes Glied der Kirche zu gelten. Deshalb kann die mangelnde Eucharistiefähigkeit z. B. aufgrund schwerer Sünde (c. 916) noch nicht als Beendigung der Vollberechtigung im Sinne von c. 205 verstanden werden. Wenn jedoch ein Gläubiger im Zustand schwerer Sünde hartnäckig verharret (c. 915) oder gar das dreifache Band so verletzt, daß er sich eine Beugestrafe zuzieht, kann er im Sinne des c. 205 nicht mehr als vollberechtigtes Glied der katholischen Kirche angesehen werden.

b) *Die Nichtaufnahme der Wendung « Spiritum Christi habentes » in c. 205*

Der Text des c. 205 hat seine Quelle in der Kirchenkonstitution *Lumen gentium* Art. 14, Abs. 2. Die in dem konziliaren Dokument enthaltene Wendung « Spiritum Christi habentes » ist nicht in die gesetzliche Bestimmung des c. 205 aufgenommen worden. Daß diese Wendung keinen Eingang in den Codex finden sollte, war zu Beginn und während, ja nahezu bis zum Schluß der Reformarbeiten alles andere als selbstverständlich. Die Formel « Spiritum Christi habentes » ist erst in einem sehr späten Stadium der Textgenese, und zwar im SchemaLEF/ 1980, weggefallen, nachdem sie in allen vorausgehenden Entwürfen enthalten war. Amtlicherseits wird diesbezüglich nur knapp erwähnt, daß man sich hinsichtlich der gesetzlichen Bestimmung (= can. 6 SchemaLEF/1980) auf eine rechtliche Aussage beschränken wolle; eine nähere Begründung für den Wegfall der Wendung wird nicht gegeben.

Zur richtigen Einordnung und Bewertung dieses Faktums bedarf es eines Blickes auf die Interpretationsgeschichte dieser Wendung, die schon bald nach dem Konzil kontroverse Auslegungen erfahren hat. Die verschiedenen Versuche, die Worte « Spiritum Christi habentes » zu deuten, führten zu widersprüchlichen Ergebnissen⁽⁶⁴⁾. Manche Autoren haben hierin neben dem dreifachen Band ein viertes Element der Gliedschaft in der katholischen Kirche sehen

⁽⁶⁴⁾ Kritische Würdigung der unterschiedlichen Auslegungen bei G. GÄNSWEIN, *Kirchengliedschaft gemäß dem Zweiten Vatikanischen Konzil*, 86-98. Die folgenden Ausführungen schließen sich daran an. Dort auch die Belege im einzelnen.

wollen. Andere sprachen davon, daß die katholische Kirche von der rein institutionellen Bestimmung der Kirchengliedschaft abgegangen sei und wieder ein geistliches Kriterium aufgenommen habe. Ein weiterer Interpretationsversuch zielte darauf ab, den Besitz des Geistes Christi in der Taufgnade zu sehen. Ebenso ist danach gefragt worden, ob nicht die Eucharistiefähigkeit als ein rechtlich faßbares Kriterium für den Besitz der Rechtfertigungsgnade angesehen werden kann.

Die unterschiedlichen Interpretationen hatten ihren Grund darin, daß der Konzilstext hinsichtlich der *katholischen* Christen zwei grundverschiedene Aussagen miteinander verbunden hat: die Kirchengliedschaft und die Heilsfrage. Die Verquickung dieser beiden Fragestellungen hat ihr gutes Recht, wenn klar gemacht werden soll, daß die Kirchengliedschaft für sich genommen noch keine Heilsgewißheit verschafft; es schadet aber der Sachlichkeit des Fragens, wenn die Frage nach der Kirchengliedschaft unmittelbar mit der Frage nach dem Heilsweg verknüpft wird. Gerade darin bestand das Hauptproblem der Verquickung von Kirchengliedschaft und Heilsfrage, daß nämlich die objektiv faßbaren Elemente der Kirchenzugehörigkeit mit einem Kriterium verknüpft werden sollten, das letztlich nicht einmal subjektiver Beurteilung unterliegt, sondern allein in Gottes Urteil steht. Damit aber würde die Einheit des Kirchenbegriffes bedroht und die Gefahr einer Spaltung von verborgener und sichtbarer Kirche heraufbeschworen.

Es ist zu vermuten, daß angesichts der widersprüchlichen Auslegungen und der damit verbundenen rechtlichen Konsequenzen der höchste kirchliche Gesetzgeber sich zu Recht dazu entschlossen hat, die Gliedschaftsaussage von der Heilsfrage zu trennen und folglich die Wendung «*Spiritum Christi habentes*» in c. 205 nicht aufzunehmen. Nichtsdestoweniger ist zu betonen, daß der Sache nach in c. 205 die heilswirksame Existenz in der *communio plena* sehr wohl angesprochen ist, insofern man den Besitz des Geistes Christi als die «vollkommenste Weise der Zugehörigkeit zur Kirche»⁽⁶⁵⁾ bezeichnen kann und dies als Hinweis darauf zu verstehen ist, daß die volle Zugehörigkeit zur Kirche durchaus verschiedene Grade oder Stufen kennt, die teilweise auch ihren rechtlichen Niederschlag finden.

(65) Vgl. M. KAISER, *Zugehörigkeit zur Kirche*: IKZCommunio 5 (1976) 196-206, hier 200-201.

Diese äußern sich in den verschiedenen Formen möglicher Rechtsbeschränkungen, denen ein lateinischer Christ unterliegen kann⁽⁶⁶⁾.

4. «Sonderbeziehung» zu den Katechumenen (c. 206)

C. 206 hat - die Norm des can. 206 SchemaCIC/1982⁽⁶⁷⁾ übernehmend - folgenden Wortlaut:

«§ 1. Speciali ratione cum Ecclesia conectuntur catechumeni, qui nempe, Spiritu Sancto movente, explicita voluntate ut eidem incorporentur expetunt, ideoque hoc ipso voto, sicut et vita fidei, spei et caritatis quam agunt, coniunguntur cum Ecclesia, quae eos iam ut suos fovet.

§ 2. Catechumenorum specialem curam habet Ecclesia quae, dum eos ad vitam ducendam evangelicam invitat eosque ad sacros ritus celebrandos introducit, eisdem varias iam largitur praerogativas, quae christianorum sunt propriae.»

Katechumenen im Sinne von c. 206 sind Menschen, die sich auf die Taufe vorbereiten und ausdrücklich den Willen bekundet haben, in die katholische Kirche aufgenommen zu werden. Im sakramentalrechtlichen Sinn sind die Katechumenen noch nicht Glieder der Kirche und deshalb auch noch nicht kanonische Rechtssubjekte⁽⁶⁸⁾. Aus diesem Grunde besteht zwischen der Kirche und den Katechumenen keine eigentliche Rechtsbeziehung. Gleichwohl sind sie mit der Kirche «auf besondere Weise» verbunden. Aufgrund dieser besonderen Beziehung bzw. Hinordnung zur Kirche werden die Katechumenen auch zu Recht im Zusammenhang mit den «christifideles» aufgeführt⁽⁶⁹⁾.

⁽⁶⁶⁾ Hier ist insbesondere der Mangel an Eucharistiefähigkeit zu nennen (vgl. cc. 915, 916). Grundsätzlich dazu R. AHLERS, *Communio Eucharistica. Eine kirchenrechtliche Untersuchung zur Eucharistielehre im Codex Iuris Canonici*. Regensburg 1990 (= Eichstätter Studien, Neue Folge, 29) 107-125.

⁽⁶⁷⁾ Can. 6 SchemaCIC/1982 ist identisch mit can. 8 §§ 2 und 3 SchemaLEF/1980. Eine Begründung, weshalb der ursprüngliche § 1 weggefallen ist, findet sich nirgends. Die Streichung erscheint berechtigt, da § 1 in rechtlicher Hinsicht bedeutungslos war.

⁽⁶⁸⁾ Vgl. z. B. G. DALLA TORRE, In: *Commento al Codice*, 112; J. MANZANARES, In: *Código de Derecho Canónico* (Salamanca), 136.

⁽⁶⁹⁾ Vgl. J.H. PROVOST, In: *Code of Canon Law*, 129-130; H.J.F. REINHARDT, In: *Münsterischer Kommentar*, 206/1.

Die Beziehung zwischen der Kirche und den Katechumenen ist am ehesten als «Sonderbeziehung» zu bezeichnen. Denn die Kirche wendet ihnen ihre Fürsorge zu, wie wenn sie ihr schon angehörten. Das zeigt sich insbesondere in der Hilfe, die die Kirche in der Vorbereitung auf eine kirchliche Existenz leistet⁽⁷⁰⁾.

Nach c. 788 § 1 wird der Status schon vor Aufnahme in das Katechumenat begründet. Der Ausrichtung der Katechumenen auf die Kirche entspricht somit umgekehrt die besondere Zuwendung der Kirche zu ihnen. Da die Katechumenen noch nicht Rechtssubjekt der Kirche sind, sind sie folglich auch nicht an die allgemeinen kirchlichen Gesetze gebunden (c. 11), noch können sie Träger von kanonischen Rechten und Pflichten sein. Die Kirche räumt ihnen demzufolge in c. 206 § 2 keine Rechte, sondern besondere «Vorrechte» ein, die im Gesetzbuch allerdings eigens als solche genannt werden müssen, was nur an zwei Stellen der Fall ist: So können ihnen gemäß c. 1170 Segnungen erteilt werden, und hinsichtlich des kirchlichen Begräbnisses sind sie den Gläubigen gleichgestellt (c. 1183 § 1)⁽⁷¹⁾. Im einzelnen ist es gemäß c. 788 § 3 Sache der Bischofskonferenz, die den Katechumenen einzuräumenden «Vorrechte» festzulegen.

VI. Kritische Würdigung

Die mit dem Ende des II. Vatikanums einsetzende Neukodifikation hat die konziliaren Vorgaben hinsichtlich der Gliedschaft und der Kirchenzugehörigkeit vorwiegend im Zusammenhang mit der *Lex Ecclesiae Fundamentalis* behandelt. Die gesetzlichen Bestimmungen über die Kirchengliedschaft, die Eingang gefunden haben in den CIC/1983, sind das Ergebnis verschiedener ursprünglich voneinander unabhängig arbeitender *Coetus studiorum*.

⁽⁷⁰⁾ Vgl. L. CHIAPPETTA, *Codice di Diritto Canonico*, 269; A. FUENMAYOR, In: *Código de Derecho Canónico* (Pamplona), 170-171.

⁽⁷¹⁾ Hinsichtlich des kirchlichen Begräbnisses werden den Katechumenen Kinder in etwa gleichgestellt, die vor der Taufe gestorben sind, wenn die Eltern vorhatten, sie taufen zu lassen. Zu Recht merkt REINHARDT (In: *Münsterischer Kommentar zu c. 206/5*) dazu an, daß diese Gleichstellung nicht vollkommen gleich ist, weil das Begräbnis der ungetauften Kinder vom Ortsordinarius eigens gestattet werden muß, während Katechumenen einen Rechtsanspruch auf das kirchliche Begräbnis haben.

Entscheidend für das richtige Verständnis der kodikarischen Gliedschaftsnormen ist die Tatsache, daß die einzelnen Studiengruppen unter verschiedenen Perspektiven arbeiteten. Während das SchemaLEF/1980 grundsätzliche Aussagen über die Kirche Jesu Christi enthielt und im Hinblick auf deren Glieder die verschiedenen Abstufungen, konnte sich das SchemaCIC in seiner prinzipiellen Ausrichtung allein auf die Glieder der lateinischen Kirche beschränken und den « christifidelis » allgemein und umfassend umschreiben.

Die unterschiedlichen Perspektiven prägten sowohl die Gesetzessystematik wie die konkreten rechtlichen Formulierungen der jeweiligen Entwürfe. Mit der Aufschiebung der Promulgation der LEF wurde eine Übertragung der einschlägigen Gliedschaftsnormen aus dem SchemaLEF/1980 in das SchemaCIC/1982 erforderlich. Mit Ausnahme des c. 204 § 1 stammen alle kodikarischen Gliedschaftsbestimmungen aus dem SchemaLEF/1980. Aufgrund der andersartigen Konzeption der jeweiligen Gesetzesentwürfe ergaben sich durch diese Verpflanzung systematische und terminologische Schwierigkeiten.

Die Einfügung der cann. 5-8 SchemaLEF/1980 in das SchemaCIC/1982 und danach in der allerletzten Entscheidungsphase zusätzlich noch des can. 1 Satz 2 SchemaLEF/1980 in den CIC ist nicht zufriedenstellend. Durch die Neuplazierung der entsprechenden Bestimmungen im kirchlichen Gesetzbuch von 1983 wurde der ursprüngliche logische Aufbau der gesetzlichen Aussagen des SchemaLEF/1980 aus dem Zusammenhang gerissen. Die für die Eingliederung in das Volk Gottes und für die Zugehörigkeit zur Kirche Christi fundamentale Norm des c. 96 ist an die Spitze des Titels VI über die physischen und juristischen Personen im ersten Buch (*De normis generalibus*) geraten und dort unpassend eingeordnet. Hinsichtlich des c. 96 hätte als Eröffnungsnorm des Titels VI « *De Personis physicis et iuridicis* » eine technisch formulierte Allgemeinnorm ausgeht.

Die Aussage über die Eingliederung in die Kirche gehört systematisch zu den Grundfragen des Verfassungsrechts und sollte in logischer wie theologischer Hinsicht den Abschnitt des Verfassungsrechts eröffnen. Als ekklesiologische Grundaussage hätte sie ihren gesetzessystematisch richtigen Ort als Einleitungsnorm vor c. 204. Offensichtlich war der Gesetzgeber der Auffassung, daß c. 204 § 1 die gleiche Funktion in ekklesiologischer Hinsicht übernehmen könnte. Diese Norm wurde aus dem SchemaCIC/1982 übernom-

men, wo sie nach Aussage des Sekretariats der CIC-Reformkommission zur Umschreibung des «christifidelis» als Glied der katholischen Kirche diene. Bei der Einfügung des c. 204 § 2 CIC wurde aber gerade diese Festlegung des Begriffes «christifidelis» übersehen: Der Einschub des c. 204 § 2 hat die Aussage des c. 204 § 1 in seiner Bedeutung verändert. Nach dem Wortlaut sieht es so aus, als ob es im § 1 um die Kirche Christi gehen würde, folglich würde das Wort «christifidelis» *alle* Gläubigen bezeichnen. Dies wäre dann jedoch die einzige Stelle im CIC, an der der Begriff «christifidelis» in diesem Sinne gebraucht würde.

Dem Gesetzgeber ist entgangen, daß mit «persona in Ecclesia Christi» (c. 96) jeder Getaufte bezeichnet wird, während mit «christifidelis» (c. 204 § 1) nur die katholischen Christen angesprochen werden. C. 204 § 1 und § 2 passen deshalb nicht zueinander, weil der § 2 zur Aussage über die Kirche Christi gehört, so daß am ehesten ein richtiger sachlicher Zusammenhang mit c. 96 besteht. Die gesetzsystematische Plazierung des c. 204 § 2, der im Anschluß an die Wirkungen der Taufe zu Beginn des zweiten Buches unter der Überschrift «De christifidelibus» steht, ist ganz und gar unverständlich. In den Schemata der LEF war diese Bestimmung in die allgemeinen Aussagen über die Kirche rechtssystematisch richtig eingeordnet.

Dadurch, daß die fundamentale Grundnorm des c. 96 über die Kirchengliedschaft in den «Allgemeinen Normen» systematisch wenig glücklich eingeordnet wurde und c. 204 § 1 als Definitionscanon eine falsche Begriffsbestimmung vornimmt, ergibt sich eine grundsätzliche Sinnveränderung. Es will allerdings beachtet sein, daß der gewählte Text des c. 204 § 1 seinem objektiven Sinn nach sehr allgemein gehalten ist, so daß dieser der Sache nach - unbeschadet seiner kodikarischen Bedeutung - nicht ausschließlich nur auf die katholischen Christen anwendbar wäre, sondern auf alle Getauften. Die auf die Katholiken sich beschränkende Interpretation des Begriffes «christifidelis» stützt sich in ihrer Begründung allein auf die innere Logik der gesetzlichen Bestimmungen.

Die Grundaussage über die nichtkatholischen Kirchen und kirchlichen Gemeinschaften, die in can. 7 SchemaLEF/1980 ihren theologischen und rechtlich überzeugenden Platz hatte, ist weggefallen. Für den Wegfall dieser Norm findet sich nirgends eine amtliche Begründung. In gewisser Weise kann man eine solche aber erkennen in den Ausführungen des damaligen Pro-Präsidenten der Kodex-Re-

formkommission, Erzbischof Rosalio José Castillo Lara, anlässlich eines Vortrags vor der kanadischen Société de droit canonique im Oktober 1983⁽⁷²⁾. Dort wird darauf verwiesen, daß die Norm deswegen nicht in den CIC übernommen wurde, weil es sich beim CIC um ein nur die lateinische Kirche betreffendes Gesetzesdokument handle. Auch schiene eine Übernahme dieser Norm in das kirchliche Gesetzbuch nicht opportun, weil c. 11 deutlich sage, daß die nichtkatholischen Christen dem kanonischen Gesetz nicht unterworfen seien. Darüber hinaus wollte der CIC keine Differenzierung der Grade der Verbindung vornehmen, deshalb verwende er die ebenso zurückhaltende wie respektvolle konziliare Wendung «qui in plena communione cum Ecclesia catholica non sunt.»

Trotz dieser in sich zweifellos schlüssigen Ausführungen ist der Wegfall bzw. die Nichtübernahme des can. 7 SchemaLEF/1980 in den CIC zu bedauern, und zwar aus ekklesiologischen Gründen. Ohne daß die Spaltungen in der Christenheit verschwiegen würden, hätte die Einfügung dieser Norm die Sicht dieses Zustandes insoweit ins Positive gewendet, als die außerhalb der katholischen Kirche vorfindlichen kirchenbildenden Elemente gerade in ihrer ekklesialen Qualität anerkannt würden. Dadurch erführen die nichtkatholischen Kirchen und kirchlichen Gemeinschaften eine ekklesiologische Würdigung, die einen gewichtigen theologischen Fortschritt gegenüber der früheren kanonistischen Gliedschaftslehre darstellten, insofern die von der vollen Kirchengemeinschaft getrennten nichtkatholischen Christen nicht mehr nur als einzelne betrachtet würden. Durch die Nichtaufnahme dieser einschlägigen Bestimmung in den

(72) Vgl. R.J. CASTILLO LARA, *La communion ecclésiale dans le nouveau Code de droit canonique*: Communicationes 16 (1984) 242-266, hier 265: «Dans le projet de Loi Fondamentale de l'Eglise figurait ... le can. 7 ... Ce canon s'inspirait, jusque dans les termes, de la Constitution *Lumen Gentium* et du Décret *Unitatis redintegratio* (LG 15, UR 3). Quand l'Autorité Suprême eut décidé de ne pas promulguer la Loi Fondamentale, ce canon ne fut pas, comme d'autres, inséré dans le Code, parce que s'agissant d'un document législatif interne de l'Eglise latine, on ne crut par opportun de donner en quoi que ce soit l'impression de légiféré pour les baptisés non-catholiques, que le can. 11 déclare clairement non sujets à la loi canonique. C'est aussi pour cette raison que le Code ne s'arrête pas à définir des degrés différents dans la communion, mais quand il s'agit des baptisés non-catholiques, il emploie l'expression "qui in plena communione cum Ecclesia catholica non sunt". C'est une expression sobre et respectueuse bien que négative, mais qui présuppose l'enseignement conciliaire de la "quaedam communio, etsi non plena".»

CIC blieb der durch das Vatikanum II erzielte ekklesiologische Erkenntnisfortschritt gesetzgeberisch zum Teil unaufgearbeitet.

Die Rezeption der in den jeweiligen Schemata theologisch und rechtssystematisch korrekt entwickelten Aussagen über die Kirchengliedschaft in das Gesetzbuch der Lateinischen Kirche ist nicht gelungen. Trotz der Nähe, die die einzelnen Bestimmungen zu den Konzilstexten bewahrt haben, kann man nicht davon sprechen, daß die konziliaren Gliedschaftsaussagen ohne Substanzverlust in den CIC übernommen worden sind.

Pagina bianca

NIKOLAUS SCHÖCH

LE «ANIMADVERSIONES» DEL DIFENSORE DEL VINCOLO NELLE CAUSE DI INCAPACITÀ CONSENSUALE

Introduzione: il difensore del vincolo alla ricerca della verità. — 1. Il difensore del vincolo e le scienze umane. — 1.1. La distinzione tra la sfera degli esperti di diritto e gli esperti delle scienze umane. — 1.2. La tutela dell'antropologia cristiana. — 1.3. La necessaria traduzione dal linguaggio psichiatrico al linguaggio giuridico. — 1.4. L'analisi delle fonti delle perizie. — 1.5. Il valore dei documenti clinici e delle cartelle dei medici curanti. — 1.6. La scoperta e la reiezione di mere opinioni e di conclusioni non logiche. — 1.7. L'indicazione del metodo come presupposto di serietà scientifica. — 1.8. La necessaria cautela nell'accettazione dei criteri per il divorzio civile. — 2. Il difensore del vincolo e lo svolgimento del matrimonio fino al fallimento. — 2.1. Le circostanze delle nozze. — 2.2. L'esperienza come elemento accidentale del consenso. — 2.3. La retta distinzione tra difficoltà e impossibilità. — 2.4. La relazione interpersonale minima. — 2.5. La violazione deliberata degli obblighi essenziali. — 2.6. La considerazione del tempo dell'inizio del disturbo e del suo percorso. — 2.7. La durata del matrimonio come argomento per la validità. — 2.8. La considerazione delle cause del fallimento. — 2.9. Il problema della felicità del matrimonio canonico. — Conclusione.

Introduzione: il difensore del vincolo alla ricerca della verità.

Il presente articolo si propone di richiamare all'attenzione del difensore del vincolo⁽¹⁾ gli argomenti da prendere in considerazione nella varietà enorme di causa di incapacità psichica⁽²⁾. Un corretto

⁽¹⁾ Per quanto riguarda la natura e la competenza del suo ministero nel nuovo Codice latino cf.: G.M. USAI, *Il promotore della giustizia ed il difensore del vincolo*, in *Il processo matrimoniale canonico* (Studi giuridici n. 17, a cura di P.A. Bonnet e C. Gullo, Città del Vaticano 1988), 135-141; M. BONNET, *Le défenseur du lien*, in *Cahiers de droit ecclésiastique* 4 (1987), 65-80.

⁽²⁾ Per l'abbondante bibliografia facciamo riferimento a: F.R. AZNAR GIL, *Bibliografía canonica sobre psicología, psiquiatría y consentimiento matrimonial* (1983-1989), in

svolgimento della sua attività processuale richiede una riflessione sempre più attenta e qualificata a causa del progresso delle scienze umane⁽³⁾ da una parte e dell'aumento spaventoso di sentenze di nullità per incapacità psichica⁽⁴⁾ dall'altra parte. La quantità enorme di pubblicazioni riguardo ai capi di nullità presi in considerazione e l'ampiezza dei problemi di diritto formale e materiale non permettono una trattazione esauriente di ogni argomento utilizzabile a favore della validità. Si è cercato perciò di evidenziare gli argomenti il cui chiarimento è indispensabile per un lavoro serio e scientificamente valido nei tribunali. Con le sue osservazioni (« animadversiones ») il difensore del vincolo prepara il caso per la valutazione e la decisione da parte dei giudici. Così la qualità della stessa sentenza dipende, in parte, dalla qualità delle « animadversiones ». Il presente articolo si limita a questo punto cruciale dell'attività del difensore del vincolo.

Le « animadversiones »⁽⁵⁾ al « restrictus iuris et facti », cioè alla difesa della parte attrice consegnata dal suo avvocato o procuratore dopo la conclusione della causa, consistono nella prassi consolidata⁽⁶⁾, come la stessa sentenza, di tre parti⁽⁷⁾: la « facti species » che offre brevemente i fatti che caratterizzano la causa concreta e i nomi, le date, il cammino processuale e le circostanze principali, « in iure » le norme giuridiche e la dottrina riferibile⁽⁸⁾ al caso spe-

Curso de derecho matrimonial y procesal canónico para profesionales del foro (IX) (Bibliotheca Salmanticensis. Estudios 131, Salamanca 1990), 512-522; un aggiornamento bibliografico uscirà nel volume XII del *Curso de derecho matrimonial y procesal* da parte del medesimo autore.

(3) Cf. N. SCHÖCH, *Die Würdigung der Humanwissenschaften durch die Pastoral-konstitution « Gaudium et Spes » und deren Auswirkung auf die Einbeziehung der Experten in den kirchlichen Eheprozess*, in *Antonianum* 70 (1995), 657-684.

(4) Non è solo il numero ma anche la percentuale affermativa che preoccupa: tra il 91 e il 100 % secondo i paesi: cf. W.H. WOESTMAN, *Too many invalid marriages*, in *Studia canonica* 24 (1990), 196.

(5) Cf. J.M. PINNA, *Praxis iudicialis canonica*, 2ª ed. (Romae 1966), 128.

(6) Per i modelli cf. P.V. PINTO, *I processi nel codice di diritto canonico. Commento sistematico al Lib. VII* (Città del Vaticano 1993), 613-618; J.J. GARCÍA FAILDE, *Nuevo derecho procesal canónico. Estudio sistemático-analítico comparado* (Bibliotheca Salmanticensis. Estudios 69, 2ª ed., Salamanca 1992), 434-436.

(7) Cf. R. RODRIGUEZ OCAÑA, *La función del defensor del vínculo (referencia a las causas matrimoniales por incapacidad)*, in *Incapacidad consensual para las obligaciones matrimoniales* (dir. por J.A. Fuentes, Pamplona 1991), 356.

(8) « È lo *ius*, che vi dà la misura ideale o criterio di discernimento da applicare nella valutazione dei fatti. Questo *ius* che vi guiderà, offrendovi parametri sicuri, è il

cifico e, infine, la parte «in facto», cioè il diritto applicato al caso concreto con l'esposizione degli argomenti per la validità del matrimonio nel caso concreto.

Il difensore del vincolo è collaboratore indispensabile del giudice per la ricerca della verità oggettiva⁽⁹⁾ circa la nullità o meno del matrimonio nei casi concreti⁽¹⁰⁾. Non è compito suo sostenere ad ogni costo la validità di un matrimonio o di confutare ogni argomento dell'avvocato, anche se ragionevole e ben provato dagli atti e, tanto meno, di ritenersi soddisfatto quando i giudici decidono a favore della validità. Il difensore del vincolo non difende interessi privati⁽¹¹⁾ come fanno gli avvocati e i procuratori, ma insieme al promotore della giustizia agisce nell'interesse del bene pubblico: esso non consiste nel sostenere la validità del consenso matrimoniale ad ogni costo⁽¹²⁾.

Sono rari i casi di nullità matrimoniale in cui interviene il promotore della giustizia ma l'intervento del difensore del vincolo è prescritto sotto pena di invalidità della sentenza. Così egli diventa in quasi tutti i casi il principale tutore del bene pubblico accanto ai giu-

nuovo codice di diritto canonico... rimangono ancora canoni, di rilevante importanza nel diritto matrimoniale, che sono stati necessariamente formulati in modo generico e che attendono una ulteriore determinazione, alla quale potrebbe validamente contribuire innanzitutto la qualificata giurisprudenza rotale. Penso, ad esempio, alla determinazione del "defectus gravis discretionis iudicii", agli "officia matrimonialia essentialia", alle "obligationes matrimonii essentialia", di cui al can. 1095, ...» (Ioannes Paulus papa II, Alloc. «Sono molto lieto», 26 ian. 1984, Romae, ad Romanae Rotae auditores coram admissos, AAS 76, 1984, 648; G. COMOTTI, *Le allocuzioni del Papa alla Rota Romana e i rapporti tra magistero e giurisprudenza canonica*, in *Studi sulle fonti del diritto matrimoniale canonico* (pubblicazioni della facoltà di giurisprudenza dell'Università di Padova n. 109, a cura di S. Gherro, Padova 1988), 173-186).

(9) Cf. R. RODRÍGUEZ OCAÑA, *La función del defensor del vínculo (referencia a las causas matrimoniales por incapacidad)*, in *Incapacidad consensual para las obligaciones matrimoniales* (dir. por J.A. Fuentes, Pamplona 1991), 356.

(10) Cf. IOANNES PAULUS papa II, Alloc. *Le sono vivamente*, 25 ian. 1988, Romae, ad Romanae Rotae auditores coram admissos, AAS 80 (1988), 1179, n. 2.

(11) Cf. C. DE DIEGO-LORA, *La tutela jurídico formal del vínculo sagrado del matrimonio*, in *Ius canonicum* 17 (1977), 46-49; E. DE LEÓN REY, *Partes procesales y apelación en el proceso de nulidad matrimonial. Estudio histórico crítico de la Codificación de 1917* (tesi di laurea, Roma 1989), 203.

(12) Cioè con argomenti artificiali, prove inutili, impugnazioni assurde ecc. (cf. J.J. GARCÍA FAILDE, *Nuevo derecho procesal canónico*, 77; G.M. USAI, *Il promotore di giustizia ed il difensore del vincolo*, 138).

dici. E il bene pubblico viene tutelato con la scoperta della verità. Il difensore è, così inteso, un collaboratore fondamentale del giudice. Mentre l'avvocato prepara per il giudice gli elementi a favore di una eventuale nullità, il difensore del vincolo mette in luce gli argomenti per la sua validità. Se mancano elementi ragionevoli che possono porre delle difficoltà ad una dichiarazione di nullità il difensore del vincolo deve almeno elencare i punti da approfondire da parte dei giudici e alle quali essi devono rispondere per offrire una argomentazione convincente per affrontare seriamente i dubbi e le incertezze e per raggiungere nel superamento degli ostacoli la certezza morale.

Un difensore del vincolo che si rimette in poche righe semplicemente alla saggezza dei giudici o, peggio, approva gli argomenti dell'avvocato, non offre il contributo suo specifico per la scoperta della verità, alla quale i giudici devono arrivare considerando tutto l'insieme degli atti, e cioè le deposizioni delle parti, le testimonianze, i documenti, le perizie⁽¹³⁾ e, infine, la discussione della causa avvenuta tra gli avvocati e il difensore del vincolo.

Un difensore del vincolo negligente pone un ostacolo alla retta amministrazione della giustizia. Se una parte tramite il suo avvocato si oppone alla dichiarazione di nullità non basta per il difensore del vincolo condividere semplicemente i suoi argomenti. Occorre una ulteriore analisi nell'interesse pubblico perché l'avvocato della parte convenuta opposta non ha altro interesse che il raggiungimento della sentenza negativa ad ogni costo e quindi un interesse diverso da quello del difensore del vincolo. Se gli argomenti secondo il giudizio del difensore del vincolo non sono validi, esagerati o non bene provati, egli non deve recepirli anche se si oppongono alla nullità. Il difensore del vincolo manca al suo compito, se non analizza egli stesso tutti gli atti per arrivare ad un giudizio proprio.

È logico che non deve elencare gli elementi per la nullità scoperti durante il suo studio degli atti e non ancora scoperti dagli avvocati, ma bisogna esporre per conto proprio e con responsabilità propria

(13) Per l'abbondante bibliografia circa la valutazione delle perizie cf. S. MARTIN, *La perizia nelle cause matrimoniali per incapacità psichica. Osservazioni in margine della dottrina dell'ultimo decennio*, in *Il diritto ecclesiastico* 104 (1993), vol. I, 119-120; una breve scelta di sentenze a riguardo offre: B. GIANESIN, *Perizia e capacità consensuale nel matrimonio canonico* (Studi giuridici 21, Padova 1989), 163-164.

senza dipendenza da nessun avvocato, ciò che secondo il giudizio della propria coscienza favorisce la validità o ha bisogno di una speciale considerazione da parte dei giudici, perché è dubbio. Questa indipendenza del difensore del vincolo è essenziale affinché la discussione della causa porti ad un vero progresso nella ricerca della verità oggettiva che è unico scopo della sentenza giudiziale.

È vero che il difensore del vincolo deve scrivere le sue «animadversiones» non semplicemente «pro rei veritate», ma «pro validitate matrimonii». «Se con ciò si vuole intendere che egli ha per parte sua da mettere in rilievo tutto quel che parla in favore e non quel che è contro l'esistenza o la continuazione del vincolo, l'osservazione è ben giusta. Se invece si volesse affermare che il Difensore del vincolo nella sua azione non è tenuto a servire anch'egli, come ad ultimo scopo, all'accertamento della verità oggettiva, ma deve incondizionatamente indipendentemente dalle prove e dai risultati del processo sostenere la tesi obbligata della esistenza o della necessaria continuazione del vincolo, questa asserzione sarebbe da ritenersi come falsa. In tal senso tutti coloro che hanno parte nel processo debbono senza eccezione far convergere la loro azione all'unico fine: *pro rei veritate!*»⁽¹⁴⁾

È quindi del tutto alieno ad un servizio inteso in questo modo esporre degli argomenti artificiali per la validità, solo per ostacolare l'andamento del processo. Del resto è indegno del difensore del vincolo un linguaggio da oratore di piazza o un linguaggio polemico e aggressivo nei confronti delle parti e i loro avvocati. Bisogna addurre con un linguaggio sobrio tutti gli argomenti ragionevoli⁽¹⁵⁾ contro la nullità⁽¹⁶⁾. Anche il sollevare dei dubbi o punti incerti è compito del difensore del vincolo perché il «favor iuris» è di massima importan-

(14) PIUS papa XII, Alloc. *L'inaugurazione del nuovo*, 2 oct. 1944, Romae, ad Romanae Rotae auditores coram admissos, AAS 36 (1944), 285.

(15) Cf. PIUS papa XII, Alloc. *L'inaugurazione del nuovo*, 2 oct. 1944, AAS 36 (1944), 283; M.F. POMPEDDA, *Diritto processuale nel nuovo Codice di diritto canonico: revisione o innovazione?*, IDEM, *Studi di diritto processuale canonico* (Ateneo Romano della Santa Croce, Monografie giuridiche n. 9, Milano 1995), 56.

(16) Cf. can. 1432; M. PALOMAR GORDO, *El defensor del vínculo en el nuevo CIC*, in *Curso de derecho matrimonial y procesal canónico para profesionales del foro* (VII) (Bibliotheca Salmanticensis. Estudios 83, Salamanca 1986), 416. Un elenco di possibili argomenti si trova in: F. GIL DE LAS HERAS, *La impugnación de la sentencia por el Defensor del vínculo en las causas matrimoniales*, in *Ius canonicum*, 21 (1981), 227-307.

za⁽¹⁷⁾, cioè sapere che ogni dubbio che si oppone alla certezza morale appoggia la stabilità del vincolo coniugale⁽¹⁸⁾.

Nell'interesse profondo del bene pubblico⁽¹⁹⁾ sta la protezione del « favor iuris »⁽²⁰⁾, che è un servizio imprescindibile del difensore del vincolo per mantenere, almeno tra i cattolici, la convinzione ferma che il matrimonio è indissolubile, cosa che viene minacciata con delle dichiarazioni sbrigative di nullità, che partono da un favore pratico per l'interesse del singolo a sanare un secondo matrimonio, eventualmente già contratto civilmente. Papa Giovanni Paolo II ha perciò espresso la sua preoccupazione di fronte alle tendenze⁽²¹⁾ a ridimensionare troppo il suo ruolo⁽²²⁾ in modo da rendere superfluo o meramente formale il suo intervento⁽²³⁾.

Rendere qualificato e veramente utile il suo servizio evidentemente costa tempo, così un difensore del vincolo che non possiede un titolo accademico e, a causa di altri impegni, non ha il tempo per l'aggiornamento continuo⁽²⁴⁾ non sarà in grado di svolgere il suo compito seriamente⁽²⁵⁾. Ciò vale anche per il difensore del vincolo qualificato, ma sovraccarico di lavoro. Non è un compito sem-

(17) Cf. can. 1060, IOANNES PAULUS papa II, Alloc. *Le sono vivamente*, ad Romanae Rotae auditores coram admissos, 25 ian. 1988, AAS 80 (1988), 1179, n. 2.

(18) Cf. M. PALOMAR GORDO, *El defensor del vinculo en el nuevo CIC*, 401.

(19) Cf. M. PALOMAR GORDO, *El defensor del vinculo en el nuevo CIC*, 417.

(20) Cf. can. 1060; il difensore del vincolo ha a suo favore tutte le presunzioni legali: cf. M. PALOMAR GORDO, *El defensor del vinculo en el nuevo CIC*, 436.

(21) Cf. Z. GROCHOLEWSKI, *Current questions concerning the state and activity of Tribunals with particular reference to the United States of America*, in *Incapacity for Marriage. Jurisprudence and Interpretation* (Acts of the III Gregorian Colloquium, 1-6 September 1986, Plymouth, USA, ed. by R.M. Sable, Rome 1987), 248-249.

(22) Cf. IOANNES PAULUS papa II, Alloc. *Sono lieto*, 28 ian. 1982, Romae, ad Romanae Rotae auditores coram admissos, AAS 74 (1982), 453.

(23) Cf. IOANNES PAULUS papa II, Alloc. *Le sono vivamente*, ad Romanae Rotae auditores coram admissos, 25 ian. 1988, AAS 80 (1988), 1179, n. 2.

(24) «La stessa persona non può esercitare due funzioni contemporaneamente, essere giudice e difensore del vincolo. Solo una persona competente può assumere una tale responsabilità; e sarà grave errore considerarla di minore importanza» (IOANNES PAULUS papa II, Alloc. *Sono lieto*, 28 ian. 1982, Romae, ad Romanae Rotae auditores coram admissos, AAS 74 (1982), 453).

(25) Un difensore del vincolo che non compie adeguatamente il suo ministero, per eccesso o per mancanza, deve essere sostituito (Cf. M. PALOMAR GORDO, *El defensor del vinculo en el nuevo CIC*, 437).

plice indagare realmente, proporre e chiarire⁽²⁶⁾, specialmente per una persona senza esperienza in campo processuale⁽²⁷⁾.

Al difensore del vincolo⁽²⁸⁾ pongono speciali difficoltà i capi di nullità per incapacità psichica⁽²⁹⁾ (can. 1095); pertanto egli deve disporre di una conoscenza non solo del campo giuridico ma di una certa formazione interdisciplinare dal punto di vista filosofico, teologico, antropologico, psichiatrico e psicologico⁽³⁰⁾ senza evidentemente raggiungere il livello di uno psichiatra professionale. Deve però conoscere almeno le fonti e le scuole principali della psichiatria e psicologia⁽³¹⁾ ed essere in grado, con l'aiuto dei rispettivi manuali, di capire le perizie che legge. La conoscenza delle differenze filosofiche e metodologiche essenziali tra le scienze coinvolte nei processi di nullità matrimoniale⁽³²⁾, è imprescindibile per il difensore del vincolo affinché possa scoprire i troppo frequenti fraintendimenti e confusioni tra i campi dello psichiatra, dello psicologo e del giudice ecclesiastico⁽³³⁾.

(26) Cf. IOANNES PAULUS papa II, Alloc. *Le sono vivamente*, ad Romanae Rotae auditores coram admissos, 25 ian. 1988, AAS 80 (1988), 1179, n. 2.

(27) Riguardo alla questione della preparazione professionale è molto utile consultare: Z. GROCHOLEWSKI, *Alcune questioni attuali concernenti lo stato e l'attività dei tribunali, con particolare riguardo alla situazione negli USA*, in *Monitor Ecclesiasticus* 114 (1989), 352-358.

(28) Cf. F. GIL DE LAS HERAS, *La nulidad matrimonial por incapacidad psíquica. Comentario al Discurso del Papa al Tribunal de la Rota Romana el 25 de enero de 1988*, in *Revista de derecho privado* 1989, 924.

(29) Cf. Z. GROCHOLEWSKI, *Cause matrimoniali e «modus agendi» dei tribunali*, in *Ephemerides iuris canonici* 49 (1993), 134-138.

(30) Cf. J.M. SERRANO RUIZ, *Visión personal del matrimonio: cuestiones de terminología y de fondo para una relectura de las causas canónicas de nulidad*, in *Curso de derecho matrimonial y procesal canónico para profesionales del foro* (IX), 47-48; A. McGRATH, *At the service of truth: psychological sciences and their relation to the canon law of nullity of marriage*, in *Studia canonica* 27 (1993), 390.

(31) Le scuole psicologiche principali che si fondono anche su delle prospettive antropologiche diverse, sono: la scuola behavioristica, la teoria di Freud, la teoria umanistica e la teoria esistenziale (cf. G. VERSALDI, *The dialogue between psychological science and canon law*, in *Incapacity for Marriage. Jurisprudence and Interpretation* (Acts of the III Gregorian Colloquium, 1-6 September 1986, Plymouth, USA, ed. by R.M. Sable, Rome 1987), 33-43; una visione globale offrono: C.S. HALL-G. LINDZEY, *Theories of personality* (3 ed., New York, 1978); S.R. MADDI, *Personality theories. A comparative analysis* (Homewood - Nobleton 1968).

(32) IOANNES PAULUS papa II, Alloc. *Sono molto lieto*, 26 ian. 1984, Romae, ad Romanae Rotae auditores coram admissos, AAS 76 (1984), 648-649.

(33) Cf. IOANNES PAULUS papa II, Alloc. *Le sono vivamente*, ad Romanae Rotae auditores coram admissos, 25 ian. 1988, AAS 80 (1988), 1180, n. 3.

1. *Il difensore del vincolo e le scienze umane.*

1.1. *La distinzione tra la sfera degli esperti di diritto e gli esperti delle scienze umane.*

Compete al difensore del vincolo avvertire se i periti vanno al di là del loro compito, cioè se si sostituiscono ai giudici, «sentenziando» che il matrimonio è nullo o che è valido. L'anomalia psichica non è in sé causa di nullità. Il perito deve perciò diagnosticare il tipo di disturbo e il suo sviluppo evitando di valutare il suoi effetti riguardo al consenso matrimoniale in senso canonico. È compito del medico e dello psichiatra esprimere la propria opinione circa la gravità del disturbo che è però un concetto psichiatrico che non corrisponde necessariamente al concetto di gravità giuridica⁽³⁴⁾. La gravità giuridica consiste nell'incapacità alla necessaria discrezione di giudizio o nell'incapacità ad assumere gli oneri del matrimonio canonico.

Non spetta al perito decidere se un certo tipo di disturbo impedisce il consenso matrimoniale perché il consenso matrimoniale è una realtà giuridica, non psichiatrica⁽³⁵⁾. Lo psichiatra non può considerarsi come esperto, che stabilisce, che cosa si richiede per un valido consenso matrimoniale⁽³⁶⁾.

Perciò è lecito per il difensore del vincolo e poi per il giudice, staccarsi dalle conclusioni del perito che eccedono dal suo campo. Il difensore del vincolo può proporre ai giudici degli argomenti⁽³⁷⁾ per cui ri-

⁽³⁴⁾ Cf. O. FUMAGALLI CARULLI, *Psicologia e diritto nel matrimonio canonico*, in *Il matrimonio canonico dopo il Concilio* (Milano 1978), 143-145; R. RODRÍGUEZ OCAÑA, *La función del defensor del vínculo*, 339-340.

⁽³⁵⁾ Palestro scrive: «Tamen adnotandum est ipsam psychicam anomaliam haud esse ex se causam nullitatis matrimonii, verum, e contra, esse originem incapacitatis assumendi seu incapacitatis consensualis. Unde ad verificandam, in casu concreto, capacitatem contrahentis, attendi debet non tantum ad naturam et gravitatem psychicae anomaliae — quae esset medica notio ... — quantum ad realem impossibilitatem, ob anomaliam praedictam, ex parte contrahentis, assumendi matrimonii essentialis obligationes, quaeque, e contra, est notio iuridica, cuius iudicium non est de competentia peritorum, sed iudicis» (c. Palestro, Rhedonen., 5 iun. 1990, *RRD* 82 (1990), 479, n. 4; cf. anche c. Bruno, Taurinen., 18 maii 1979, *RRD* 71 (1979), 274, n. 7; c. Egan, Romana, 21 apr. 1980, *RRD* 72 (1980), 283-284, n. 5).

⁽³⁶⁾ Cf. c. Colagiovanni, Arundellien. - Brighten., 18 iul 1989, *RRD* 81 (1989), 528, n. 10; c. Giannecchini, Mexicana, 20 ian. 1984, *RRD* 76 (1984), 27, n. 2.

⁽³⁷⁾ Cf. c. Huot, Januen., 3 apr. 1986, *RRD* 78 (1986), 216-217, n. 9.

tiene conveniente di non condividere i risultati della perizia⁽³⁸⁾ o, se la perizia favorisce la validità, delle ragioni per accoglierla. Sia quando si accettano che quando si respingono le conclusioni del perito, il difensore del vincolo deve aiutare i giudici a compiere il dovere della necessaria traduzione dei termini psichiatrici⁽³⁹⁾ in linguaggio giuridico, per quanto riguarda i loro effetti nell'ordinamento canonico, sottolineando evidentemente tutto ciò che ridimensiona la gravità del disturbo, ammonendo i giudici di non passare troppo facilmente dalla gravità psichiatrica a quella giuridica e di offrire degli argomenti derivati dalla considerazione di tutto l'insieme del materiale probatorio⁽⁴⁰⁾. Questa visione integrale del materiale probatorio riduce frequentemente la gravità del disturbo perché ciò che visto isolatamente appare grave, sembra essere di minore entità visto nel suo insieme.

Il difensore del vincolo evita una sopravvalutazione del grado di certezza delle analisi psichiatriche⁽⁴¹⁾ che non sono sempre talmente solide da offrire una base per superare il «favor matrimonii»⁽⁴²⁾ del diritto del quale egli è il principale tutore⁽⁴³⁾. Ciò che può costituire prova scientifica a causa della presenza di un certo disturbo non offre per questo già necessariamente anche una prova giuridica⁽⁴⁴⁾.

Una caratteristica del perito veramente esperto ed onesto è di non trascurare degli argomenti che possono creare delle difficoltà per la certezza della conclusione, come, ad esempio, i contrasti tra le deposizioni, la mancanza di documenti, l'impossibilità di esaminare personalmente il coniuge o la distanza tra il momento delle nozze e il tempo dell'elaborazione della perizia, la propria convinzione filosofica e religiosa⁽⁴⁵⁾.

(38) Cf. can. 1579, § 2; c. Bejan, Buffalen., 10 nov. 1971, RRD 63 (1971), 848, n. 6.

(39) Per il modo della traduzione: cf. A. STANKIEWICZ, *La convertibilità delle conclusioni peritali nelle categorie canoniche*, in *Monitor Ecclesiasticus* 119 (1994), 353-384.

(40) Cf. A. STANKIEWICZ, *La valutazione delle perizie nelle cause matrimoniali per incapacità psichica*, in *Monitor Ecclesiasticus* 117 (1993), 284.

(41) Cf. J.J. GARCÍA FAILDE, *Manual de psiquiatría forense canónica* (Bibliotheca Salmanticensis. Estudios 95, 2ª ed., Salamanca 1991) 127-130.

(42) cf. can. 1060.

(43) Cf. R. RODRÍGUEZ OCAÑA, *La función del defensor del vínculo*, 323.

(44) Cf. c. Raad, Marianopolitana, 14 apr. 1975, RRD 67 (1975), 262, n. 22.

(45) «If psychological research and practice are going to be maximally effective in understanding and improving the human condition, psychologists would be well-adv-

Se i risultati delle perizie non si lasciano armonizzare tra di loro, saranno i giudici a decidere quale ragionamento appaia più convincente⁽⁴⁶⁾. Se i contrasti tra le perizie appaiono insolubili allora offrono un forte argomento al difensore del vincolo per mettere in dubbio il fondamento per raggiungere la certezza morale⁽⁴⁷⁾. Se invece le perizie concordano, diventerà più difficile respingerle⁽⁴⁸⁾.

In linea di massima, sia i giudici che i difensori credono ciò che i periti hanno percepito personalmente durante l'esame delle parti o antecedentemente, durante la cura dell'infermo. Non crederlo significherebbe diffidare «a priori» e senza motivi di una persona che è stata chiamata in causa dallo stesso tribunale e che in genere è una persona di fiducia che frequentemente collabora con esso già da molto tempo. Inoltre, non devono entrare nel campo strettamente scientifico proprio dei periti, perché i difensori e i giudici sono periti nel diritto, non nelle altre scienze. Dunque, non è compito del difensore entrare nel campo scientifico in senso stretto, cioè opporre la propria diagnosi a quella del perito⁽⁴⁹⁾.

Né l'accettazione né la reiezione dei risultati delle perizie avviene senza argomenti. Già il difensore del vincolo può offrire delle ragioni per la decisione eventualmente negativa dei giudici che include anche la perizia, specialmente nelle cause di incapacità⁽⁵⁰⁾. Il giudice deve valutare fino a che punto le perizie aiutano a raggiungere la certezza morale⁽⁵¹⁾. Le conclusioni in genere vengono accettate e tradotte in concetti giuridici, cioè quello che lo psichia-

sed to explicitly explore the connections of their work with the deepest levels of our human commitments. Even if we think about our religious beliefs as biases that we bring to psychological science and practice, we must come to realize first that such biases are intrinsic to our professional activities, in that it is our biases that allow us to perceive and understand anything at all, and second, that the most limiting and dangerous biases are those that are unexamined and hence exert their effect in an unreflective manner» (S.L. JONES, *A constructive Relationship for Religion with the Science and Profession of Psychology. Perhaps the boldest model yet*, in *American Psychologist* 49, 1994, 197).

⁽⁴⁶⁾ C. BRUNO, *Venetiarum*, 13 dec. 1977, *RRD* 69 (1977), 493, n. 7.

⁽⁴⁷⁾ Cf. c. MATTIOLI, *Chicagien.*, 20 dec. 1965, *RRD* 57 (1965), 691, n. 2.

⁽⁴⁸⁾ «...attamen a concordibus peritorum conclusionibus, eorum praesertim qui peritiae vere conspicuae christianum sensum coniungunt, non abscedet iudex, nisi propter contraria gravissima argumenta» (c. Stankiewicz, *Ottavien.*, 23 iul. 1981, *RRD* 73 (1981), 387, n. 8).

⁽⁴⁹⁾ Cf. c. FIORE, *Florentina*, 28 iun. 1966, *RRD* 58 (1966), 465, n. 2.

⁽⁵⁰⁾ Cf. can. 1579 § 2.

⁽⁵¹⁾ Cf. c. COLAGIOVANNI, S. CLODOALDIL, 27 iun. 1986, *RRD* 78 (1986), 415, n. 8.

tra descrive col suo linguaggio scientifico il difensore del vincolo e, più tardi, il giudice deve esprimerlo in linguaggio giuridico, desuendo le conseguenze giuridiche della diagnosi e valutando l'effetto del disturbo diagnosticato per la validità del consenso. Una reiezione totale o in grossa parte della perizia, si concepisce solo in presenza di gravi argomenti contro la serietà del lavoro perché la necessaria traduzione non significa in nessun modo correzione⁽⁵²⁾.

1.2. *La tutela dell'antropologia cristiana.*

È compito del difensore del vincolo prevenire un uso scorretto delle perizie psichiatriche e psicologiche⁽⁵³⁾. Non va messa in pericolo la visione cristiana della natura umana⁽⁵⁴⁾ e del matrimonio, la quale deve essere tutelata dal difensore del vincolo⁽⁵⁵⁾ nell'eminente interesse pubblico di tutta la comunità ecclesiale⁽⁵⁶⁾ per la quale svolge il suo compito.

Molto sottilmente, nei processi canonici, sono entrate delle idee aliene all'antropologia cristiana specialmente attraverso delle perizie acriticamente recepite, che hanno provocato in alcuni paesi un aumento spaventoso di dichiarazioni di nullità in base ad una asserita incapacità psichica fondata esclusivamente su criteri psicologici, che rivelano una visione o troppo ottimista o troppo pessimista dell'uomo⁽⁵⁷⁾, e sicuramente con la piena esclusione di ogni aspetto soprannaturale.

Il regnante Pontefice stesso ammonisce i difensori del vincolo ad allontanare queste ingerenze, compito senz'altro difficile perché

(52) Cf. c. FUNGHINI, *Venetiarum*, 16 apr. 1986, RRD 78 (1986), 259, n. 9.

(53) Cf. IOANNES PAULUS papa II, Alloc. *Le sono vivamente*, ad Romanae Rotae auditores coram admissos, 25 ian. 1988, AAS 80 (1988), 1184, n. 12.

(54) Cf. C. CAFFARRA, *Matrimonio e visione dell'uomo*, in *Quaderni Studio Rotale* II (1987), 29-40.

(55) Cf. R. RODRÍGUEZ OCAÑA, *La función del defensor del vínculo*, 330.

(56) Cf. R. RODRÍGUEZ OCAÑA, *La función del defensor del vínculo*, 328.

(57) Cf. J. SERRANO RUIZ, *Antropologías actuales y visión cristiana del matrimonio. Un comentario al discurso de Juan Pablo II a la Rota Romana en 5 de febrero de 1987*, in *Estudios canónicos en honor del profesor D. Lamberto de Echeverría* (Salamanca 1988), 299; V.J. SUBIRA GARCÍA, *Orientaciones de Magisterio Pontificio sobre la aplicación de la psicología en las causas de nulidad matrimonial*, in *Curso de derecho matrimonial y procesal canónico para profesionales del foro* (IX), 157-182.

presuppone la conoscenza filosofica e in specie antropologica⁽⁵⁸⁾ delle correnti della psicologia e psichiatria. In genere, i periti stessi, non rivelano la scuola dottrinale alla quale aderiscono e può capitare persino a psichiatri cattolici e praticanti che nella prassi processuale applichino dei concetti e metodi inammissibili nell'ambito ecclesiastico.

Non di rado gli psicologi e, a volte, gli stessi giudici descrivono un uomo ideale dotato della pienezza di tutte le facoltà psichiche e fisiche necessarie non per un matrimonio valido ma per una convivenza coniugale perfettamente riuscita. Questi correnti dimenticano che l'uomo ideale che prende la decisione di sposarsi con la somma libertà interna⁽⁵⁹⁾ e esterna e con la somma prudenza ed esperienza dopo una lunga riflessione e la consultazione di amici, parenti e consultori familiari con la previsione di ogni possibile futuro ostacolo, non corrisponde all'esperienza reale e quotidiana e, tanto meno, alla visione cristiana dell'uomo ferito dal peccato, ma capace a trascendere se stesso e a superare le difficoltà che la vita inevitabilmente comporta. Inoltre ci si dimentica che con il presupposto di questi ideali il matrimonio costituisce uno stato di vita accessibile solo ad una ristretta minoranza di eletti. Un tale concetto apre dall'altra parte le porte per delle dichiarazioni di nullità basate su argomenti talmente futili da indurre il sospetto che si tratta piuttosto di sentenze di divorzio anziché di dichiarazioni di nullità.

Un altro pericolo frequente per gli aderenti ad alcune correnti psicologiche è il determinismo⁽⁶⁰⁾ che non lascia più spazio all'azione responsabile e libera dell'uomo⁽⁶¹⁾ e ammette un grave di-

⁽⁵⁸⁾ Una recente esposizione dell'antropologia teologica del matrimonio cristiano con riferimento al diritto canonico si trova in: M.C. FORCONI, *Antropologia cristiana come fondamento dell'unità e dell'indissolubilità del patto matrimoniale* (Tesi Gregoriana. Serie Diritto Canonico n. 4, Roma 1996).

⁽⁵⁹⁾ Alcuni psicologi cattolici propongono la distinzione tra la libertà essenziale e la libertà effettiva (« essential and effective freedom »): B. LONERGAN, *Insight: a study of human understanding* (revised students' edition, London 1958), 619-620; B.M. KIELY, *Psychology and moral theology. Lines of convergence* (Rome 1980), 243-244.

⁽⁶⁰⁾ Cf. F. GIL DE LAS HERAS, *La nulidad matrimonial por incapacidad psíquica. Comentario al Discurso del Papa al Tribunal de la Rota Romana el 25 de enero de 1988*, in *Revista de derecho privado* 1989, 928.

⁽⁶¹⁾ Cf. J.J. GARCÍA FÁILDE, *Manual de Psiquiatría forense canónica* (Bibliotheca Salmanticensis. Estudios 95, 2ª ed., Salamanca 1991), 104.

sturbo della volontà senza un minimo disturbo dell'intelletto speculativo e pratico⁽⁶²⁾. Le attuali correnti psichiatriche, in genere, hanno già abbandonato l'automatismo di condizionamento da cause ambientali o familiari sulla genesi dei successivi accadimenti e comportamenti dell'individuo⁽⁶³⁾. Ciò nonostante si trovano tuttora dei periti che aderiscono all'automatismo come si può desumere da alcune perizie. L'uomo viene considerato esclusivamente determinato dalle circostanze che non gli lasciano neanche un margine di libertà⁽⁶⁴⁾. Conseguentemente l'uomo non è più responsabile delle sue azioni.

Un determinismo di questo tipo si scoprisse, ad esempio, in una perizia o una sentenza di grado inferiore che concludesse dal solo fatto che il coniuge che faceva parte di un reparto combattente durante qualche guerra, avrebbe subito il «Post Traumatic Stress Disorder»⁽⁶⁵⁾ o sarebbe in altro modo traumatizzato⁽⁶⁶⁾. Se una persona ha trascorso un periodo in carcere si conclude che è necessariamente incapace ad emanare un valido consenso. Da qualche azione imprudente, ad esempio in campo economico, si passa alla diagnosi di una grave immaturità. Se qualcuno è un immigrato extra comunitario e per questo ha subito delle discriminazioni si deduce solamente da questo fatto il disturbo di ansia. Lo stesso avviene se dall'assenza del padre nell'educazione o da qualche abuso sessuale subito⁽⁶⁷⁾

(62) Cf. J.J. GARCÍA FAÍLDE, *Manual de Psiquiatría forense canónica*, 64.

(63) García Faílde ritiene compatibili con l'antropologia cristiana le teorie psicologiche moderne di Hans Thomae, G. W. Allport, G. Nuttin, L. M. Rulla e la loro adattamento al consenso matrimoniale elaborata da G. Versaldi: cf. J.J. GARCÍA FAÍLDE, *Manual de Psiquiatría forense canónica*, 106; C. Burke propone il modello di L. M. Rulla come il migliore in campo canonico: C. BURKE, *The Psychology of the Christian Vocation: Interpretative Key of Canon 1095*, in *Iustus Iudex. Festgabe für Paul Wesemann zum 75. Geburtstag* (hg. von K. Lüdicke - W. Mussinghoff - H. Schwendenwein, Essen 1990), 199-214.

(64) Cf. J. SERRANO RUIZ, *Características y valoración de la pericia psíquica en los tribunales eclesiásticos a la luz de los discursos de S.S. Juan Pablo II*, in *Curso de derecho matrimonial y procesal canónico para profesionales del foro* (VIII) (Bibliotheca Salmanticensis. Estudios 117, Salamanca 1989), 299.

(65) Un'analisi psichiatrica e canonica dei matrimoni di ex-combattenti in: Th. A. MORAN, *The Applicability of Canon 1095, 3° to Post-Traumatic Stress Disorders in Vietnam Veterans* (Washington D. C. 1988).

(66) Cf. IOANNES PAULUS papa II, Alloc. *Le sono vivamente*, 25 ian. 1988, AAS 80 (1988), 1183, n. 8.

(67) Una teoria equilibrata circa l'influsso di avvenimenti durante l'infanzia si tro-

si passa alla presenza di qualche disturbo grave al momento delle nozze ⁽⁶⁸⁾.

Bisogna perciò provare in ogni singolo caso che il disturbo per il quale le circostanze offrono al limite qualche predisposizione è realmente avvenuto nel caso concreto. È frequente, ma errato, il sillogismo dalla maggioranza dei casi applicato al caso singolo. Se certe circostanze esterne provocano frequentemente un certo tipo di disturbo non è ammissibile ritenerlo, solo per questo motivo, presente anche nel caso studiato.

Il difensore del vincolo deve scoprire e combattere il determinismo per evitare l'esclusione di gruppi interi della società dal matrimonio compromettendo il diritto naturale a scegliersi lo stato di vita. Tutti gli elementi negativi nella storia di una singola persona possono provocare qualche predisposizione però in nessun modo una determinazione ⁽⁶⁹⁾, contraria alla visione cristiana dell'uomo che ritiene che possano giungere alla santità anche delle persone che non hanno goduto delle migliori condizioni esterne per maturare.

Non si deve trascurare neanche l'insufficiente qualificazione professionale del perito. Non si può pretendere la consapevolezza antropologica da un perito che semplicemente ha esercitato la professione di assistente sociale o frequentato qualche corso di pedagogia. Una mancata qualificazione scientifica del perito va sollevata dal difensore del vincolo.

La citazione di un articolo su qualche rivista, anche di diritto canonico, da parte del perito, non offre di per se già una garanzia per la corrispondenza tra la dottrina esposta e l'antropologia cristiana ⁽⁷⁰⁾. Il difensore del vincolo difende il margine di libertà e respon-

va in: B.M. KIELY, *Psychology and moral theology. Lines of convergence* (Rome 1980), 242-243.

⁽⁶⁸⁾ Un ruolo determinante per il comportamento di un paziente viene attribuito alle esperienze infantili dei primi sei anni di vita specialmente dalla psicoanalisi di Freud e dei suoi discepoli. Si cerca di ripercorrere gli avvenimenti nei primi anni di vita di una persona per spiegare il suo comportamento attuale: cf. J.J. GARCÍA FÁILDE, *Manual de Psiquiatría forense canónica* (Bibliotheca Salmanticensis. Estudios 95, 2ª ed., Salamanca 1991), 100.

⁽⁶⁹⁾ IOANNES PAULUS papa II, Alloc. *Le sono vivamente*, ad Romanae Rotae auditores coram admissos, 25 ian. 1988, AAS 80 (1988), 1184, n. 11.

⁽⁷⁰⁾ La persona, ad esempio, che afferma una mancanza di stima di se stessa viene già giudicata incapace: «A party who feels unspeakably defective and unacceptably flawed as a person at the core of his or her being probably suffers from a grave lack of that

sabilità che rimane in una persona nonostante qualche lieve psicopatologia. La libertà non corrisponde alla facilità nel raggiungimento di soddisfazione e felicità. È contrario alla nozione cristiana dell'uomo ritenere una persona affetta da un lieve disturbo già priva della libertà di agire diversamente e di non commettere un certo errore o di non indulgere ad un certo vizio.

Un ulteriore problema offre la retta distinzione tra un comportamento normale e un comportamento anormale⁽⁷¹⁾. Una depressione dopo la morte improvvisa di una persona cara può provocare una depressione «normale» mentre una persona soffrendo degli stessi sintomi in circostanze ordinarie potrebbe soffrire di una depressione endogena e quindi non normale. La difficoltà di definire in modo soddisfacente che cosa sia la normalità⁽⁷²⁾ parte dalle stesse scienze psicologiche e psichiatriche⁽⁷³⁾. Se manca la presa in considerazione della visione integrale dell'uomo⁽⁷⁴⁾ viene sopravvalutato l'aspetto terreno della persona trascurandola «nella sua dimensione eterna e nella sua vocazione ai valori trascendenti di natura religiosa e morale»⁽⁷⁵⁾.

L'antropologia cristiana invece, arricchita dall'apporto delle scoperte in campo psicologico e psichiatrico, offre una visione della persona umana in tutte le sue dimensioni: terrena, eterna, naturale e trascendentale⁽⁷⁶⁾, come uomo peccatore gratuitamente redento da

discretion of judgement necessary for marriage» (cf. R.M. GARRITY, *Shame, Dysfunctional Families and Lack of Due Discretion for Marriage*, in *The Jurist* 51 (1991), 389). Con la mia affermazione circa l'incompatibilità dell'opinione dell'autore con l'antropologia cristiana non nego la qualità dell'articolo. Conviene soltanto la dovuta prudenza anche di fronte a pubblicazioni canoniche nell'applicazione in campo processuale. Le riviste contribuiscono alla ricerca scientifica e non offrono perciò sempre la garanzia dottrinale necessaria quando si tratta di giudicare in campo forense. Lì si dovrebbe far riferimento innanzitutto alla giurisprudenza della Rota Romana.

(71) Cf. L.M. RULLA, *Anthropology of the Christian Vocation*, 2 vol. (engl. ed., Rome 1986), vol. I, 180-188; S. PANIZO ORALLO, *La normalidad/anormalidad para consentir en el matrimonio: criterios psicológicos y canónicos*, in *Curso de derecho matrimonial y procesal canónico para profesionales del foro* (X) (Bibliotheca Salmanticensis. Estudios 147, Salamanca 1992), 17-63.

(72) Cf. J.J. GARCÍA FAÍLDE, *Manual de Psiquiatría forense canónica*, 36.

(73) Cf. IOANNES PAULUS papa II, Alloc. *Le sono vivamente*, ad Romanae Rotae auditores coram admissos, 25 ian. 1988, AAS 80 (1988), 1180, n. 4.

(74) Cf. IOANNES PAULUS papa II, Alloc. *Le sono vivamente*, 1180, n. 4.

(75) IOANNES PAULUS papa II, Alloc. *Le sono vivamente*, 1180, n. 4.

(76) È compito della teologia adattare le scoperte delle scienze umane ed aprirle ai

Cristo⁽⁷⁷⁾. L'uomo interiormente vulnerato rimane drammaticamente esposto al rischio di fallire la propria vocazione a causa delle difficoltà incontrate sul cammino esistenziale⁽⁷⁸⁾.

Si riduce la dignità della persona umana e la sua vocazione identificando la normalità in relazione al matrimonio con la «capacità di ricevere e di offrire la possibilità di una piena realizzazione nel rapporto col coniuge»⁽⁷⁹⁾. Questa normalità naturale ha una rilevanza per la capacità di tendere ai valori trascendenti, cioè nei casi più gravi di psicopatologia viene compromessa anche la capacità generale del soggetto di tendere a valori⁽⁸⁰⁾. Più evidente si pone il problema nel campo dei disturbi psicosessuali⁽⁸¹⁾ e in specie dell'omosessualità la quale viene ritenuta del DSM⁽⁸²⁾ un disturbo solo nella forma ego-distonica⁽⁸³⁾ mentre negli altri casi si considera normale. Alla visione cristiana dell'uomo e alla dottrina del magistero non corrisponde la normalità dell'omosessualità.

D'altra parte, da alcune scuole di psicologi, certe forme di psicopatologia molto lieve vengono considerate già come contrarie alla normalità, mentre non pongono dei problemi in campo cano-

valori teologici: J.M. LAHIDALGA AGUIRRE, *Antropología científica y matrimonio cristiano*, in *Lumen*, 39 (1990), 40.

(77) Cf. IOANNES PAULUS papa II, Alloc. *Le sono vivamente*, 1181, n. 5.

(78) Cf. IOANNES PAULUS papa II, Alloc. *Le sono vivamente*, 1181, n. 5.

(79) IOANNES PAULUS papa II, Alloc. *Le sono vivamente*, ad Romanae Rotae auditores coram admissos, 25 ian. 1988, *AAS* 80 (1988), 1180, n. 4.

(80) Cf. IOANNES PAULUS papa II, Alloc. *Le sono vivamente*, ad Romanae Rotae auditores coram admissos, 25 ian. 1988, *AAS* 80 (1988), 1180, n. 4.

(81) Cf. F.R. AZNAR GIL, *Homosexualidad, transexualismo y matrimonio* (1965-1984), in *Curso de derecho matrimonial y procesal canónico para profesionales del foro* (VII), 285-290.

(82) AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders*, Fourth Ed. (Washington D.C. 1994), abbreviato: DSM-IV. Sebbene questo manuale per motivi pratici sia ormai frequentemente usato nel processo di nullità del matrimonio, bisogna ricordare l'avvertimento da parte di uno psicologo esperto: «...the psychology presented in the Diagnostic and Statistical Manual is a secularized psychology, dealing with the third dimension only, and not a psychology of transcendence including the first and second dimensions. Unfortunately, this kind of psychology, secularized and anthropologically incomplete, is the psychology that we find taught in most universities» (L.M. RULLA, *Anthropology of the Christian Vocation*, 2 vol., engl. ed., Rome 1986, vol. I, 188).

(83) Cf. F.R. AZNAR GIL, *Homosexualidad, transexualismo y matrimonio* (1965-1984), 296.

nico, perché i limiti ad essa connessi fanno semplicemente parte dei limiti dell'esistenza umana in questo mondo che non è mai completamente libera da condizionamenti interni ed esterni come ammonisce lo stesso Pontefice: «per lo psicologo o psichiatra ogni forma di psicopatologia può sembrare contraria alla normalità, per il canonista, che si ispira alla suddetta visione integrale della persona il concetto di normalità, e cioè della normale condizione umana in questo mondo, comprende anche moderate forme di difficoltà psicologica, con la conseguente chiamata a camminare secondo lo Spirito anche fra le tribolazioni e a costo di rinunce e sacrifici»⁽⁸⁴⁾. Secondo la visione integrale della persona umana essa è posta in questo «mondo contrassegnato dalla lotta tra spirito e carne»⁽⁸⁵⁾.

Si deve perciò presupporre una vera anomalia come causa dell'incapacità che colpisce la facoltà di intendere e volere in modo sostanziale. Circa l'esistenza di essa si deve raggiungere la certezza morale. Se non viene raggiunta dalla perizia e dagli altri elementi della causa non ci si può ritenere invalido il consenso matrimoniale per motivi psichici⁽⁸⁶⁾.

L'antropologia cristiana, infine, non trascura le differenze culturali che influiscono notevolmente sulla distinzione tra normalità e anormalità⁽⁸⁷⁾. Un comportamento che in una regione, in una tribù o un popolo o una classe della società sembra strano può considerarsi perfettamente normale in un altro contesto culturale o sociale. Ciò non esclude l'esistenza dei comportamenti universalmente e assolutamente anormali in tutte le culture e quindi per tutti gli uomini.

⁽⁸⁴⁾ IOANNES PAULUS papa II, Alloc. *Le sono vivamente*, ad Romanae Rotae auditores coram admissos, 25 ian. 1988, AAS 80 (1988), 1181, n. 5; cf. G. VERSALDI, *Animadversiones quaedam relate ad allocutionem Ioannis Pauli II ad Romanam Rotam diei 25 ianuarii 1988*, in *Periodica* 78 (1989), 258.

⁽⁸⁵⁾ Cf. *Annotazioni Generali sul Tribunale Apostolico della Rota Romana*, in *L'attività della Santa Sede nel 1994* (pubbl. non-ufficiale a cura di N. Sarale, Città del Vaticano 1995), 1235.

⁽⁸⁶⁾ c. STANKIEWICZ, *Monasterien.*, 30 oct. 1990, RRD 82 (1990), 757, n. 11.

⁽⁸⁷⁾ Cf. l'analisi del problema secondo diversi casi concreti: A. MENDONÇA, *Recent Rotal Jurisprudence from a Sociocultural Perspective* (part I), *Studia canonica* 29 (1995), 29-84.

1.3. *La necessaria traduzione dal linguaggio psichiatrico al linguaggio giuridico.*

Il difensore del vincolo deve controllare la retta distinzione tra i concetti psicologici e psichiatrici e i termini giuridici e morali⁽⁸⁸⁾. La psichiatria e la psicologia, come scienze particolari, vengono dirette da regole derivate dalla strutturazione logica e statistica⁽⁸⁹⁾ di casi osservati, quindi in modo induttivo. Al contrario, le scienze giuridiche e morali, non partono dall'esperienza ma, in modo deduttivo, da principi derivati dalla divina rivelazione, da concetti filosofici e dalle norme giuridiche positive. La scienza del diritto applica questi principi generali. Perciò è concepibile una apparente contraddizione tra le conclusioni psichiatriche e le conclusioni giuridiche. È possibile che lo psichiatra ritenga una persona priva della debita discrezione di giudizio mentre il giudice la dichiara idonea a porre atti umani, morali e giuridici. Perciò si deve distinguere nettamente tra il concetto clinico di discrezione di giudizio e il concetto giuridico⁽⁹⁰⁾. Non si possono paragonare allo stesso livello la gravità clinica delle perturbazioni psichiche e la loro gravità giuridica che unicamente può costituire un difetto di discrezione di giudizio⁽⁹¹⁾ che rende invalido il matrimonio canonico⁽⁹²⁾.

«Dobbiamo distinguere tale concetto di maturità o discrezione di giudizio da ogni altro desunto da diverse discipline; esso quindi non coincide con quelli sottintesi nei termini usati dalla scienza psichiatrica, psicologica, filosofica, morale, ascetica e religiosa, anche se da ciascuna di queste la nozione giuridico-canonica attinge elementi talora non secondari, spesso anzi qualificanti... Quindi la discrezione di giudizio non comporta uno stato di totale e perfetta sanità mentale, cioè una condizione di completo equilibrio psichico: ma solo quel tanto di integrità dei processi psichici che permetta una conveniente valutazione dell'atto che si vuole compiere e consenta l'autonomia

(88) Cf. G. VERSALDI, *The dialogue between psychological science and canon law, in Incapacity for Marriage. Jurisprudence and Interpretation* (Acts of the III Gregorian Colloquium, 1-6 September 1986, Plymouth, USA, ed. by R.M. Sable, Rome 1987), 72-73.

(89) Cf. J.J. GARCÍA FAÏLDE, *Manual de Psiquiatría forense canónica*, 125-127.

(90) Cf. c. Canals, Halifaxien., 1 iun. 1966, RRD 58 (1966), 377, n. 2.

(91) Una chiara spiegazione del concetto giuridico di discrezione di giudizio si trova in: J.J. GARCÍA FAÏLDE, *Manual de Psiquiatría forense canónica*, 38-49.

(92) Cf. c. Di Felice, Romana, 14 maii 1984, RRD 76 (1984), 281, n. 4.

nel decidersi ad esso, cosicché l'atto possa dirsi proprio del soggetto che lo compie»⁽⁹³⁾.

Questa distinzione vale specialmente per il concetto di maturità. Ogni scienza, e in specie la psichiatria, la psicologia, la teologia e la pedagogia, ha il suo proprio concetto di maturità. Non si può presupporre, in ambito canonico, un livello altissimo di maturità, irraggiungibile per la stragrande maggioranza degli uomini. Ciò non significa che queste scienze non possano contribuire a chiarire se nel caso concreto ci fu presente la maturità minima richiesta dal diritto. Ci vuole solo spirito critico per evitare la confusione tra il minimo e il massimo. Gli esperti del diritto, il difensore del vincolo e i giudici, auspicano ma non presuppongono per il nubente la somma prudenza, l'esperienza e «una preveggenza chiara ed assoluta di ciò che coinvolge o può coinvolgere la vita coniugale, e neppure pretendono che agisca una libertà interiore in sommo grado, né un perfetto equilibrio volitivo-affettivo, né infine una perfetta coscienza delle motivazioni della scelta matrimoniale»⁽⁹⁴⁾.

1.4. *L'analisi delle fonti delle perizie.*

I periti, in genere, ritengono come veri i sintomi raccontati dalle parti e dai testimoni. È perciò compito del difensore del vincolo e dei giudici di investigare se questi fatti deposti sono provati a norma delle regole probatorie del processo canonico. Così può capitare che una perizia si fondi su delle affermazioni ritenute vere che però, secondo il difensore del vincolo, che è esperto del diritto non vengono sufficientemente appoggiate⁽⁹⁵⁾ da altre testimonianze, documenti⁽⁹⁶⁾ e circostanze antecedenti, concomitanti e susseguenti⁽⁹⁷⁾.

Le conclusioni dei periti a favore dell'esistenza di un disturbo sono da analizzarsi da parte del difensore del vincolo soprattutto ri-

⁽⁹³⁾ M.F. POMPEDDA, *Il canone 1095 del nuovo Codice diritto canonico tra elaborazione precodificale e prospettive di sviluppo interpretativo*, in *Iustitia* 40 (1987), 11.

⁽⁹⁴⁾ M.F. POMPEDDA, *Il canone 1095 del nuovo Codice diritto canonico*, 10.

⁽⁹⁵⁾ Cf. c. Ewers, Romana, 30 oct. 1971, *RRD* 63 (1971), 827, n. 4.

⁽⁹⁶⁾ Burke ne enumera cinque tipi principali: «pre-nuptial forms, medical records, medical diagnosis, public and private documents, affidavits» (R. BURKE, *Canon 1095, 1° and 2°*, in *Incapacity for Marriage. Jurisprudence and Interpretation*, Acts of the III Gregorian Colloquium, 1-6 September 1986, Plymouth, USA, ed. by R.M. Sable, Rome 1987, 141-144).

⁽⁹⁷⁾ Cf. c. Pozzi, Ferrarien., 12 ian. 1973, *RRD* 65 (1973), 21-22, n. 6.

guardo al loro fondamento probatorio. Non è molto utile una perizia che non permetta questa verifica⁽⁹⁸⁾ perché non indica le fonti partendo dalle quali arriva alle sue conclusioni⁽⁹⁹⁾. I fatti sui quali si poggia il perito nell'elaborazione della sua diagnosi, devono essere corroborati dalle deposizioni delle parti e dei testimoni, dai documenti, specialmente medici e clinici, e dai risultati dell'esame personale compiuto dal medico⁽¹⁰⁰⁾.

Il difensore del vincolo deve dubitare di una perizia che si fonda semplicemente sulle deposizioni di una parte ed eventualmente i suoi testimoni. Se il perito stesso non si rende conto di questa difficoltà, anche quando manchino eventualmente le deposizioni della parte convenuta e dei suoi testimoni, sorge un problema reale che mette in pericolo il valore della perizia. A che cosa serve una perizia fondata su fatti non provati e dubbi?

Il difensore del vincolo deve notificare al giudice l'insufficienza di una perizia che risponde semplicemente con «sì» o «no» alle domande senza indicare le ragioni e le fonti della risposta. Poco vale anche una perizia di un perito che ha visto una sola volta, magari molti anni fa, la parte affetta da un disturbo e depone, non in base ai suoi appunti, ma semplicemente a memoria. Se sono trascorsi molti anni anche la memoria di un perito onesto e preparato che incontra certamente molti pazienti, risulta dubbia.

1.5. *Il valore dei documenti clinici e delle cartelle dei medici curanti.*

Per stabilire con grande probabilità la gravità del disturbo al momento delle nozze bisogna prendere in considerazione, se ci sono, le cartelle cliniche e gli appunti dei medici che hanno curato l'infermo prima e immediatamente dopo le nozze⁽¹⁰¹⁾. Questi documenti e deposizioni degli psichiatri curanti offrono una base più sicura che le deposizioni delle parti e dei testimoni perché risalgono proprio al tempo che interessa di più e facilitano le conclusioni riguardanti il tempo delle nozze.

⁽⁹⁸⁾ Cf. c. BRUNO, *Novae Aureliae*, 23 Feb. 1990, *RRD* 82 (1990), 142, n. 7.

⁽⁹⁹⁾ Cf. c. FALTIN, *Quercopolitana*, 28 oct. 1988, *RRD* 80 (1988), 581, n. 12.

⁽¹⁰⁰⁾ Cf. c. BRUNO, *Dallasen.*, 19 iul. 1991, *Il diritto ecclesiastico* 103 (1992), II, 236, n. 9.

⁽¹⁰¹⁾ Cf. c. HUOT, *Parisien.*, 2 mart. 1978, *RRD* 70 (1978), 126, n. 11.

Inoltre questi documenti generalmente non sono diretti da interessi, cioè sono oggettivi. Ciò significa che, se un perito non indica dei documenti e delle deposizioni di psichiatri⁽¹⁰²⁾ contemporanei alle nozze che appoggiano⁽¹⁰³⁾ la sua convinzione circa la presenza di un grave disturbo, il difensore del vincolo può già mettere in dubbio la base dei fatti sui quali si fonda la perizia o la sentenza dei giudici del grado inferiore. Se questi documenti e deposizioni non sostengono la gravità allora questo fatto costituisce un forte argomento per il difensore del vincolo. Una perizia che pretende diagnosticare, contro o senza prendere in considerazione gli argomenti del difensore del vincolo, un disturbo chiaramente negato dalle deposizioni degli psichiatri curanti e dai documenti non può offrire delle conclusioni convincenti. Spetta al difensore del vincolo evidenziare questo contrasto.

1.6. *La scoperta e la reiezione di mere opinioni e di conclusioni non logiche.*

Ogni tanto si presentano dei motivi di sospetto per una perizia fondata soprattutto su opinioni espresse con un linguaggio pseudo-scientifico a favore della parte attrice senza preoccuparsi della verità. I fatti vengono presunti, il materiale probatorio a disposizione ampliato, omettendo ciò che potrebbe eventualmente compromettere la certezza della conclusione e esponendo gli argomenti senza nesso logico⁽¹⁰⁴⁾.

Il difensore del vincolo deve analizzare la corrispondenza dell'argomentazione dei periti e di eventuali sentenze di nullità delle istanze inferiori alle regole logiche elementari. L'argomentazione deve sempre corrispondere alle regole fondamentali della logica⁽¹⁰⁵⁾ che valgono per tutte le scienze, incluse la psichiatria e il diritto. I

(102) Cf. c. ROGERS, *Romana*, 5 mar. 1974, *RRD* 66 (1974), 173, n. 4.

(103) Cf. c. RAAD, *Albien.*, 15 iun. 1974, *RRD* 66 (1974), 437, n. 11.

(104) Sono da criticare i periti che, «quadam nebulositate pseudo-scientifica procedentes nulloque modo de veritate factorum solliciti, ad conclusiones properant iuxta placita partium vel patronorum, nulla dictorum reddita ratione, facta potius praesumentes quam probantes, quaedam exaggerando, alia obliviscendo, omnia nulla connexione logica aut aequa proportione sociando» (c. Gianecchini, *Bruklynien.*, 13 apr. 1984, *RRD* 76 1984, 249).

(105) Cf. c. ROGERS, *Meliten.*, 13 iul. 1964, *RRD* 56 (1964), 613, n. 7; c. Mattioli, *Chicagien.*, 20 dec. 1965, *RRD* 57 (1965), 691, n. 2.

giudici che scrivono senza riflessione logica sia la parte «in iure», citando semplicemente il canone, sia la parte «in facto», ripetendo senza nesso logico alcune deposizioni delle parti, dei testi e degli psichiatri che esprimono un'opinione a favore della nullità, sono da rimproverare da parte del difensore del vincolo dell'istanza superiore. Sono da evidenziare dal difensore del vincolo anche le contraddizioni all'interno delle perizie o delle sentenze dei gradi inferiori stessi, cioè le affermazioni incompatibili tra di loro.

Non sono minimamente sufficienti delle impressioni soggettive non confermate da sicuri elementi psicopatologici di fatto. Se mancano i segni clinici e se non emersero dei problemi maggiori nel periodo del corteggiamento sarà difficile per il perito diagnosticare un grave disturbo psichico. Succede inoltre che si costata una discrepanza di entità e di significato clinico tra alcuni argomenti portati e le conclusioni troppo drastiche che appaiano forzate nel contesto clinico. Sarebbe però conveniente chiedere, per non entrare troppo nel campo scientifico proprio degli esperti⁽¹⁰⁶⁾, l'intervento di un «super perito» che può misurare se l'entità delle patologie comportamentali emergenti dagli atti giustifica realmente la diagnosi.

Il «peritior» aiuta anche a chiarire se i «test» psicologici⁽¹⁰⁷⁾ eventualmente applicati dal perito furono bene interpretati considerando anche i presupposti, i limiti⁽¹⁰⁸⁾ e le tendenze del metodo applicato⁽¹⁰⁹⁾. Ci sono dei «test» che, se vengono interpretati al di

(106) Va ricordato la dottrina del Concilio circa l'autonomia delle scienze: «...humanarum artium et disciplinarum culturae... in suo quaeque ambito propriis utantur principiis et propria methodo, quare iustam hanc libertatem agnoscens, cultus humani et praesertim scientiarum legitimam autonomiam affirmat» (Concilium Oecumenicum Vaticanum II: Paulus papa VI una cum Concilii Patribus, Const. past. «Gaudium et spes», 7 dec. 1965, Romae, apud S. Petrum, de Ecclesia in mundo huius temporis, AAS 58 (1966), 1080, n. 59; N. SCHÖCH, *Die Würdigung der Humanwissenschaften durch die Pastoralkonstitution «Gaudium et Spes» und deren Auswirkung auf die Einbeziehung der Experten in den kirchlichen Eheprozess*, in *Antonianum* 70 (1995), 661-666).

(107) Una spiegazione sintetica dei «test» più frequenti si trova in: M.E. ANTÓN VEIRA, *La exploración psicopatológica. Explicación de las diversas técnicas*, in *Curso de derecho matrimonial y procesal canónico para profesionales del foro* (IX), 63-80.

(108) La mancata ammissione dei presupposti nonché dei limiti costituisce uno dei difetti più frequenti delle perizie: cf. L.A. McCANDLISH, *The knotty problem of psychologist in ecclesiastical courts*, in *Studia canonica* 16 (1982), 348.

(109) Cf. L. DEL AMO, *Valoración jurídica del peritaje psiquiátrico sobre neurosis, psicopatías y trastornos de la sexualidad*, in *Ius canonicum* 22 (1982), 663.

fuori del contesto del comportamento generale della persona, tendono a sopravvalutare i sintomi di infermità. I singoli «test» applicati non possono da soli costituire prova piena⁽¹¹⁰⁾ per l'esistenza di un disturbo in un certo momento. Frequentemente i manuali stessi che spiegano i «test» offrono già degli spunti per ridimensionare il valore del risultato.

1.7. *L'indicazione del metodo come presupposto di serietà scientifica.*

Sono da evidenziare le dottrine non comunemente condivise tra gli scienziati e i risultati che sono in contrasto con i principi filosofici⁽¹¹¹⁾ ed etici insegnati dalla Chiesa⁽¹¹²⁾.

Alla serietà dell'argomentazione scientifica appartiene l'indicazione non solo delle fonti utilizzate per raggiungere la certezza morale, ma anche del metodo applicato⁽¹¹³⁾. Perciò non è sufficiente, ad esempio, indicare solo il risultato, cioè la diagnosi e il numero di pagina del manuale dal quale si desumono i sintomi⁽¹¹⁴⁾. Fondamentale è indicare chi e quando è stato visitato personalmente, quale interrogatorio è stato fatto, quali analisi del sangue, radiografie ecc. eseguite, che «test» psicologico o psichiatrico è stato applicato, che materiale probatorio era a disposizione, che dottrina psicopatologica è stata seguita⁽¹¹⁵⁾, quale sintomo riscontrato in modo da rendere fattibile, ad un eventuale «peritior» la verifica dell'analisi eseguita.

⁽¹¹⁰⁾ Cf. E. COLAGIOVANNI, *Rilevanza giuridica dei test psicodiagnostici nelle cause di nullità di matrimonio*, in *Monitor Ecclesiasticus* 116 (1991), 510.

⁽¹¹¹⁾ Cf. J.J. GARCÍA FAILDE, *Manual de Psiquiatría forense canónica*, 140-147.

⁽¹¹²⁾ Cf. c. Rogers, *Meliten.*, 13 iul. 1964, *RRD* 56 (1964), 613, n. 7.

⁽¹¹³⁾ «Periti iuxta propriam disciplinam, propositum casum attente examinare debent ac in sua relatione indicare qua via et ratione processerint in explendo munere sibi demandato et quibus potissimum argumentis suae conclusiones nitantur» (c. Huot, *Januen.*, 3 apr. 1986, *RRD* 78, 1986, 216-217, n. 9); cf. L. DEL AMO, *Valoración jurídica del peritaje psiquiátrico sobre neurosis, psicopatías y transtornos de la sexualidad*, in *Ius canonicum* 22 (1982), 664-666; R. RODRÍGUEZ OCAÑA, *La función del defensor del vínculo*, 338.

⁽¹¹⁴⁾ Cf. ad esempio: 301.81. Si tratta del «Narcissistic Personality Disorder» i cui criteri diagnostici sono elencati in: AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders*, Fourth Ed. (Washington D.C. 1994), 661.

⁽¹¹⁵⁾ Per i principali sistemi: a) in campo psichiatrico: B. CALLIERI, *Psichiatria*, in *Enciclopedia del novecento*, 9 voll. (a cura dell'Istituto dell'Enciclopedia Italiana fondata da G. Treccani, Roma 1975-1990), vol. 5, 748-777. A. VÁZQUEZ FERNÁNDEZ, *Escuelas*,

1.8. *La necessaria cautela nell'accettazione dei criteri per il divorzio civile.*

L'esperienza ci insegna che i periti, ogni tanto, utilizzano in foro canonico dei criteri presi dalla prassi presso i tribunali civili nei casi di divorzio, come ad esempio l'incompatibilità di carattere, le difficoltà della convivenza ecc.⁽¹¹⁶⁾. Questo vale specialmente per i casi in cui i giudici dichiarano nulli dei matrimoni dopo molti anni di convivenza soltanto in base ad una infelicità frequentemente sorta poco prima della separazione. Il Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica⁽¹¹⁷⁾ ammonisce di evitare delle sentenze di nullità del matrimonio che assomiglino alle sentenze civili di divorzio⁽¹¹⁸⁾.

Prevenire futuri scandali a causa di queste incongruenze è supremo servizio di carità, come osserva lo stesso Pontefice Giovanni Paolo II: «È ministero di carità verso la comunità ecclesiale, che viene preservata dallo scandalo di vedere in pratica distrutto il valore del matrimonio cristiano dal moltiplicarsi esagerato e quasi automatico delle dichiarazioni di nullità, in caso di fallimento del matrimonio, sotto il pretesto di una qualche immaturità o debolezza psichica dei contraenti»⁽¹¹⁹⁾.

corrientes y tendencias en la psicología y psicopatología actual, in *Curso de derecho matrimonial y procesal canónico para profesionales del foro* (IX), 15-62.

⁽¹¹⁶⁾ Cf. c. Raad, Marianopol., 14 apr. 1975, RRD 67 (1975), 261, n. 22.

⁽¹¹⁷⁾ SUPREMUM TRIBUNAL SIGNATURAE APOSTOLICAE, *Litterae*, 30 dec. 1971, ex Aed. T., ad Card. J.B. Alfrink Praesidem Conferentiae Episcopalis Neerlandiae missae, *Periodica* 62 (1973), 585; che la lettera frequentemente citata non ha conseguito l'effetto desiderato, si deduce da un articolo recentemente pubblicato dal vicario giudiziale di Utrecht: «...dans quelle mesure l'impuissance psychique à continuer conjoint dans l'Alliance pourrait-elle justifier que des personnes soient mises en état de récupérer leur liberté?... Pour terminer j'exprime ce désir et de tout coeur: qu'un jour le *processus matrimonialis* cesse d'exister et qu'il fasse place à une procédure vraiment pastorale, pleine de miséricorde et de compréhension en faveur de tous ceux qui *n'ont pas pu* observer leur alliance - malgré tous leurs efforts - avec leur bien-aimé(e)» (O.F. REEGEN, *La jurisprudence hollandaise*, in *Revue de droit canonique* 40, 1990, 175; 178).

⁽¹¹⁸⁾ Cf. c. Masala, Mutinen., 20 apr. 1982, RRD 74 (1982), 172, n. 10; R. RODRÍGUEZ OCAÑA, *La función del defensor del vínculo*, 332.

⁽¹¹⁹⁾ IOANNES PAULUS papa II, Alloc. *Viva gioia*, 5 feb. 1987, Romae, ad Rotae Romanae auditores coram admissos, AAS 79 (1987), 1458; per quanto riguarda i commenti a questa allocuzione frequentemente citata in moltissime sentenze cf.: A. ARZA, *Discorso del Papa alla Rota Romana (5 feb. 1987)*, in *Estudios de Deusto* 35 (1987), 133-151; F. LOZA, *Ministerio de verdad y de caridad. Comentario de un juez eclesiástico al discurso del Papa a la S.R. Rota, 5 feb. 1987*, in *Ius canonicum* 27 (1987), 609-617; A. POLAINO

Con la massima cautela va recepita una perizia non elaborata per rispondere alle domande del tribunale canonico e, in specie del difensore del vincolo, ma offerta dalle parti perché già utilizzata durante il processo civile di separazione o divorzio. Non è indifferente se una perizia è stata elaborata per consigliare ai giudici in sede civile il coniuge al quale affidare i figli o stabilire la divisione dei beni comuni o la colpa del fallimento. Lo scopo influisce profondamente sulla scelta degli avvenimenti del matrimonio vissuto presi in considerazione.

2. *Il difensore del vincolo e lo svolgimento del matrimonio fino al fallimento.*

2.1. *Le circostanze delle nozze.*

Gli elementi esterni, come per esempio la giovane età, non devono condurre ad una constatazione automatica della nullità. Anche un matrimonio contratto tra un ragazzo di 16 anni e una ragazza di 14 anni⁽¹²⁰⁾ si presume valido perché già a partire da questa età scatta il «favor matrimonii». Ogni immaturità che rende nullo il consenso va provata nel caso concreto⁽¹²¹⁾. Le persone giovani o semplici con limitate capacità intellettuali possono intuire di per sé tutto ciò che si richiede per un valido consenso. Non si presuppone una piena conoscenza di tutte le singole obbligazioni sociali, morali e giuridiche assunte al momento delle nozze⁽¹²²⁾.

LLORENTE, *Comentarios de un psiquiatra al discurso del Papa al Tribunal de la Rota Romana* (5 feb. 1987), in *Ius canonicum* 27 (1987), 599-607; M. ZUROWSKI, *Riflessioni sul discorso tenuto da Giovanni Paolo II alla Rota Romana il 5-2-1987*, in *Las relaciones entre la Iglesia y el estado. Estudios en memoria del profesor Pedro Lombardia* (a cura di A. de la Hera - E. Melano - A. Alvarez de Morales, Madrid, 1989), 703-710; J.T. MARTÍN DE AGAR, *Magisterio de Juan Pablo II sobre incapacidad consensual*, in *Incapacidad para las obligaciones matrimoniales* (dir. por J.A. Fuentes, Pamplona 1991), 85-118; D.D. PRICE, *Law at the service of truth and justice: An analysis of Pope John Paul II's Rotal Allocutions*, in *The Jurist* 53 (1993), 155-185; J. SERRANO RUIZ, *Antropologías actuales y visión cristiana del matrimonio. Un comentario al discurso de Juan Pablo II a la Rota Romana en 5 de febrero de 1987*, 295-306.

⁽¹²⁰⁾ Cf. can. 1083, § 1.

⁽¹²¹⁾ Cf. c. Felici, Quebecen., 3 dec. 1957, RRD 49 (1957), 789, n. 3.

⁽¹²²⁾ Cf. c. Doran, Sancti Deodati, 23 feb. 1989, RRD 81 (1989), 144, n. 5.

È inammissibile una sentenza di nullità in base alla sola imprudenza della decisione di sposarsi. Per non aver raggiunto neanche dopo l'età minima prescritta dalla legge la maturità necessaria, bisogna provare un disturbo che colpisce sostanzialmente le facoltà intellettuali e psichiche del nubente. Altrimenti si rischia di fondare la sentenza su argomenti futili che mettono in dubbio la serietà del lavoro dei tribunali canonici.

2.2. *L'esperienza come elemento accidentale del consenso.*

La necessaria distinzione, frequentemente dimenticata, tra la capacità di stimare un valore e l'esperienza di un valore è invece da ricordare. Non si può pretendere, per la validità del consenso matrimoniale, che ambedue i coniugi abbiano già una lunga esperienza⁽¹²³⁾ nel campo delle relazioni interpersonali con appartenenti al sesso diverso e forse persino nel campo delle relazioni intime. Non bisogna sperimentare necessariamente tre o quattro fidanzamenti precedenti. Non è segno di immaturità sposare la prima fidanzata.

È concepibile che una persona senza esperienza prenda una decisione imprudente. Una decisione imprudente però non rende di per sé nullo il consenso matrimoniale. È ovvio che una persona dopo aver sperimentato il fallimento del matrimonio frequentemente ritiene imprudente la decisione presa.

2.3. *La retta distinzione tra difficoltà e impossibilità.*

La gravità del disturbo rimane fondamentale e la sua mancanza o incertezza offre un elemento molto importante per il difensore del vincolo. Si pongono dei limiti alla gradualità della gravità del disturbo dal punto di vista giuridico, sebbene innumerevoli gradi sono concepibili nel campo delle scienze psichiatriche. Una persona non può essere più o meno incapace e, conseguentemente, non è più o meno impossibile per essa adempiere gli oneri del matrimonio. La gravità o esiste in modo tale da rendere la persona veramente incapace a scambiare un valido consenso matrimoniale o non è tale da impedire l'assunzione degli oneri⁽¹²⁴⁾.

⁽¹²³⁾ Cf. c. Stankiewicz, Singaporen., 17 dec. 1987, *RRD* 89 (1987), 745, n. 9.

⁽¹²⁴⁾ Cf. «Gravitas tamen refertur ad causam psychicam non autem ad incapacitatem quae in ordine iuridico vel adest plena quia contrahens se habet in impossibilitate (extra suas vires est) assumendi obligationes matrimonii essentialis vel non adest, id est

entrambi, in quanto, singolarmente considerati, sarebbero capaci, perché l'incapacità è personale per sua natura. Una cosa è che l'incapacità sia un'incapacità di tipo relazionale, perché il matrimonio è una relazione interpersonale specificata dalla coniugalità, tutt'altra cosa è spostare il centro dell'incapacità alla stessa relazione, anziché alle persone che la instaurano.

D'altra parte, il giudice, nel determinare l'incapacità, deve mettere in rapporto la causa psichica con gli obblighi essenziali del matrimonio, evitando una nozione riduttiva di codesto istituto, dovuta alla considerazione del vincolo matrimoniale come semplice integrazione affettiva. Gli affetti, di solito, sono presenti nel matrimonio e sono la motivazione della celebrazione, ma la centralità del patto coniugale va rintracciata nella volontà di donarsi ed accettarsi. Perciò, la capacità non è capacità per una adeguata integrazione affettiva, ma per la donazione nella coniugalità mediante la decisione volontaria dei contraenti. Allo stesso modo che è possibile la celebrazione di un matrimonio valido nel quale la dimensione affettiva sia minima o anche inesistente, si deve affermare che la difficoltà e persino l'impossibilità di stabilire un rapporto affettivo soddisfacente non è segno di incapacità per il matrimonio⁽⁹⁹⁾.

Sono in ogni caso da respingere le nozioni di incapacità relativa che intendono tale l'incompatibilità di carattere o quelle che affermano la rilevanza giuridica di una patologia lieve messa a confronto con un'altra patologia, anche essa lieve, nell'altro contraente. Con più ragione si deve rifiutare una definizione di incapacità la cui unica prova sarebbe il fallimento dell'unione coniugale, in quanto questa può avere la sua origine in cause imputabili per l'errato uso della libertà o l'errata gestione delle normali crisi della vita matrimoniale⁽¹⁰⁰⁾.

⁽⁹⁹⁾ Cfr. GIOVANNI PAOLO II, *Allocutio ad Romanae Rotae Auditores*, 27 gennaio 1997, n. 3.

⁽¹⁰⁰⁾ Cfr. P.J. VILADRICH, *Comentario al canon 1095*, cit., p. 1242: «El completo conocimiento fáctico del caso según su secuencia cronológica y biográfica, que permite establecer las reales causalidades entre los hechos y, en su momento, la exhaustiva instrucción de la causa son elementos decisivos para la correcta calificación de estos supuestos fronterizos entre la imposibilidad de asumir en el *in fieri*, que emerge fácticamente en el *in facto esse*, y la imposibilidad sobrevenida en la vida matrimonial, tras el *in fieri* válido; especialmente cuando esta imposibilidad sobrevenida presenta un cuadro psicopatológico originado y agravado por la desafortunada relación fáctica concreta

le personalità nella loro mutua interazione. Da questo studio, potrebbe emergere un'incapacità per stabilire il rapporto tra queste due persone, che non si potrebbe attribuire a uno di loro, ma a entrambi nella loro particolare personalità⁽⁹⁶⁾.

In alcune della cause c. Serrano abbiamo osservato che le situazioni concrete si potevano includere nella fattispecie di cui al comma terzo del canone 1095, facendo sempre una chiara distinzione tra la causa psichica, le sue caratteristiche e la sua origine, e l'incapacità in senso giuridico come effetto o conseguenza della causa psichica⁽⁹⁷⁾. Il problema principale di questa terminologia, a nostro avviso, è l'ambiguità: quello che Serrano intende come «incapacità relativa» ha poco a che vedere con la nozione che molti tribunali locali fanno propria. Perciò, nell'attuale momento della giurisprudenza canonica, la prudenza ci spinge a rifiutare la nozione di incapacità relativa perché imprecisa e, tante volte, a seconda di cosa si intenda per relazione interpersonale, contraria a una retta comprensione del matrimonio come vincolo giuridico nel quale non c'è soltanto una relazione affettiva, bensì un relazione giuridica dalla quale scaturiscono diritti e obblighi⁽⁹⁸⁾.

Si può senza dubbio parlare di incapacità per celebrare questo matrimonio, che è quello che il giudice deve accertare in ogni situazione. Questo però non significa che si possa parlare di incapacità di

(96) Cfr. IDEM, *La consideración existencial del matrimonio en las causas canónicas de nulidad por incapacidad psíquica*, in *Angelicum*, 68 (1991), p. 33-63; *La incapacidad relativa como causa de nulidad del matrimonio en el canon 1095, 3º*, in *Curso de Derecho Matrimonial y Procesal Canónico para profesionales del Foro*, XII, Salamanca 1996, p. 157-174.

(97) Dall'analisi delle decisioni c. Serrano che abbiamo sopra citato, si può osservare che in molte di esse, benché si parli di incapacità per la relazione interpersonale, i giudici hanno fatto un'accurata analisi della causa psichica della possibile incapacità, indirizzando la loro indagine alla personalità di ognuno dei contraenti — talvolta soltanto ad uno di essi — per chiarire se al momento di celebrare il matrimonio erano realmente incapaci per la presenza di una causa psichica grave. Soltanto nelle sentenze più recenti parla espressamente di incapacità relativa. Cfr. Mexicana, 13 dicembre 1991, in RRDec. vol. LXXXIII, p. 756-775, nella quale si decide per la nullità, modificata dalla c. Civili, 2 marzo 1993 e Mexicana, 26 marzo 1993, donde la decisione *pro nullitate* si fonda nell'incapacità di assumere dell'attrice.

(98) Riguardo al ruolo della giurisprudenza rotale nell'interpretazione e applicazione del diritto, cfr. J. LLOBELL, *Perfettibilità e sicurezza della norma canonica. Cenni sul valore normativo della giurisprudenza della Rota Romana nelle cause matrimoniali*, in *Ius in vita et in missione Ecclesiae*, Città del Vaticano 1994, p. 1233-1258.

D. *Considerazioni conclusive.*

Tra le sentenze in cui si fa riferimento all'incapacità relativa, maggiori sono quelle che sono ad essa contrarie. Una prima considerazione va fatta: nella stragrande maggioranza delle sentenze rotali che riguardano questa fattispecie, il dubbio della causa è stato definito nell'incapacità di entrambi i contraenti ad assumere gli obblighi essenziali del matrimonio, e non nella incapacità relativa. Pensiamo che questo fatto serva a confermare quanto dicevamo prima: l'origine della fattispecie di solito si trova in una situazione di fatto nella quale si scorge un importante elemento relazionale, che rende assai difficile e talvolta impossibile la determinazione di una incapacità nel soggetto considerato in senso astratto, senza tener conto della concreta relazione matrimoniale. Ciò, però, non significa che si possa parlare di incapacità della relazione⁽⁹⁴⁾. In alcuni di questi casi ci troviamo dinanzi ad una incapacità personale che ha avuto origine nell'aggravarsi di una patologia a causa del rapporto patologico che alla fine porta a uno stato di incapacità per il consenso. È possibile che, se la persona che ora si ritiene incapace avesse trovato un'altra persona con la quale la relazione si sarebbe sviluppata in modo diverso, non avrebbe raggiunto quella situazione di incapacità, ma questo non significa che si possa escludere l'esigenza della prova della incapacità personale di uno o di entrambi i contraenti al momento di celebrare il matrimonio.

Tra i giudici rotali, Serrano ha sempre affermato la ammissibilità dell'incapacità relativa, tanto nei suoi scritti di dottrina⁽⁹⁵⁾ quanto nella sua attività come giudice rotale. Il punto centrale della dottrina di Serrano è che il matrimonio è una relazione interpersonale. Quindi, per determinare la capacità o l'incapacità si deve necessariamente analizzare la personalità dei contraenti non soltanto isolatamente, bensì nel loro reciproco rapporto. Si dovrebbero analizzare

⁽⁹⁴⁾ Cfr. P.J. VILADRICH, *Comentario al canon 1095*, cit., p. 1241-1242.

⁽⁹⁵⁾ Cfr. J.M. SERRANO, *Nulidad del matrimonio, coram Serrano*, Salamanca 1981, p. 19-184; *El espíritu del Derecho Canónico. Una reflexión sobre los grandes principios inspiradores del ordenamiento jurídico de la Iglesia Católica y algunos de sus institutos más característicos*, Valladolid 1986, p. 70-73; *La consideración existencial del matrimonio en las causas canónicas de nulidad por incapacidad psíquica*, in *Angelicum*, 68 (1991), p. 33-63 e 173-230; *La incapacidad relativa como causa de nulidad del matrimonio en el canon 1095, 3º*, in *Curso de Derecho Matrimonial y Procesal Canónico para profesionales del Foro*, XII, Salamanca 1996, p. 157-174.

questa possibilità, in queste decisioni, sarebbe la paragonabilità tra l'incapacità e l'impotenza. Nelle decisioni c. Serrano l'argomentazione è più articolata e richiama alla natura interpersonale del matrimonio e a criteri di tipo esistenziale⁽⁸⁸⁾.

La giurisprudenza rotale più recente respinge questa analogia con la impotenza⁽⁸⁹⁾. Nella decisione c. Funghini si afferma: «Analogia cum impotentia relativa non tenet (...). Illo in agro requiritur potentia vel capacitas determinatum actum ponendi simultanee et mutua cooperatione. Sexualis enim actus uno eodemque tempore ab utroque coniuge pro sua cuiusque parte est ponendus et idem vulneratur vel impeditur ex defectu functionalis unius, etsi se non gravis, cui accedat carentia alterius et non absolute gravis defectus utriusque coniugis, gravis fieri potest deficiente cooperatione ob defectum utriusque»⁽⁹⁰⁾.

Nella citata sentenza c. Civili si afferma che non si può invocare il can. 1084 § 1 (impotenza assoluta o relativa) come criterio di interpretazione del n. 3° del canone 1095, dato che le fattispecie dell'impedimento dirimente di impotenza e dell'incapacità consensuale sono essenzialmente diverse, e il canone 17 fa riferimento ai luoghi paralleli soltanto nei casi di legge dubbia e oscura⁽⁹¹⁾. Caso mai, i luoghi paralleli sarebbero gli altri due commi del canone 1095. Tanto meno si può invocare il can. 19: non c'è silenzio di legge, l'impotenza non è un caso simile, la dottrina è divisa e la giurisprudenza maggioritaria respinge l'incapacità relativa⁽⁹²⁾. Invece, è da applicare il can. 18, a norma del quale le leggi inabilitanti, come è il can. 1095, che restringe lo «ius nubendi», sono da interpretare in senso stretto⁽⁹³⁾.

giuridicamente. Infatti, nella decisione citata e in altre in cui fa riferimento a una possibile incapacità relativa la decisione rotale è stata negativa.

⁽⁸⁸⁾ Cfr. le decisioni c. Serrano sopra citate.

⁽⁸⁹⁾ Vedi nota 18.

⁽⁹⁰⁾ c. Funghini, 23 giugno 1993, n. 8, cit., p. 476.

⁽⁹¹⁾ CIC, can. 17: «Leges ecclesiasticae intellegendae sunt secundum propriam verborum significationem in textu in contextu consideratam; quae si dubia et obscura manserit, ab locis parallelis, si qui sint, ad legis finem ac circumstantias et ad mentem legislatoris est recurrendum».

⁽⁹²⁾ CIC, can. 19: «Si certa de re desit expressum legis sive universalis sive particularis praescriptum aut consuetudo, causa, nisi sit poenalis, dirimenda est attentis legibus latis in similibus, generalibus iuris principii cum aequitate canonica servatis, iurisprudentia et praxi Curiae Romanae. communi constantique doctorum sententia».

⁽⁹³⁾ Cfr. c. Civili, *Mexicana*, 2 marzo 1993, nn. 9-11, cit., p. 79.

l'altro contraente; *d*) Deve avere la sua origine in una causa di natura psichica. Perciò, l'incapacità si riscontra soltanto nei casi in cui uno o entrambi i contraenti, al momento del consenso, era intaccato da una perturbazione grave della sua psiche. La vita matrimoniale servirà come mezzo di prova dell'incapacità presente già al momento del consenso, non potendo mai divenire elemento costitutivo dell'incapacità⁽⁸⁵⁾.

Affermano i sostenitori dell'incapacità relativa che, dato che il matrimonio è una relazione interpersonale — una relazione tra due —, nello stesso modo in cui nel Diritto Canonico si ammette l'impotenza relativa, cioè, la nullità del matrimonio a causa dell'inabilità per la consumazione, con questa determinata persona, così si dovrebbe accettare la nullità per incapacità a stabilire il rapporto matrimoniale interpersonale, con questa determinata persona. Ammesso ma non concesso che si possa parlare di incompatibilità per il rapporto con questa determinata persona, a nostro avviso, se si tiene conto della retta antropologia cristiana di cui parla Giovanni Paolo II, nonché della distinzione tra impossibilità e difficoltà, è assai difficile accettare una assoluta incapacità fondata nell'incompatibilità, tenendo conto che il legislatore, sia nel comma secondo che nel terzo del can. 1095, ha voluto ribadire la gravità della causa dell'incapacità: *gravi defectus* nel comma secondo, *assumere non valent* nel comma terzo⁽⁸⁶⁾.

In alcune sentenze c. Pinto si trova qualche accenno alla possibilità di ammettere una incapacità soltanto relativa⁽⁸⁷⁾. Il motivo di

⁽⁸⁵⁾ Cfr. c. Funghini, 23 giugno 1993, n. 8, cit., p. 476.

⁽⁸⁶⁾ c. Bruno, Columben., 22 februarii 1980, in RRDec. vol. LXXII, pp. 127-128: «Huiusmodi distinctio admitti nequit quoad incapacitatem psychicam, quatenus naturae (personalità) defectus, quando est gravis, perseverat relate ad quamlibet partem; aliter autem accidit in impotentia matrimoniali, quae merito est absoluta aut relativa (cfr. can. 1068, § 1). Quoad incapacitatem psychicam in relationibus interpersonalibus instaurandis dicendum praecitatam distinctionem tantummodo valere ad maiorem aut minorem difficultatem pro assequenda optata relatione interpersonalibus significandam».

⁽⁸⁷⁾ Cfr. c. Pinto, Marianopolitana, 27 maggio 1983, n. 4, in RRDec. Vol. LXXV: «Nihil autem ob stare videtur quominus sit *relativa* et non absoluta, eodem modo impediens ne ius compartii perpetuo tradatur. Nulla apparet ratio ob quam a norma can. 1068 § 1 recedatur cum etiam hic agatur de incapacitate tradendi obiectum formale essenziale consensus». Pinto, paragonando l'incapacità con l'impotenza, afferma che quella deve essere antecedente e perpetua, il che renderebbe difficile che una incapacità fondata sull'incompatibilità tra le due personalità fosse perpetua e quindi rilevante

cora una volta, bisogna distinguere tra incapacità di assumere e difficoltà di adempiere, che dipenderà più dall'adeguato uso delle proprie possibilità e dalla libertà delle persone, anziché da una causa di nullità del vincolo, sempre *ab initio*, cioè al momento di assumere, mai nel momento di adempiere, che è sempre posteriore all'instaurarsi del vincolo matrimoniale⁽⁸²⁾. La cosiddetta «incapacità relativa», intesa come incompatibilità essenziale, sarebbe quindi insufficiente per configurare una vera e propria incapacità giuridica, essendo una dottrina poco sicura che va comunque respinta⁽⁸³⁾.

Troviamo la stessa opinione nella decisione c. Civili già citata, nella quale, a norma del canone 1095, 3° , si riconosce un solo tipo di relatività, quella che attiene agli obblighi essenziali del matrimonio. Il giudice può interpretare le leggi, però non può né deve sostituirsi al legislatore. In questa potestà interpretativa, il giudice ben può riconoscere la relatività agli obblighi essenziali, non può invece ammettere la relatività dell'incapacità riguardo all'altro soggetto: questo sarebbe creare una nuova legge⁽⁸⁴⁾.

Di fronte alle suddette teorie circa l'incapacità relativa, nella citata decisione c. Funghini si danno alcuni criteri per determinare l'esistenza di una vera incapacità nel caso concreto: *a)* La singola parte, indipendentemente dall'altra, deve essere incapace al momento della celebrazione del matrimonio; *b)* L'incapacità non è l'addizione delle lievi patologie di ognuno dei contraenti; *c)* L'incapacità deve riguardare gli obblighi essenziali del matrimonio, anziché la persona del-

(82) Cfr. c. Pompèdda, Marianopolitana, 19 febbraio 1982, in RRDec. vol. LXXIV, p. 90: «Exinde, etiam capacitas eiusmodi, sicuti ceterum exstat in schemate novi codicis canonici (cfr. Z. Grochowski, Documenta recentiora circa rem matrimoniam et processualem, Romae P.U.G. 1980, p. 83 s.), refertur ac referri debet non de subiecto ad subiectum, sed obiective ad matrimonii obligationes essentielles. Neque confundi potest maior vel minor facilitas easdem adimplendi cum hac vel illa comparte, cum impossibilitate eas adsumendi. Ceterum vel attentio ad causam eiusmodi incapacitatis urget ut nota absoluta non autem relativa in ea asseratur».

(83) Cfr. c. Pompèdda, Ruremunden., 19 octobris 1990, in RRDec., vol. LXXXII, p. 689-690: «Imprimis ad rem quoddam *dubium iuris* asserendum videtur, exstante difformitate hodiernae doctrinae canonicae; quin, si ad Nostrum Fori iurisprudentiam attendamus, communis iam dici debet doctrina denegans sufficientiam incapacitatis relativae. At insuper facilius ista duceret ad confusionem inter matrimonium *nullum et felicem* convictum, qui saepe saepius non ex partium incapacitate sed ex earundem voluntate pendet».

(84) Cfr. c. Civili, *Mexicana*, 2 marzo 1993, n. 8, cit.

tempo, una siffatta concezione dell'incapacità, porterebbe ad un assurdo giuridico: la validità o meno del matrimonio resterebbe sospesa, sfumandosi la chiarissima ed essenziale distinzione tra matrimonio *in fieri* e matrimonio *in facto esse*, una delle più importanti conquiste della canonistica sin dai primi secoli, di fronte alla concezione romana del matrimonio come relazione di fatto che dipenderebbe dall'*animus maritalis* ⁽⁸¹⁾.

L'incapacità di assumere per cause di natura psichica, afferma Pompedda, fa riferimento al rapporto tra il soggetto che contrae e l'oggetto del consenso matrimoniale, non alla relazione tra soggetto e soggetto. Per ciò, non si può confondere l'incapacità di assumere con le difficoltà per portare avanti una relazione validamente instaurata a causa delle specifiche personalità di entrambi i contraenti. An-

453: «Incapacitas autem relativa, de qua loquuntur quidam novatores, aequivoce adhibetur (...). Nisi autem incapacitas relativa illa ita intelligatur, iudicium de eadem penderet semper ex experientia convictus coniugalis: et quodlibet matrimonium semper contraheretur suspensa validitate usque ad firmatam communionem coniugum: quod absurdum quid inducit in ratione iudiciali, omnino illicitum in ratione morali, funditus contrarium ipsi notioni de matrimonio quod exurgit momento elicitu consensus. Revera thesis eorum, qui favent eiusmodi incapacitati relativae fundatur in gravissima ambiguitate et sophismate iniquo: equidem consensus coniugalis est aliquod relativum, quia relationem interpersonalem inducit: et ideo quilibet contrahens capax esse debet illam relationem instaurandi. Sed relativus est consensus in obiecto, non in subiecto. Nisi nupturiens tempore matrimonii adhuc immaturus seu discretionem carens probetur: sed hoc est alia hypothesis».

⁽⁸¹⁾ Cfr. P. LOMBARDIA, *El matrimonio en España, cara al futuro*, in *Instituciones canónicas y reordenación jurídica*, Salamanca 1979, p. 59-67: Una delle cause principali del travolgimento del sistema è stata, afferma Lombardía, la nuova concezione del matrimonio che proviene dalla cosiddetta «visione personalista del matrimonio», che tante volte malintesa ha portato a degli atteggiamenti soggettivistici ed incentrati nell'amore inteso come sentimento o affetto: un esempio in più della confusione cui si può arrivare se non si delimitano bene i confini tra le diverse scienze, il modo di affrontare la realtà ed il metodo proprio di ognuna. Una visione fenomenica o esistenziale del vincolo giuridico matrimoniale sposterebbe il centro del vincolo dal giuridico verso il fenomenologico, dalla volontà come capacità di impegnarsi in un vincolo giuridico permanente, agli affetti come fondamento di un rapporto di fatto e quindi variabile. Non dubita Lombardía ad affermare che con questa visione si retrocede ad una concezione di matrimonio pre-cristiana, quella propria dei romani. Una delle più grandi conquiste della canonistica, quale è la concezione del matrimonio come vincolo giuridico, come unione dei due, fondata sul consenso matrimoniale, verrebbe meno. La distinzione essenziale tra patto fondante del matrimonio — patto coniugale, matrimonio in fieri — e matrimonio come realtà permanente — matrimonio in facto esse, vincolo coniugale —, non avrebbe più senso.

niugi, che si manifesterà soltanto dopo le nozze, e la cui prova sarebbe proprio il fallimento dell'unione, è causa di incapacità, quindi della nullità dell'unione, farebbe sì che il processo di nullità del matrimonio divenisse un mezzo per risolvere le crisi e i fallimenti matrimoniali, anziché uno strumento giuridico e pastorale per accertare la verità di una unione matrimoniale. Per ciò, lo stesso giudice rotale respingeva una distinzione che si era fatta strada tra indissolubilità ideale e indissolubilità giuridica, nonché quella identificazione tra incapacità ed incompatibilità essenziale⁽⁷⁸⁾.

Nello stesso senso, nella decisione c. Civili che ora pubblichiamo, si respinge la nozione di incapacità relativa perché, tenuto conto della sua imprecisione, potrebbe portare a gravi abusi: confusione tra la vera incapacità antecedente e le reazioni, anche abnormi, conseguenza della vita matrimoniale; confusione tra vera impossibilità e difficoltà gravi; ammissione di concetti e terminologie proprie della psichiatria e della psicologia che sono estranee al diritto canonico. Al massimo, nei casi di incapacità relativa, si potrebbe accettare l'esistenza di un «*dubium iuris*», caso in cui i giudici, a norma del can. 1060, devono optare per la validità del matrimonio⁽⁷⁹⁾.

La giurisprudenza rotale maggioritaria, entrando già nell'esegesi del canone 1095, 3°, ribadisce che l'unica relatività che si può ammettere è quella che riguarda i diritti e gli obblighi essenziali del matrimonio.

In una sentenza c. Di Felice si affronta questo problema, ribadendosi che l'incapacità si può dire relativa soltanto riguardo all'oggetto, non riguardo alla persona dell'altro contraente⁽⁸⁰⁾. Allo stesso

⁽⁷⁸⁾ c. Raad, Marianopolitana, 14 aprilis 1975, in RRDec., vol. LXVII, p. 255-259: «*Conc. Vat. II christifideles admonuit: "Praeterea hodiernae condiciones oeconomicae, socio-psychologicae et civiles non leves in familiam perturbationes ducunt" (Gaudium et spes, n. 47). Divortium, toto in orbe terrarum, duce experientia, plerumque datur ob hanc incompatibilitatem. Reducere convictus iugalis difficultates ad incompatibilitatem essentialem, postea matrimonia nulla declarare ex hoc novo capite, idem valet quam divortium pronuntiare, sicuti plus quam semel Nostra iurisprudencia admonuit (cfr. coram Anné, diei 25 febr. 1969, n. 18; coram Di Felice, diei 8 martii 1975, n. 4). Matrimonii indissolubilitas non tantum in doctrina sed et in praxi servari debet, quin distinguatur inter indissolubilitatem "idealem" et indissolubilitatem "iuridicam" ».*

⁽⁷⁹⁾ Cfr. c. Civili, mexicana, 2 marzo 1993, n. 12, in RRDec. vol. LXXXV, p. 79, pubblicata in questo numero di «*Ius Ecclesiae*».

⁽⁸⁰⁾ c. Di Felice, Ruremunden., 12 novembris 1977, in RRDec., vol. LXIX, p.

decisione citata risponde: « non bene emergit quomodo haec incapacitas dici potest praematrimonialis atque influxum habere potuerit in consensum »⁽⁷⁶⁾. Ancora una volta, l'esegesi della norma del 1095, 3° serve a dare risposta a queste fattispecie prospettate dalla dottrina. La domanda è: quella patologia che, dal punto di vista medico, sarebbe da considerare lieve, quando e fino a che punto diviene grave da inficiare la stessa capacità giuridica per il consenso? Se diviene grave dopo il matrimonio, qualunque sia la causa, non si vede come si possa affermare l'incapacità in senso giuridico, che deve essere presente al momento del consenso. Quindi, è irrilevante un'incapacità di *adempiere* gli obblighi del matrimonio apparsa dopo il matrimonio.

Diversa sarebbe la situazione di una persona che ha una patologia lieve all'origine che, però, per la natura patologica del rapporto stabilito tra due persone nel periodo del fidanzamento, si è aggravata fino a rendere oggettivamente incapace uno o entrambi i soggetti *per la costituzione* del vincolo matrimoniale. In questi casi, si deve accertare accuratamente se la patologia, già al momento del consenso, rendeva incapace per il matrimonio. Come si vede, la situazione è sostanzialmente diversa. Il problema in questi casi, come ha ribadito più volte la giurisprudenza rotale, è distinguere tra la patologia presente al momento di manifestare il consenso e quella che è apparsa dopo la celebrazione del matrimonio, per un errato atteggiamento di uno o entrambi i coniugi dinanzi alle difficoltà della vita coniugale⁽⁷⁷⁾. La chiave di interpretazione della fattispecie concreta è la distinzione tra la causa dell'incapacità — che si può trovare nella singola persona colpita da una patologia o nella relazione a sfondo patologico che ha aggravato un disordine fino a rendere incapace la persona —, e l'incapacità stessa in senso giuridico, che è la situazione oggettiva in cui si trova uno o entrambi i contraenti al momento del consenso, la cui determinazione spetta al giudice.

In una sentenza c. Raad, nella quale si fa un accurato studio dell'origine della dottrina dell'incapacità relativa, si afferma che l'ammissione dell'incapacità relativa va a scapito dell'indissolubilità del matrimonio, che non si deve difendere soltanto nella teoria, ma soprattutto nella pratica. Ammettere che l'incompatibilità tra i due co-

(76) Cfr. c. Funghini, cit., n. 6, p. 475.

(77) Cfr. P.J. VILADRICH, *Comentario al canon 1095*, cit., p. 1241.

rigine dell'incapacità, non si vede come questa causa, che si trova alla base della cosiddetta incapacità relativa, possa essere ritenuta grave. Nella Rota Romana, almeno fino ad oggi, soltanto Serrano ammette la possibilità dell'incapacità relativa. In diverse decisioni c. Serrano si parla della capacità come capacità per la relazione interpersonale, facendo un'analisi del matrimonio come relazione interpersonale⁽⁷³⁾. Cercheremo di analizzare il perché di questa terminologia, nonché le ragioni che hanno portato la giurisprudenza rotale, sin dall'inizio, a respingere tale possibilità.

In una decisione c. Funghini, del 23 giugno 1993, si afferma che è veramente difficile, se non impossibile, distinguere tra l'incompatibilità di caratteri e l'incapacità che avrebbe la sua causa proprio nel rapporto tra le due persone, nonché tra l'impossibilità e la difficoltà⁽⁷⁴⁾. In questa decisione si cita diverse volte un articolo di Zuanazzi⁽⁷⁵⁾, nel quale si prospetta la possibilità dell'incapacità relativa, non fondata nell'incompatibilità di caratteri, ma in una patologia di per se lieve che però viene aggravata e potenziata dalle disposizioni caratterologiche dell'altro contraente. Dinanzi a questa possibilità, la

dum per se haud demonstrat; concurrere uti indicium tantum potest cum argumentis aliunde deductis, quibus defectus discretionis iudicii aut vera amentia probentur».

(73) Cfr. le decisioni c. Serrano: 5 aprile 1973, nn. 4-15, in RRDec. vol. LXV, p. 323-333; Mutinen., 21 maggio 1976, nn. 5-15, in RRDec. vol. LXVIII, p. 311-319; Stocktonien., 18 novembre 1977, nn. 6-13, in RRDec. vol. LXIX, p. 459-462; Taurinen., 19 maggio 1978, nn. 4-10, in RRDec. vol. LXX, p. 320-325; Calien., 9 maggio 1980, nn. 7-16, in RRDec. vol. LXXII, p. 336-349; Meliten., 23 maggio 1980, nn. 5-10, in RRDec. vol. LXXII, p. 367-371; Ludovicopolitana, 28 luglio 1981, nn. 3-27, in RRDec. vol. LXXIII, p. 414-428; Romana, 12 novembre 1982, n. 10, in RRDec. vol. LXXIV, p. 524-525; Neo-eboracen., 16 dicembre 1983, nn. 7-16, in RRDec. vol. LXXV, p. 712-719. In alcune sentenze più recenti, usa il termine «incapacità relativa» e lo mette in collegamento con la nozione di incapacità di entrambi i contraenti per stabilire la relazione interpersonale a causa della diversa personalità dei coniugi, senza cercare di identificare una concreta causa psichica grave in uno o entrambi i contraenti. È il caso della Mexicana, 13 dicembre 1991, in RRDec. vol. LXXXIII, p. 756-775, nella quale si decide per la nullità. Questa sentenza è stata modificata dalla c. Civili, 2 marzo 1993, che pubblichiamo in questo numero della Rivista. Nella decisione c. Serrano, Mexicana, 26 marzo 1993, si parla espressamente dell'incapacità relativa, ma la decisione *pro nullitate* si fonda soltanto nell'incapacità di assumere dell'attrice.

(74) Cfr. c. Funghini, 23 giugno 1993, nn. 6-8, in RRDec. vol. LXXXV, p. 473-476.

(75) G. ZUANAZZI, *Il Dialogo tra canonisti e periti*, in *Perizie e periti nel Processo Matrimoniale Canonico*, Torino 1993, p. 29-58. In particolare, p. 53-58.

accennato, oltre al problema terminologico, vi è un problema sostanziale: la qualificazione giuridica delle singole situazioni di fatto. Senza anticipare la conclusione, possiamo dire che, al di sopra della terminologia che utilizzi il giudice, e qualunque sia la causa della possibile incapacità, in ogni caso si dovranno accertare tutti e ognuno degli elementi della fattispecie legale del canone 1095, 3°. In seguito, si dovrà valutare l'opportunità o meno di utilizzare una terminologia ancora imprecisa che potrebbe portare a malintesi o a interpretazioni lontane dal pensiero degli autori o dei giudici.

La giurisprudenza rotale, con alcune eccezioni, nega il concetto di incapacità relativa inteso come incapacità per questo rapporto concreto con questa persona determinata, causato dalla specifica personalità delle due persone che hanno instaurato la relazione, le quali considerate in sé stesse sarebbero capaci per stabilire una relazione coniugale.

I motivi per i quali la giurisprudenza largamente maggioritaria ha respinto l'incapacità relativa sono molteplici: da motivi sostanziali riguardanti gli elementi della fattispecie del canone 1095 a criteri generali di interpretazione delle norme giuridiche. Indicheremo succintamente i motivi principali di questo rifiuto dell'incapacità relativa da parte della giurisprudenza rotale.

Una prima ragione è l'imprecisione del termine «incapacità relativa» che è in se stesso un concetto ambiguo. Se si analizza questo concetto, ci si rende conto che il senso che gli si dà è molto diverso tra gli autori. Per alcuni è sinonimo di incompatibilità di caratteri, nozione che persino nella psicologia e nella psichiatria è discussa e che sfuma l'importante distinzione giuridica tra impossibilità e difficoltà, essenziale per accertare l'esistenza di una vera e propria incapacità giuridica per contrarre matrimonio, come abbiamo già indicato. Una siffatta nozione di incapacità, fondata sull'incompatibilità caratteriale tra i coniugi, potrebbe portare a confondere facilmente il matrimonio nullo con il matrimonio infelice o con il matrimonio fallito⁽⁷²⁾. Se, come abbiamo visto, uno degli elementi che determinano l'incapacità di assumere è la gravità della causa psichica che è all'o-

(72) Cfr. c. Pompedda, Ruremunden., 19 octobris 1990, n. 10, in RRDec., vol. LXXXII, p. 689-690. Cfr. anche la decisione c. Di Felice, Ruremunden., 12 novembre 1977, n. 5, in RRDec. vol. LXIX, p. 453: «Exitus autem felix coniugii non solum ex habilitate personae ad contrahendum, sed etiam e pluribus aliis eventibus pendere potest. Unde naufragium coniugii inhabilitatem personae ad validum consensum praestant-

che, in una simile impostazione, diventano inevitabilmente la 'prova' della loro anormalità, mentre forse si tratta di persone sostanzialmente normali, ma con difficoltà che potevano essere superate, se non vi fosse stato il rifiuto della lotta e del sacrificio»⁽⁶⁹⁾.

Perciò, ribadisce il Pontefice, si deve distinguere tra le normali e persino gravi difficoltà e la vera e propria impossibilità che caratterizza l'incapacità, ricordando anche che soltanto dinanzi ad una grave patologia si può parlare di incapacità psichica. Quindi, si deve «evitare che le tensioni e le difficoltà, inevitabilmente connesse con la scelta e la realizzazione degli ideali matrimoniali, vengano confuse con i segni di una grave patologia; che la dimensione subconscia della vita psichica ordinaria venga interpretata come un condizionamento che toglie la libertà sostanziale della persona; che ogni forma di insoddisfazione o di disadattamento nel periodo della propria formazione umana sia intesa come fattore che distrugge necessariamente anche la capacità di scegliere e di realizzare l'oggetto del consenso matrimoniale»⁽⁷⁰⁾.

Tanto il giudice quanto i periti devono tener conto di questa distinzione tra difficoltà e incapacità. Soprattutto i giudici, nel valutare le perizie, devono agire con molta attenzione, tenendo conto che la decisione sull'incapacità spetta loro, non ai periti, che devono offrire gli elementi medici sufficienti, fondati su di una retta antropologia, perché il giudice possa svolgere adeguatamente la sua missione: affermare con certezza morale se la causa psichica sufficientemente accertata era tale da rendere incapace per il consenso matrimoniale uno o entrambi i coniugi. Soltanto nel rispetto delle mansioni degli uni e degli altri, si potrà prestare un buon servizio all'accertamento della verità in queste situazioni⁽⁷¹⁾.

C. *L'incapacità relativa ai soggetti nella giurisprudenza rotale.*

Avendo già indicato gli elementi che costituiscono la fattispecie dell'*incapacitas adsumendi*, possiamo ora affrontare la questione dell'incapacità relativa nella giurisprudenza rotale. Come abbiamo già

⁽⁶⁹⁾ IDEM, *Allocutio ad Romanae Rotae Auditores*, 25 gennaio 1988, cit., p. 1181, n. 5; p. 1183, n. 7.

⁽⁷⁰⁾ *Ibidem*, p. 1184, n. 10.

⁽⁷¹⁾ Cfr. J. LLOBELL, *Annotazioni sulla capacità per contrarre il matrimonio sacramento*, in *Periti e perizie nel processo matrimoniale canonico*, Torino 1993, p. 105-117.

potrebbe dare nelle fattispecie di cui ai primi due numeri del canone 1095.

Per quanto riguarda la ponderazione delle perizie da parte del giudice, sono illuminanti alcune parole di Giovanni Paolo II nei suoi discorsi alla Rota degli anni 1987 e 1988 che riproponiamo. Nel suo discorso del 1987 affermava: «Infatti, il Codice, ai canoni 1578-1579, esige espressamente dal giudice che valuti criticamente le perizie. È importante che in questa valutazione egli non si lasci ingannare né da giudizi superficiali né da espressioni apparentemente neutrali, ma che in realtà contengono delle premesse antropologiche inaccettabili»⁽⁶⁷⁾. Perciò metteva in guardia contro alcune correnti psicologiche e psichiatriche inconciliabili con la verità sull'uomo e sul matrimonio. Nella valutazione della perizia, un elemento essenziale è conoscere quale è l'impostazione antropologica del perito: «La visione del matrimonio secondo certe correnti psicologiche è tale da ridurre il significato dell'unione coniugale a semplice mezzo di gratificazione o di auto-realizzazione o di decompressione psicologica. Di conseguenza, per i periti, che si ispirano a dette correnti, ogni ostacolo che richieda sforzo, impegno o rinuncia e ancor più, ogni fallimento di fatto dell'unione coniugale diventa facilmente la conferma della impossibilità dei presunti coniugi ad intendere retta-mente e a realizzare il loro matrimonio»⁽⁶⁸⁾.

Nel suo discorso alla Rota dell'anno 1988 torna di nuovo sull'argomento, ricordando che il concetto di normalità, quindi di capacità, per il canonista, si discosta da alcune nozioni di normalità proprie della scienza psichiatrica, che scorge un'incapacità in situazioni che non sono altro che difficoltà che rientrano nell'ampia cornice della normalità: «Quindi, mentre per lo psicologo o lo psichiatra ogni forma di psicopatologia può sembrare contraria alla normalità, per il canonista che si ispira alla suddetta visione integrale della persona il concetto di normalità, e cioè della normale condizione umana in questo mondo, comprende anche moderate forme di difficoltà psicologica, con la conseguente chiamata a camminare secondo lo Spirito anche fra le tribolazioni e a costo di rinunce e sacrifici. (...) Non è infatti difficile cogliere nei contraenti aspetti infantili e conflittuali

(67) GIOVANNI PAOLO II, *Allocutio ad Romanae Rotae Auditores*, 5 febbraio 1987 cit., n. 8.

(68) *Ibidem*, n. 5.

la sua influenza nella prestazione del consenso. Il giudice, che è *peritus peritorum*, deve ponderare le conclusioni del perito, specialmente se ci sono opinioni diverse e discordanti tra i diversi periti, o se mancano di certezza morale, vuoi per le vie utilizzate o le conclusioni raggiunte, vuoi perché non abbiano sufficiente riscontro negli atti della causa.

Nei casi di incapacità ad assumere gli obblighi essenziali, il giudice ha l'obbligo di ricorrere all'aiuto dei periti. Soltanto se è chiaro, con certezza morale, che il loro lavoro non è necessario, potrebbe il giudice farne a meno. Lo afferma con chiarezza il canone 1680: «... iudex unius periti vel plurium opera utatur, nisi ex adiunctis inutilis evidenter appareat»⁽⁶⁴⁾. Questa situazione potrebbe presentarsi quando, nel caso concreto, mancasse totalmente il *fumus boni iuris* in quanto non constasse assolutamente la presenza di una qualunque anomalia o causa psichica nei contraenti, né prima del matrimonio né dopo, e negli atti non si avesse fatto cenno all'esistenza di questa causa psichica, rimanendo le affermazioni delle parti semplici lagnanze nei riguardi della personalità dell'altro coniuge, della sua immaturità in senso generico, della presenza di lievi vizi che rientrerebbero nella normalità. Viceversa, se dagli atti si può affermare la possibile esistenza di una causa psichica, il giudice deve servirsi dell'aiuto dei periti per conoscere con certezza la natura, esistenza e conseguenze, riguardo al consenso, di questa causa psichica. La sentenza affermativa richiede una perizia su cui poggiare⁽⁶⁵⁾, a meno che l'incapacità non sia così evidente da non rendere necessaria la perizia per raggiungere la certezza morale della nullità del matrimonio. Pensiamo, però, che nel caso dell'incapacità di assumere sia assai difficile raggiungere questa certezza senza una perizia⁽⁶⁶⁾: forse si

(64) Cfr. J. CARRERAS, *Comentario al canon 1680*, in *Comentario Exegético al Código de Derecho Canónico*, vol. IV, Pamplona 1996, p. 1897-1899.

(65) Cfr. c. Boccafolà, Pittsburg, 27 febbraio 1992, in *Ius Ecclesiae* 5 (1993), p. 213, nella quale cita anche una decisione c. Burke, Vayne-Castren., 18 luglio 1991.

(66) Cfr. c. Giannechini, Ludovicopolitana, 26 giugno 1984, in *RRDec.* vol. LXXVI, p. 393: «Si autem de nullo constat morbo vel anomalia, quae afficere possit facultates intellectivas et volitivas, hae expeditae censendae sunt in exercitio et agens praesumendus est sufficienti usu rationis ac discretionem iudicii matrimonio proportionata gaudere. Incapacitas enim assumendi vel et adimplendi onera coniugalia non ex gravi quadam perturbatione psychica momento celebrationis derivata vix in ordine iuridico concipi potest».

niugum, dalla comunità di vita ed amore. Su questi non c'è conformità nella dottrina. Qualunque sia la risposta, è molto importante aver chiarezza di idee per quanto riguarda la determinazione degli obblighi che rientrano nella categoria di quelli essenziali. Sul punto si deve distinguere tra quello che riguarda il matrimonio valido e viceversa quello che attiene al matrimonio perfetto o ideale. L'agire prudentiale del giudice, che deve tener conto di ciò che è in realtà il matrimonio nella sua inscindibile unitarietà, è essenziale in questa determinazione.

4. *La prova dell'incapacità per cause di natura psichica.*

All'inizio di questo commento dicevamo che uno degli elementi di cui tener conto nell'elaborazione e nell'applicazione del diritto nella Chiesa è la distinzione tra le diverse scienze che si possono occupare delle realtà ecclesiali. Questa esigenza si vede con chiarezza nel sistema matrimoniale canonico e, concretamente, nello studio e determinazione dell'incapacità psichica per il matrimonio e nella prova della sua esistenza. Al riguardo afferma Pompedda: «È invero illegittimo attribuire alle scienze positive un compito squisitamente giuridico ed in campo formalmente giuridico, ma è anche pericoloso perché si introdurrebbero criteri propri delle scienze esatte o delle indagini sperimentali nell'ambito di esclusiva competenza del diritto: la scienza medico-psichiatrico-psicologica sarà sempre utilissima, ed anche necessaria per conoscere una parte della realtà psichica dell'individuo, ma resterà sempre nella sfera dell'indagine giuridica stabilire se quella realtà comprovata sia adeguata o meno ad instaurare un rapporto formalmente giuridico, ad assumere oneri ed obbligazioni squisitamente di natura etico-giuridica»⁽⁶³⁾. Il giudice si deve servire delle scienze mediche (cfr. cc. 1574 e 1680), ma non deve fare lo psicologo e lo psichiatra. Allo stesso modo, lo psichiatra può e deve aiutare il giudice, ma non deve prendere decisioni che spettano al giudice, come è la determinazione dell'esistenza dell'incapacità in senso giuridico.

La missione dei periti nelle cause di incapacità è determinare la natura e la gravità della causa psichica, il momento in cui è apparsa e

⁽⁶³⁾ M.F. POMPEDDA, *La «incapacitas adsumendi onera coniugalia»*, in *Studi di Diritto Matrimoniale Canonico*, Milano 1993, p. 102.

obblighi essenziali non sono riconducibili alla mera convivenza, cioè, alla comunione di letto, mensa e abitazione, che è elemento integrante ma non essenziale del connubio⁽⁶¹⁾.

Da una parte, ci si rende conto che bisogna cercare di chiarire quali siano gli obblighi essenziali ai quali fa riferimento la capacità psichica. Dall'altra, però, non è possibile stabilire in modo teorico e in una norma legale quali siano gli elementi essenziali che costituiscono lo *ius ad vitae comunione*, neanche riguardo all'incapacità. Quello che si può fare — si afferma in una sentenza c. Pompedda — è seguire un criterio negativo o per esclusione, cioè, determinare, dinanzi al caso concreto, se un matrimonio è nullo perché consta positivamente che uno o entrambi i contraenti erano incapaci per instaurare una relazione eterosessuale (tra un uomo e una donna nella loro mascolinità e femminilità), intima (ordinata alla prole), esclusiva (unica e fedele, evitando però atteggiamenti idealistici che confondano il necessario con il conveniente) e perpetua⁽⁶²⁾.

Infine, si può affermare che c'è un minimo che in linea di principio tutti accettano: a) l'obbligo di accettare tanto il concepimento quanto la nascita della prole avuta dall'altro coniuge mediante il rapporto sessuale fatto *humano modo*, nonché il sostentamento e l'educazione nell'ambito familiare (*bonum prolis*); b) l'obbligo di non commettere adulterio o di osservare l'esclusività e unità del rapporto matrimoniale (*bonum fidei*); c) l'obbligo di osservare la perpetuità del vincolo (*bonum sacramenti*), benché alcuni non accettano che si possa parlare in questo caso di un obbligo in senso positivo dal punto di vista giuridico, tanto che più che un fare richiederebbe un non fare. Ci sono autori che includono altri obblighi essenziali: quelli che scaturiscono dalla relazione interpersonale, dal *bonum co-*

eiusmodi vitae communionis in sua substantia atque ita facile ambiguitatem foveri, exinde doctorum et iudicum hac de re dissensiones» (*ibid.* p. 232, n. 4), e chiarisce che la « relationem interpersonalem » si può includere nel bene dei coniugi. Perciò, « potius investigandum (...) est de illo bono coniugum (...) quodque necessario inducere debet obligationes in nubentibus. Videndum igitur est quid iuridice importet illa intima communio vitae et amoris coniugalis » (*ibid.* p. 232, n. 5).

(61) Cfr. c. Bruno, Dallsen., 19 luglio 1991, n. 5, in RRDec. vol LXXXIII, p. 465: « Matrimonium igitur reduci nequit ad meram conviventiam, i.e. ad communionem tori, mensae et cohabitationis, quae est pars integrans, sed non essentialis coniugii, nec ad solam traditionem et acceptationem iuris in corpus in ordine ad actus per se aptos ad generationem ».

(62) Cfr. c. Pompedda, 11 aprile 1988, n. 6, in *Ius Ecclesiae*, 1 (1989), p. 232-233.

Anche la giurisprudenza rotale ha fatto uno sforzo per chiarire quali siano gli obblighi essenziali del matrimonio. Le opinioni sono diverse, benché si possa affermare che, in linea di massima, vi è una concordanza generale riguardo ad alcuni di questi obblighi tra le diverse impostazioni dei giudici rotali. Citiamo, a mo' di esempio, alcuni degli elementi che sono stati specificati nella giurisprudenza, alcuni dei quali sono di difficile precisazione: quelli che scaturiscono dai *tria bona* del matrimonio⁽⁵⁷⁾; quelli che costituiscono il nucleo essenziale del vincolo giuridico matrimoniale, quindi delle relazioni di giustizia intersoggettive tra i coniugi, perché nate dalla donazione come marito e moglie⁽⁵⁸⁾; gli obblighi essenzialmente collegati sia al fine primario del matrimonio (i tradizionali *bona prolis, fidei, sacramenti*) sia al fine personale o secondario (*bonum coniugum*)⁽⁵⁹⁾; gli obblighi riguardanti l'*intima communio vitae* e la relazione matrimoniale interpersonale nella sua sostanza o essenzialità, che sarebbe riconducibile al bene dei coniugi⁽⁶⁰⁾. Altre decisioni ricordano che gli

nio inaherentes quaenam sint essentialia quaenam vero, etsi momentosae, non sint essentialia. Dein ulterius determinandum est quaenam sint obligationes essentialia circa quas possit dari incapacitas reapse eas adimplendi. Patet enim profunde inter se differre huiusmodi obligationes, v. gr. aliae urgent semper pro semper, ut dicitur, id est sine interruptione ut puta obligatio non adulterandi, aliae vero urgent semper sed non pro semper seu non continuo, sic v. gr. obligatio reddendi debitum. Ideo in diiudicanda existentia vel minus incapacitatis eiusque specifica natura ad haec animadvertendum erit. Nec est obliviscendum aliquando exhiberi uti obligationes essentialia aliqua, quae sunt quidem essentialia, sed quae non recenseri possunt uti obligationes, v. gr. indissolubilitas matrimonii. Ideo minus recte aliquando sermo fit de incapacitate ad perpetuitatem vinculi servanda etc.». Cfr. anche J. HERVADA, *Obligaciones esenciales del matrimonio*, in *Ius Canonicum* 31 (1991), p. 61; F.M. CAPPELLO, *De Matrimonio*, Romae 1961, nn. 8-9; PIUS XII, *Allocutio ad S. Romanam Rotam*, 3 ottobre 1941, in AAS (1941), p. 423.

(57) Cfr. c. De Lanversin, Caracen., 8 aprile 1987, in RRDec. vol. LXXIX, pp. 246-247: «Imprimis haud dubie tria matrimonii Bona coniugalia respicit; praeter tamen elementum biologicum in iure perpetuo exclusivae positae "in ordine ad actus per se aptos ad prolis generationem", huiusmodi incapacitas comprehendit quoque intimam vitae comunione, id est "coniugalem stabilemque interpersonalem necessitudinem, seu relationem in duarum personarum donatione positam" (cfr. Const. *Gaudium et Spes* Concilii Vaticani II, n. 48; *ARRT Dec.*, coram Parisella, 18 decembris 1980)».

(58) Cfr. c. Stankiewicz, Florentina, 24 ottobre 1991, n. 22, in RRDec. vol. LXXXIII, p. 682.

(59) Cfr. c. Pinto, Romana, 15 luglio 1977, n. 5, in RRDec., vol. LXVIII, p. 486; c. Ragni, Neapolitana, 10 ottobre 1989, n. 8, in RRDec. vol. LXVIII, p. 677.

(60) Cfr. c. Pompedda, 11 aprile 1988, in *Ius Ecclesiae*, 1 (1989), p. 231, n. 4 e p. 233, n. 7. Pompedda afferma che «hucusque nondum traditam fuisse claram notionem

Nella dottrina e nella giurisprudenza ci sono opinioni molto diverse per quanto riguarda la natura e l'elenco degli obblighi essenziali del matrimonio. Ci sono alcune posizioni che nella determinazione dell'oggetto del consenso matrimoniale partono dalle parole del canone 1055: «totius vitae consortium». Chiappetta, ad esempio, afferma che questa espressione, diversamente da quella «omnis vitae» del Codice Piano-Benedettino, significa «comunità coniugale di vita, piena, completa, totale, esclusiva, indissolubile, in cui è impegnata l'intera persona, e che abbraccia l'intera esistenza in tutti i suoi aspetti, anche i più intimi, sì da realizzare il biblico «una caro» nel suo pieno ed integrale significato. È questo il carattere proprio dell'unione matrimoniale, che si distingue essenzialmente da qualsiasi altra unione che possa legare due persone in ragione di fini particolari: economici, organizzativi, culturali, ecc.»⁽⁵⁵⁾. È una definizione molto ricca, ma per ciò stesso poco precisa dal punto di vista giuridico, nel senso che non è chiaro quale sia il minimo richiesto perché si possa parlare di matrimonio valido, non di matrimonio perfetto.

Navarrete, rendendosi conto delle difficoltà e dei problemi che potrebbero scaturire da una definizione alquanto larga degli obblighi del matrimonio, ribadisce che nella loro determinazione bisogna tener conto, per quanto riguarda il rapporto tra obblighi e incapacità, del ruolo dei diversi obblighi e della loro essenzialità per la assunzione. In questo modo, in primo luogo, si deve distinguere tra quegli essenziali, senza la cui assunzione non ci sarebbe vincolo, e quelli non essenziali, benché di grande importanza per la riuscita della unione matrimoniale. Soltanto nel caso dei primi si potrebbe parlare di incapacità per impossibilità di assumerli. In secondo luogo, si deve determinare la natura di ognuno degli obblighi essenziale, in quanto da essa dipende la determinazione di una possibile incapacità ad assumerli in particolare, perché dalla diversa natura di ognuno di essi scaturirebbero i requisiti personali per la loro assunzione⁽⁵⁶⁾.

(55) L. CHIAPPETTA, *Il matrimonio nella nuova legislazione canonica e concordataria*, Roma 1990, p. 10, n. 21.

(56) U. NAVARRETE, *Capita nullitatis matrimonii in C.I.C. 1983: gressus historicus versus perfectionem ordinem systematicum*, in *Iustus Iudex*, Munster 1990, p. 272: «Quod attinet vero incapacitates de quibus in n. 3 can. 1095, quaestio videtur difficilior, cum incapacitates huius generis specificentur ex obiectis, id est, ex illa specifica obligatione essentiali quam subiectum adimplere non valet. Ad quod quidem duplex labor praevis praesupponitur. Imprimis determinandum est inter tot obligationes matrimo-

soggetti, ma in quanto all'oggetto del vincolo che si vuole assumere: non in rapporto al matrimonio in genere, ma in rapporto a questo matrimonio che «oggi voglio celebrare con questa persona concreta». Ma, e vogliamo ribadire questa affermazione, l'incapacità è incapacità, cioè impossibilità, ad assumere gli obblighi essenziali del matrimonio, non per stabilire un rapporto che dal punto di vista affettivo sia soddisfacente per entrambi i coniugi. Il matrimonio valido non è soltanto il matrimonio riuscito o il matrimonio felice.

Per tutto questo, bisogna fare uno sforzo per determinare con chiarezza quali siano gli obblighi essenziali del matrimonio, quelli la cui mancanza fa sì che non si possa parlare di vera donazione coniugale. Siamo d'accordo con Serrano che una impostazione fenomenologica del matrimonio può arricchire la nostra comprensione dell'istituto⁽⁵²⁾, ma ciò non significa che si debbano mettere da parte le altre dottrine sul matrimonio che sono alla base del sistema matrimoniale, come quelle di Sant'Agostino sulla bontà e i beni intrinseci del matrimonio e di San Tommaso sui fini propri e oggettivi dell'istituto matrimoniale⁽⁵³⁾. Sono sistemi che si complementano e arricchiscono a vicenda. È vero che il matrimonio è una realtà *esistenziale*, ma non è men vero che è una realtà, e che il modo di viverla potrebbe discostarsi dalla realtà veramente presente, non tanto per una mancanza essenziale quanto per un vissuto sbagliato, che dipende da un uso errato della propria libertà: essenza e esistenza non sono la stessa cosa, quello che il giudice deve accertare è se c'è un matrimonio, non come esso sia stato vissuto. Il vissuto può mettere in luce la realtà, ma non si identifica totalmente con essa. Ci sono modi diversi, più o meno adeguati, di vivere una stessa realtà. Da lì l'importanza di determinare con chiarezza quali siano gli elementi essenziali che costituiscono il matrimonio, la cui assunzione è requisito *sine qua non* perché si fondi la realtà del vincolo coniugale⁽⁵⁴⁾.

(52) J.M. SERRANO RUIZ, *La incapacidad relativa como causa de nulidad del matrimonio en el canon 1095, 3º*, in *Curso de Derecho Matrimonial y Procesal Canónico para profesionales del foro*, XII, Salamanca 1996, p. 171-172.

(53) Cfr. J.L. ILLANES, *Amor conyugal y finalismo matrimonial*, in *Cuestiones fundamentales sobre matrimonio y familia. II Simposio Internacional de Teología de la Universidad de Navarra*, Pamplona 1980, p. 471-480.

(54) Cfr. GIOVANNI PAOLO II, *Allocutio ad Romanae Rotae Auditores*, 27 gennaio 1997, n. 2, cit.

difficile provare l'incapacità in quei casi di malattie, anomalie o disordini di tipo psichico la cui natura è quella di essere temporanei o superabili. Quello che in queste situazioni verrebbe messo in dubbio non è tanto una pretesa perpetuità dell'incapacità quanto il requisito della *gravità* della causa psichica che dà origine all'incapacità come concetto giuridico⁽⁵⁰⁾. Nei casi di disfunzioni superabili potremmo più facilmente essere di fronte ad una difficoltà anziché ad una vera e propria impossibilità. Qualunque sia la situazione, quello che deve determinare il giudice è se, al momento del consenso, per l'esistenza di una causa psichica accertata, il soggetto non poteva assumere o, viceversa, con difficoltà potrebbe aver assunto gli obblighi essenziali. Soltanto nel primo caso saremmo di fronte ad una incapacità. In questo accertamento, senz'altro, la perpetuità della causa psichica gioverà al raggiungimento della certezza morale circa l'incapacità, sempre tenendo conto anche degli altri elementi della fattispecie⁽⁵¹⁾.

c) *Relatività e oggetto del consenso.*

Nelle pagine precedenti abbiamo fatto qualche accenno all'oggetto del consenso matrimoniale. La sua determinazione è di gran lunga uno degli elementi essenziali per una adeguata e precisa interpretazione e applicazione della fattispecie di cui al can. 1095, 3° che, *expressis verbis*, mette in rapporto l'incapacità con gli obblighi essenziali del matrimonio in quanto oggetto da essere assunto. È in questo senso che si può parlare di relatività dell'incapacità, non in quanto ai

tionis eiusdem evinci debet per examen circumstantiarum, per testes, per indicia, per coniecturas... ».

⁽⁵⁰⁾ È questo il senso di alcune affermazioni della giurisprudenza rotale riguardanti il requisito della perpetuità. Cfr., ad esempio, le sentenze c. Stankiewicz, 28 gennaio 1985, in RRDec., vol. LXXVII: « At cum incapacitas 'perpetua' (...) lege non urgeatur (cfr. can. 1095 n. 3), potius in ipsam gravitatem conditionis pathologicae, ex qua eiusmodi incapacitas oriri potest, insistendum est, ratione habita etiam prognosis in perficienda actione psychotherapeutica »; c. De Lanversin, Caracen., 8 aprile 1987, in RRDec. vol. LXXIX, p. 246-247: « Cum insanabilitas pathologicae abnormitatis, quae incapacitatem perpetuam sensu iuridico efficeret difficilis cognitu sit, praesertim in casibus liminibus quarum prognosis sit infausta (ex. gr. ob personalitatem narcisisticam, disocialem, schizoidicam, etc.), sane desumendae sunt disciplinae ab Auctoribus probatis in propatulo professae ».

⁽⁵¹⁾ Cfr. M.F. POMPEDDA, *Incapacity to assume the essentials obligations of marriage*, in AA.VV., *Incapacity for Marriage: Jurisprudence and Interpretation*, Rome 1987, p. 203.

altre decisioni rotali respingono la perpetuità come esigenza dell'incapacità di assumere⁽⁴⁸⁾. Quando si studiano queste decisioni, ci si rende conto che il problema di fondo è, ancora una volta, quello della gravità della causa psichica, per cui bisogna distinguere con chiarezza tra i requisiti sostanziali della fattispecie e gli elementi di prova. Pensiamo che non si possa affermare che l'incapacità di assumere debba essere perpetua. Una siffatta interpretazione ci porterebbe di nuovo alla confusione tra assumere e adempiere. Se il canone avesse detto «incapacità di adempiere», forse si sarebbe potuto parlare della perpetuità come requisito della fattispecie, in questo senso: non si sarebbe potuto sposare chi non può, né ora né dopo, adempiere gli obblighi essenziali del matrimonio, che per la loro natura sono perpetui. Ribadiamo però che il legislatore non ha voluto utilizzare il termine *adempiere* per evitare proprio questa confusione ed anche perché restasse chiara la distinzione tra matrimonio *in fieri* e matrimonio *in facto esse*. La fattispecie, che rispecchia una realtà di diritto naturale, riguarda direttamente il momento fondante del vincolo matrimoniale. Non c'è dubbio che bisognerà tener conto della realtà del vincolo che si assume, nella determinazione dell'esistenza dell'incapacità, ma non la vita matrimoniale nel suo reale evolversi, bensì in quanto progetto, in quanto impegno giuridico che dovrà essere assunto al momento del consenso. Perciò, pensiamo che non si può esigere la perpetuità come requisito dell'incapacità, in quanto questa è incapacità di assumere, per realizzare cioè un atto puntuale quale è il consenso.

Un problema diverso è quello della prova dell'incapacità⁽⁴⁹⁾. In questo ambito può avere un ruolo rilevante la perpetuità non tanto dell'incapacità quanto della causa che ne diede origine. È molto più

Ecclesiastico (1977/II), p. 263; c. Egan, 10 novembre 1983, in RRDec. vol. LXXV, p. 603 ss.; c. Jarawan, 19 giugno 1984, n. 10, in *Il Diritto Ecclesiastico* (1985/II), p. 36; c. De Laversin, 8 febbraio 1984, nn. 16 e 19-20, in RRDec., vol. LXXVI, p. 91.

⁽⁴⁸⁾ Cfr. c. Doran, 5 febbraio 1990, n. 16, in *Ius Ecclesiae*, 3 (1991), p. 166-167; c. Pompedda, 19 febbraio 1982, n. 8, in RRDec., vol. LXXIV, p. 85 ss.; c. Stankiewicz, 14 novembre 1985, nn. 8-9, in *Il Diritto Ecclesiastico* (1986/II), p. 329.

⁽⁴⁹⁾ Cfr. coram Anné, 28 iunii 1965, in RRDec., vol. LIII, p. 504, n. 7: «Facilius est probatio gravis mentis turbationis si agitur de infirmitate mentis habituali, praesertim si est psychotica; difficilior si agitur de gravi turbatione quae tantum accidentaliter et transeunter mentem afficit. Huiusmodi perturbatio in actu matrimonii probanda est concludentissimis argumentis, quia, cum deficiat morbus habitualis, viget praesumptio sanitatis (...) Non tantum merum factum alicuius perturbacionis, sed gravitas perturba-

che potrebbero nascere da un modo errato di mettersi in rapporto con l'altro coniuge o con gli obblighi che nascono dall'unione coniugale. È necessario accertare con certezza l'esistenza della causa psichica al momento di celebrare il matrimonio, per poter dichiararne la nullità. Allo stesso modo che non si può dichiarare la nullità di un matrimonio per la sola presenza di una patologia già prima della celebrazione delle nozze, senza provare che ha intaccato sostanzialmente la capacità al momento della celebrazione; non si può neanche dichiarare la nullità se soltanto è stato possibile accertare la causa psichica — benché con una chiara origine nella relazione vissuta patologicamente — dopo l'instaurarsi della vita coniugale. Pensiamo che sia questo il senso dell'esigenza di antecedenza che si riscontra in tante decisioni rotali. Andare oltre, richiedendo questo elemento come requisito sostanziale dell'incapacità, significherebbe confondere gli elementi dell'incapacità con quelli dell'impotenza, il che è un errore⁽⁴⁴⁾. Anzi, si dovrebbe affermare che persino l'antecedenza, cui fa riferimento il canone riguardante l'impotenza, viene a indicare semplicemente la necessità della sua presenza al momento delle nozze⁽⁴⁵⁾.

Per quanto riguarda la perpetuità si potrebbe fare lo stesso discorso⁽⁴⁶⁾. Ci sono alcune decisioni rotali nelle quali si afferma la perpetuità come requisito dell'incapacità di assumere⁽⁴⁷⁾. Viceversa

(44) Cfr. c. Pompèda, 19 ottobre 1990, n. 8, in *Ius Ecclesiae*, 4 (1992), p. 278: «Minime omnium admittere possumus necessitatem antecessionis ipsius capacitatis, idque pluribus ex motivis. Matrimonium etenim fit in et ex momento quo validus consensus inter nubentes legitime manifestatur (can. 1057 § 1). (...) Obligationes ideo matrimonii pariterque iura inter coniuges oriuntur ex momento positi consensus, neque antea existunt in ordine iuridico at *ex tunc* valent iura utriusque et ad effectum perducere debent mutuae obligationes». Bisogna però ricordare che l'incapacità di cui al canone è incapacità per assumere e non per adempiere, in modo tale che si potrebbe parlare di incapacità già prima della celebrazione del matrimonio: «non ha assunto perché *non poteva* assumere». L'inadempienza sarà soltanto una prova della possibile incapacità, che c'era già prima del matrimonio, ma che è rilevante soltanto se al momento del consenso intaccava ancora il soggetto. Perciò, dinanzi alla inadempienza degli obblighi essenziali sin dall'inizio, uno dei primi compiti del giudice sarà accertare se la causa di tale inadempienza sia stata il «non posse» (incapacità) o il «non velle» (esclusione).

(45) Cfr. K.E. BOCCAFOLA, *The requirement of perpetuity for the impediment of impotence*, Roma 1975.

(46) Cfr. P. PAVANELLO, *Il requisito della perpetuità nell'incapacità di assumere le obbligazioni essenziali del matrimonio*, can. 1095, 3, Roma 1994.

(47) Cfr. ad esempio le decisioni c. Lefèbvre, 31 gennaio 1976, n. 6, in *Il Diritto*

capacità di cui in questi due commi, per la sua stessa natura, è *biografica*, cioè, ha delle manifestazioni e delle conseguenze concrete nella vita della persona. È apparsa in un momento della sua vita, forse, con carattere lieve in un primo momento, ma poi aggravatasi dalle circostanze, fino a divenire una vera e propria causa psichica che rende incapace al momento di consentire. E poi ha continuato il suo evolversi nella vita della persona, riversandosi nella vita matrimoniale. È per questo che la giurisprudenza è solita analizzare il *pre* e il *post* nello sforzo di determinare la presenza di una causa psichica grave che ha reso incapace il soggetto al momento del consenso. Accade, contrariamente, nel primo comma del canone, dove è possibile che, assente una qualunque causa psichica *biografica*, per diversi motivi puntuali, rintracciabili soltanto in un momento della vita del soggetto, questo sia da dichiarare incapace nel momento di manifestare il consenso, per la presenza di un ostacolo che ha reso impossibile la produzione di quell'atto libero e personalissimo della persona quale è il consenso matrimoniale, anche se, soltanto, per una perdita temporanea del dominio minimo e sufficiente di sé, che è necessario per consentire⁽⁴²⁾.

Da questo punto di vista si può parlare di una antecedenza della causa dell'incapacità anziché della stessa incapacità, che basta che sia concomitante alla manifestazione del consenso. In una decisione c. Doran si afferma: « id quo contraens redditur incapax ipsum afficere debet ante contractus tempus et usque ad ipsum contrahendi punctum »⁽⁴³⁾. Quindi, un'incapacità sopravvenuta al consenso non può mai renderlo nullo: il consenso valido sarà sempre valido. Ciononostante, l'antecedenza dell'incapacità potrebbe non essere suscettibile di prova diretta, in quanto ci sono alcune situazioni patologiche che si potranno manifestare soltanto al momento di instaurare il rapporto matrimoniale e non prima. Significa ciò che si può parlare di una incapacità sopravvenuta e che ha la sua causa proprio nel rapporto? In nessun modo. Come dicevamo poc'anzi, conviene distinguere, con chiarezza, tra la vera e propria incapacità personale per instaurare il rapporto, le cui manifestazioni sintomatologiche possono essere variatissime, e le difficoltà, anche d'origine patologica,

⁽⁴²⁾ In questo senso, si veda P.J. VILADRICH, *Comentario al canon 1095*, cit., p. 1256-1257.

⁽⁴³⁾ c. Doran, 5 febbraio 1990, n. 12, in *Ius Ecclesiae* 3 (1991), p. 163.

della libertà e per l'inadeguato adattamento ai problemi della vita matrimoniale⁽³⁹⁾.

Benché dal punto di vista *sostanziale* non si possa affermare che l'incapacità di assumere deve avere come causa una disfunzione psichica antecedente alle nozze e insanabile, ciò non significa che nel momento della prova dell'incapacità non sia di grande aiuto lo studio della *biografia* dei coniugi nella determinazione dell'entità della causa psichica. Riguardo alla sanabilità, afferma Pompèdda: « Tutto ciò non toglie che l'elemento "sanabilità" sia assunto quale criterio qualificante la gravità dell'incapacità di cui si tratta; ma ciò non costituisce né significa attribuire rilevanza *formale* a detta qualità, restando soltanto mezzo pratico per definirla »⁽⁴⁰⁾. E nei confronti dell'antecedenza sostiene: « Perché dunque richiedere, innanzi tutto, l'*antecedenza* di simile incapacità? Se è vero che gli "onera coniugalia" nascono dal vincolo validamente costituitosi, se ne deve dedurre che la capacità ad essi deve essere presente solo dal momento stesso in cui essi hanno giuridicamente origine per i singoli contraenti, cioè dallo scambio del consenso »⁽⁴¹⁾.

Nonostante siamo totalmente d'accordo con l'affermazione precedente, ci sembra che si debba tener conto di una realtà: la natura delle fattispecie contemplate dal legislatore nei commi 2° e 3° del canone 1095 fa sì che non sia possibile parlare di una incapacità psichica totalmente puntuale per difetto grave di discrezione di giudizio o per l'esistenza di una causa psichica che impedisca l'assunzione degli obblighi essenziali. Cercheremo di spiegare questa affermazione. L'incapacità deve essere puntuale, nel senso che l'elemento determinante per dichiararne l'influenza sul consenso è che la causa psichica sia presente al momento di manifestare il consenso, ma non è possibile parlare di una causa psichica che sia apparsa nel momento di consentire e poi sia scomparsa senza lasciare traccia. La causa dell'in-

⁽³⁹⁾ Cfr. c. Agustoni, Irinjalakuden., 21 marzo 1986, in RRDec. vol. LXXVIII, p. 195 ss.: « Ubi ergo constat de continuitate morbi ex circumstantiis, testibus, indiciis, licet palam eruperit vix celebratis nuptiis, conici legitime potest morbum contrahentem iam ante matrimonium vexasse. Nam signa externa, aut accessus morbidus, non sunt confundenda cum ipsa infirmitate. Interdum enim quempiam dixeris quassari accidentali perturbatione aut accessu morbi, dum decursu temporis ex continuitate demonstratur initium praenuptiale perturbationis ».

⁽⁴⁰⁾ M.F. POMPEDDA, *Studi di Diritto Matrimoniale Canonico*, Milano 1993, p. 99.

⁽⁴¹⁾ *Ibidem*.

none 1095. È vero, comunque, che prima che ci fosse questo canone i giudici si trovavano nella difficoltà di dover amministrare giustizia con strumenti legali alquanto poveri, e perciò in alcune decisioni si cercò di dichiarare la nullità di un matrimonio per una cosiddetta «impotenza morale», causata da diverse psicopatologie, di solito di tipo psicosessuale. Questa soluzione, però, venne respinta dalla giurisprudenza maggioritaria, perché pericolosa e imprecisa. Pian piano si costruì l'istituto della *incapacitas assumendi onera*, in termini più precisi e più confacenti con la verità del matrimonio e del consenso. Ciononostante, è rimasto sempre il rapporto tra incapacità e impotenza, e da lì la trasposizione tra i requisiti dell'impotenza e quelli dell'incapacità.

C'è una confusione tra l'antecedenza e la perpetuità come elementi per determinare la gravità della causa psichica e questi elementi come requisiti della capacità per assumere. Bisogna però tener conto che l'incapacità fa riferimento al momento del consenso o matrimonio *in fieri*. L'incapace deve essere tale nel momento di consentire. Perciò, il riferimento al matrimonio *in facto esse* nella determinazione dell'incapacità deve necessariamente riferirsi al momento del consenso, in quanto il soggetto che consente è o non è capace di *assumere*, di impegnarsi, e per tanto di fondare il vincolo giuridico che è il matrimonio *in facto esse*. Senza dubbio, l'antecedenza della causa psichica e l'incurabilità di essa serviranno a determinare la gravità della causa psichica che è all'origine dell'incapacità, ma esigere l'antecedenza e la perpetuità, come caratteristiche dell'incapacità, è un controsenso, in quanto il giudice non deve decidere sulla viabilità di un progetto matrimoniale alla luce delle vicende biografiche, anteriori e posteriori alla celebrazione del matrimonio. Quello che deve determinare è se i contraenti o uno di essi, al momento di celebrare il matrimonio, erano o meno capaci ad assumere gli obblighi essenziali⁽³⁸⁾. Senza dubbio, nello studio della causa si dovrà servire dell'analisi delle caratteristiche dell'anomalia o della causa psichica, che potranno mettere in luce, per la presenza già prima delle nozze e per la inguaribilità, la gravità e quindi l'incidenza nella capacità per celebrare il matrimonio, giovando, in questo modo, alla distinzione tra vera impossibilità e difficoltà, e tra una grave patologia e una lieve, aggravatasi per il cattivo uso

(38) Cfr. M. CANONICO, *L'incapacità naturale al matrimonio...*, cit., pp. 101-105.

assunti. Benché sia vero che chi non può assolutamente compiere non potrebbe neanche assumere, conviene sottolineare che il legislatore, malgrado diverse proposte, decise di utilizzare il verbo *assumere*, perché la capacità fa riferimento al momento del consenso, e l'adempimento degli obblighi è presente in quanto realtà che si deve assumere, non in quanto effettiva osservanza di essi. Se fosse così, non si potrebbe determinare con certezza se una persona era o meno capace al momento di consentire, dato che gli obblighi sono perpetui, e soltanto al momento di compimento del rapporto, cioè alla morte di uno dei coniugi, si potrà dire se sono stati capaci di compierli, il che è un controsenso. Perciò, gli obblighi essenziali sono presenti al momento del consenso, ma come potenzialità, come obblighi giuridici che devono essere conosciuti, valutati criticamente con sufficiente discrezione e assunti al momento di consentire. La giurisprudenza rotale, al riguardo, è abbondante⁽³⁷⁾.

b) *Antecedenza e perpetuità dell'incapacità?*

Nella dottrina e nella giurisprudenza si è discusso molto su questi requisiti dell'incapacità. Una prima affermazione va comunque fatta. In molte decisioni rotali si scorge ancora, in qualche modo, un incatenamento all'origine dottrinale e giurisprudenziale del ca-

(37) Cfr. c. Giannecchini, Ludovicopolitana, 26 giugno 1984, in RRDec. vol. LXXVI, p. 391-392: «Nihil prodest arguere ex insufficientia vel deficienti educatione et gravitate ad onera coniugalia ineunda ac sustinenda, vel ex defectu praestationis et officii in ipsa vita coniugali. Culpae, negligentiae et alia huiusmodi, vel graves, alterutrius coniugis, quae post nuptias evenerunt, ipsum consensum efficere non possunt. (...) Vera adimpletio obligationum non pertinet ad essentiam contractus seu matrimonii...»; c. Pinto, Beneventana, 8 luglio 1974, n. 5, in RRDec. vol. LXVI, p. 501: «Prae oculis habendum est non quemlibet defectum sufficere ad matrimonii nullitatem declarandam, sed tantum debere esse, qui contahentem liberae electionis peragenda vel trium bonorum essentialia onera assumendi incapacem reddat»; c. Pompedda, Parisien., 3 luglio 1979, n. 5, in RRDec. vol. LXXI, p. 388: «Non quivis defectus aequilibri vel maturitatis sufficit ad inducendam matrimonialis consensus nullitatem: istam inducere tantummodo valet defectus talis qui contrahentem efficiat incapacem liberae electionis vel adsumendi onera essentialia atque in specie tria connubii bona. Matrimonium scilicet haberi nequit culmen maturitatis acquisitae, sed potius gradus in processu ad plenioram maturitatem acquirendam»; c. Boccafolà, Pittsburgen. 27 febbraio 1992, in *Ius Ecclesiae* 5 (1993), p. 213: «Mendae etiam in persona sana et non abnormi inveniri possunt. Levis defectus indolis, vitiositates et pravi mores, vitam coniugalem difficiliorum quidem reddunt, non autem impossibilem, et bona voluntate, patientia et opportunis auxiliis corrigi possunt. Proinde a difficultate ad incapacitatem assumendi onera non datur illatio».

volere del contraente»⁽³⁴⁾. Conseguenza di ciò è che il giudice e il canonista, al momento di giudicare sull'esistenza di una possibile incapacità, devono distinguere tra la vera impossibilità e le difficoltà per assumere gli obblighi o per portare avanti la vita coniugale: «Per il canonista deve rimanere chiaro il principio che solo la *incapacità*, e non già la *difficoltà* a prestare il consenso e a realizzare una vera comunità di vita e di amore, rende nullo il matrimonio. Il fallimento dell'unione coniugale, peraltro, non è mai in sé una prova per dimostrare tale incapacità dei contraenti, i quali possono avere trascurato o usato male, i mezzi sia naturali che soprannaturali a loro disposizione, oppure non aver accettato i limiti inevitabili ed i pesi della vita coniugale, sia per blocchi di natura inconscia, sia per lievi patologie che non intaccano la sostanziale libertà umana, sia, in fine, per deficienze di ordine morale»⁽³⁵⁾. Giova ricordare che la capacità non va riferita al matrimonio ideale, ma al matrimonio valido, cioè, alla possibilità di instaurare un rapporto che si possa dire matrimoniale, benché in grado infimo ma sufficiente.

Nel suo discorso alla Rota del 1988, facendo riferimento al lavoro dei periti sulle cause di incapacità, il Pontefice ha messo in guardia contro quegli atteggiamenti che, pretendendo una maturità perfetta nei contraenti, finivano per concludere per l'incapacità in casi nei quali, per il giurista, vi sarebbe stata una semplice difficoltà, benché talvolta grave, che non faceva più riferimento agli obblighi essenziali, ma agli elementi necessari per poter parlare di unione perfetta o ideale: «L'equivoco può nascere dal fatto che il perito dichiara l'incapacità del contraente non in riferimento alla capacità minima, sufficiente per un valido consenso, bensì all'ideale di una piena maturità in ordine ad una vita coniugale felice»⁽³⁶⁾.

È questo il senso dell'espressione *causa grave* quando si parla dell'incapacità di assumere gli obblighi essenziali. Quella gravità deve essere tale da *impedire* l'assunzione degli obblighi essenziali al momento del consenso. Perciò, sono da escludere quelle anomalie, difetti, vizi, che renderebbero difficile l'adempimento degli obblighi

⁽³⁴⁾ GIOVANNI PAOLO II, *Allocutio ad Romanae Rotae Auditores*, 5 febbraio 1987, n. 7, cit., p. 1457.

⁽³⁵⁾ *Ibidem*.

⁽³⁶⁾ IDEM, *Allocutio ad Romanae Rotae Auditores*, 25 gennaio 1988, n. 9, cit., p. 1183.

dalla giurisprudenza si possono sottolineare: il difetto deve rendere incapace per la libera scelta o per assumere gli obblighi che scaturiscono dai *tria bona* del matrimonio⁽³⁰⁾; non sono sufficienti per dichiarare una incapacità i vizi lievi, la cattiva volontà, i disordini della personalità che rendono più difficile il rapporto interpersonale, essendo necessaria almeno una vera impossibilità morale⁽³¹⁾; la causa dell'incapacità è sempre una causa grave⁽³²⁾.

Il Romano Pontefice ha ribadito più volte questa idea nei suoi discorsi alla Rota Romana. Le parole del Pontefice sono decisive nell'interpretazione di questa norma, in quanto rivelano la *mens legislatoris*, che è alla base del canone 1095⁽³³⁾. Nel discorso dell'anno 1987 ricordava che «una vera incapacità è ipotizzabile solo in presenza di una *seria forma di anomalia* che, comunque si voglia definire, deve intaccare sostanzialmente le capacità di intendere e/o di

⁽³⁰⁾ Cfr. c. Pompèda, Parisien., 3 luglio 1979, n. 5, in RRDec. vol. LXXI, p. 388: «Non quivis defectus aequilibri vel maturitatis sufficit ad inducendam matrimonialis consensus nullitatem: istam inducere tantummodo valet defectus talis qui contrahentem efficiat incapacem liberae electionis vel adsumendi onera essentialia atque in specie tria connubii bona. Matrimonium scilicet haberi nequit culmen maturitatis acquisitae, sed potius gradus in processu ad plenioram maturitatem acquirendam».

⁽³¹⁾ Cfr. c. Bruno, Dallasen., 19 luglio 1991, n. 6, in RRDec. vol. LXXXIII, p. 466: «Incapacitas assumendi onera coniugalia iuridicum momentum habet in perturbatione ex causa naturae psychicae, quae nota gravitatis ornatur. Ideo non sufficientem mala voluntas, leves indolis vitiositates vel deordinationes personalitatis quae relationem interpersonalem difficiliorem vel minus perfectam reddunt, sed requiritur ut causa naturae psychicae relationem interpersonalem moraliter impossibilem ac intolerabilem reddant». Cfr. anche c. Bruno 17 giugno 1983, n. 5: «Non sufficiunt leves indolis vitiositates, vel mere difficultatates, quae in communi vita ducenda, fere ab omnibus experiuntur (...) vel immaturitas cuiusdam tractus personalitatis, sed comprobari debet gravem deordinationem psychicam, uni vel pluribus causis tribuendam, adfuisse».

⁽³²⁾ Cfr. c. Ragni, Bogoten., 15 gennaio 1991, n. 3, in RRDec., vol. LXXXIII, p. 3: «psychica incapacitate assumendi onera matrimonialia essentialia laborat nupturiens qui ob gravem anomalam psychicam, haud valet se obligare ad constituendum vitae consortium perpetuum et exclusivum, ex sua natura ordinatum ad bonum coniugum et ad prolem generandam atque educandam». Cfr. anche c. Funghini, Mutinen., 18 luglio 1990, in RRDec. vol. LXXXII, p. 640.

⁽³³⁾ Cfr. J.T. MARTÍN DE AGAR, *L'incapacità consensuale nei recenti discorsi del Romano Pontefice alla Rota Romana*, in *Ius Ecclesiae* I (1989), pp. 395-422; G. VERSALDI, *Momentum et consecraria allocutionis Ioannis Pauli II ad Auditores Romanae Rotae diei 5 februarii 1987*, in *Periodica* 77 (1988), p. 104-148; IDEM, *Animadversiones quaedam relate ad allocutionem Ioannis Pauli II ad Romanam Rotam diei 25 ianuarii 1988*, in *Periodica* 78 (1989), p. 243-260.

ribadiscono che nei casi di incapacità non si può parlare di una gravità, perché la incapacità non ammette una gradazione: «la incapacità infatti o c'è o non c'è presente: non si può dare una via di mezzo»⁽²⁶⁾. Altri autori e parte della giurisprudenza, invece, affermano che l'incapacità deve essere grave⁽²⁷⁾.

Queste due impostazioni sono, tuttavia, compatibili: la incapacità c'è o non c'è, e in questo senso non è possibile parlare di gravità o meno; ma sin dagli inizi la giurisprudenza ha ribadito che soltanto dinanzi ad una grave causa si potrà determinare l'esistenza di una vera incapacità. La gravità della causa psichica si potrebbe individuare nell'affermazione che l'incapacità di assumere riguarda gli obblighi *essenziali*. Al riguardo si afferma in una decisione c. Pompedda: «non est de inhabilitate ad ducendam *plenam et perfectam* vitae communionem, potius de inhabilitate ad adimplenda ea quae sunt *de essentia* huiusmodi vitae communionis»⁽²⁸⁾.

Appare così con chiarezza che l'incapacità dipende dall'esistenza di una grave deficienza di natura psichica, mai dalla presenza di una patologia lieve nei contraenti. Come ricorda Giovanni Paolo II, «le lievi psicopatologie o addirittura le deficienze di ordine morale [non sono] prova di incapacità ad assumere gli obblighi essenziali della vita coniugale»⁽²⁹⁾.

Nella giurisprudenza rotale troviamo molte decisioni nelle quali si ribadisce che la causa dell'incapacità deve essere tale da impedire lo stesso consenso matrimoniale, sia per l'impossibilità di fare un atto veramente personale e libero, sia per impedire l'assunzione degli obblighi essenziali che scaturiscono da esso. Tra gli elementi indicati

⁽²⁶⁾ M.F. POMPEDDA, *L'Incapacità consensuale*, in *Incapacidad consensual para las obligaciones matrimoniales*, Pamplona 1991, p. 77.

⁽²⁷⁾ Cfr. C. BURKE, *Reflexiones en torno al canon 1095*, in *Incapacidad consensual para las obligaciones matrimoniales*, Pamplona 1991, p. 162-165. Burke riporta abbondante giurisprudenza al riguardo. Cfr. anche le decisioni c. Bruno, 23 februarii 1990, n. 6, in *Ius Ecclesiae* 3 (1991), p. 185. Si legge anche in una c. Ragni, Bogoten., 15 gennaio 1991, n. 3, in *RRDec.* vol. LXXXIII, p. 3: «psychica incapacitate assumendi onera matrimonialia essentialia laborat nupturiens qui ob gravem anomalam psychicam, haud valet se obligare ad constituendum vitae consortium perpetuum et exclusivum, ex sua natura ordinatum ad bonum coniugum et ad prolem generandam atque educandam».

⁽²⁸⁾ c. Pompedda, 11 aprile 1988, n. 8, cit., p. 234.

⁽²⁹⁾ GIOVANNI PAOLO II, *Allocutio ad Rotae Romanae Auditores coram admissos*, 5 febbraio 1987, cit., p. 1456.

considerazione dell'esistenza di una possibile incapacità relativa all'altro coniuge e non al matrimonio in se stesso. Nello stesso modo che il legislatore ha stabilito le fattispecie dell'impotenza assoluta e dell'impotenza relativamente all'altro coniuge, entrambe con effetto dirimente, si potrebbe parlare, affermano alcuni autori, di incapacità relativa (25).

Essendo questo l'oggetto del commento, ne dedicheremo un apposito paragrafo. Ci sembra però che sia necessario, in primo luogo, determinare con chiarezza quali sono gli elementi della incapacità di assumere, in modo tale da poter poi valutare sufficientemente l'ammissibilità o meno dell'incapacità relativa nelle sue diverse concezioni. Faremo riferimento alla gravità dell'incapacità o della causa psichica, all'antecedenza, alla perpetuità e alla relazione con i diritti e gli obblighi essenziali del matrimonio.

a) *La gravità della causa di natura psichica.*

Uno degli elementi di cui ha parlato la giurisprudenza è la gravità dell'incapacità e la gravità della causa che ne diede origine. Su questo argomento si è discusso molto. I primi due numeri del canone in qualche modo fanno riferimento alla gravità, nella misura in cui ammettono una gradazione: mancanza di sufficiente uso di ragione (1095, 1°) e difetto grave di discrezione di giudizio (1095, 2°). Il terzo comma, invece, parla semplicemente di coloro che non possono assumere gli obblighi essenziali del matrimonio. Alcuni autori

(25) Cfr. M. CANONICO, *L'incapacità naturale al matrimonio nel Diritto Civile e nel Diritto Canonico*, Napoli 1994, p. 105-108. Afferma che allo stesso modo che il legislatore non richiede la perpetuità, si potrebbe dire che non richiede l'assolutezza dell'incapacità, per cui non si dovrebbe escludere *prima facie* la possibilità di una incapacità relativa soltanto all'altro coniuge. A nostro avviso, però, si potrebbe dare un'interpretazione diversa di questo « silenzio » della norma: non si richiede la perpetuità non per un motivo di politica legislativa, bensì perché la stessa natura dell'incapacità psichica fa sì che la si debba necessariamente riferire al momento del consenso. Che il legislatore non abbia fatto riferimento all'assolutezza non significa che si possa ammettere l'incapacità relativa. Anzi, tenuto conto della natura dell'incapacità, ci sembra che non c'era bisogno di fare tale precisazione nella norma. Ancora una volta, a nostro avviso, si confondono l'impotenza con l'incapacità. Perciò, la sola stesura del canone non ci dà la risposta. Bisogna analizzare attentamente il fondamento giuridico e gli elementi della fattispecie per determinare l'ammissibilità o meno di una incapacità relativa. Qualunque sia il nome, per parlare di incapacità si richiedono tutti gli elementi che il legislatore ha stabilito nel canone.

mario, ma la conseguenza giuridica della reale donazione coniugale. Pensiamo che in questo modo si capisca più facilmente l'unità del consenso matrimoniale. La capacità è semplicemente capacità per donarsi come marito o moglie, non capacità per realizzare un atto che per la sua complessa struttura e per tutte le relazioni giuridiche che ne scaturiscono richiederebbe un elevato grado di maturità e una capacità alquanto speciale.

Fermo questo principio, però, il giudice ha bisogno di elementi chiari per determinare l'esistenza di una possibile incapacità, e il legislatore ne ha tenuto conto. Quando nel 3° comma del canone 1095 si afferma che l'incapacità è incapacità di assumere gli obblighi essenziali, si danno al giudice gli elementi per determinarne l'esistenza: dalla donazione coniugale scaturiscono un insieme di obblighi. L'incapacità di assumere uno di questi obblighi essenziali sarà quindi la manifestazione dell'incapacità per la donazione. Conviene evitare l'atomizzazione della capacità matrimoniale, come se ci fossero diverse capacità che devono essere presenti perché una persona possa celebrare il matrimonio. La capacità è capacità per il matrimonio, non per questo o quest'altro obbligo; e l'incapacità è incapacità per la donazione coniugale, che si manifesterà nell'impossibilità di assumere gli obblighi essenziali, nei casi che riguardano la fattispecie che ora consideriamo.

3. *Elementi della fattispecie di cui al comma 3° del canone 1095.*

A causa dell'itinerario che diede origine all'attuale 3° comma del canone 1095, sin dall'inizio si fece un paragone tra l'impotenza e l'*incapacitas assumendi*, affermando la giurisprudenza che l'incapacità doveva essere: antecedente, grave e perpetua. Sembra che sia utile fare questo paragone allo scopo di evitare una confusione tra la vera incapacità e le difficoltà. Tant'è così che alcune delle prime sentenze che cercarono di dar risposta ad alcuni casi di incapacità psichica che non trovavano riscontro nella normativa allora vigente, utilizzarono il termine «impotenza morale». Questa equiparazione però, ha dei gravi inconvenienti, sui quali torneremo più avanti. Uno, che si è palesato in questi anni di applicazione del canone 1095, è proprio la

volontà libere. Da lì che la capacità per il consenso sia capacità di ognuno dei contraenti, non capacità della coppia.

sono state le più svariate: lo *ius in corpus* (iuscorporalismo); lo *ius ad comunitatem vitae* (iuspersonalismo); le stesse persone dei coniugi nella loro coniugalità (personalismo); la comunità di vita e di amore (diverse impostazioni personaliste che però alcune volte sono cadute in atteggiamenti che non tengono conto della *realtà* del vincolo giuridico matrimoniale). Come si vede, le impostazioni sono alquanto diverse ed uno studio di esse ci porterebbe lontano⁽²³⁾. Il tema però è determinante per cogliere i motivi ed i contenuti dell'incapacità consensuale. Torneremo, in altra parte del nostro lavoro, sull'argomento, nel fare riferimento agli obblighi essenziali del matrimonio come contenuto del consenso matrimoniale. È sufficiente, ora, affermare che un'adeguata interpretazione del consenso si potrà fare se si considera il suo oggetto non tanto come un insieme di diritti e obblighi, dei quali si dovrebbe tener conto al momento di celebrare il matrimonio, quanto le persone stesse dell'uomo e della donna che si donano nella loro coniugalità, cioè, in quanto marito e moglie⁽²⁴⁾. Da questa prospettiva, i diritti e gli obblighi non sarebbero l'oggetto pri-

(23) Indichiamo soltanto alcuni studi sull'argomento: F. ADAMI, *Contributo alla dottrina canonistica in tema di oggetto del consenso matrimoniale*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, 67 (1966/1), p. 33-69; G. MANTUANO, *Essenza del matrimonio e oggetto del consenso matrimoniale nella dottrina post-tridentina*, in *Archivio Giuridico* (1965), p. 172-227; S. LENER, *L'oggetto del consenso e l'amore nel matrimonio*, in AA.VV., *Annali di Dottrina e Giurisprudenza Canonica. I. L'amore coniugale*, Città del Vaticano 1971, pp. 125-177; J. HERVADA, *Esencia del matrimonio y consentimiento matrimonial*, in *Persona y Derecho* 9 (1982), p. 149-179; IBIDEM, *El matrimonio «in facto esse»: su estructura jurídica*, in *Ius Canonicum* 1 (1961), p. 135-175; IBIDEM, *Obligaciones esenciales del matrimonio*, in *Ius Canonicum* 31 (1991), p. 59-83.

(24) Cfr. J. CARRERAS, *Il «bonum coniugum» oggetto del consenso matrimoniale*, in *Ius Ecclesiae* 6 (1994), p. 117-158; J. HERVADA, *Esencia del matrimonio y consentimiento matrimonial*, in *Persona y Derecho* 9 (1982), p. 149-179. Carreras (*cit.*, pp. 145-147) afferma che l'oggetto del consenso sono proprio i coniugi in quanto *bene* l'uno per l'altro, e chiama questo oggetto il *bonum coniugum*, inteso non tanto come il bene o la perfezione che essi dovranno raggiungere nella vita matrimoniale, quanto le stesse persone dei coniugi proprio nella loro condizione di marito o moglie e nelle circostanze concrete e reali, cioè, nella loro coniugalità. Ribadisce anche che il consenso matrimoniale non sono due atti di volontà isolati che si incontrano in un momento temporale, ma un unico atto nel quale partecipano due volontà. Bisogna però capire bene questa affermazione, perché gli atti liberi sono sempre e necessariamente atti personalissimi e nel consenso si possono individuare due atti volontari con un unico oggetto: non c'è un atto volontario della coppia, ma due volontà che si mettono insieme per costituire, mediante il consenso, il vincolo matrimoniale. In questo senso, si può affermare che il consenso è unico, ma non c'è dubbio che nella sua costituzione partecipano due

dare che il legislatore, come mostrano i lavori di redazione della norma, ha voluto utilizzare un termine con una precisa valenza giuridica: «incapacità di assumere per cause di natura psichica», contro le prime proposte che facevano riferimento all'anomalia psicosessuale, in un primo momento, o all'anomalia psichica, in una seconda stesura del canone. Per evitare l'utilizzo di termini più medici che giuridici, alla fine ha deciso di togliere queste espressioni che, neanche nella scienza psichiatrica e psicologica, hanno un senso chiaro e univoco. Si parla soltanto di causa psichica, affinché resti chiaro che ci deve essere una causa determinata, ma il concetto essenziale è quello di incapacità, la cui determinazione è compito del giudice, con l'aiuto dei periti medici.

Ci possono essere gravi perturbazioni dell'animo o situazioni di malattia che, benché a volte non siano facilmente definibili, possono impedire l'atto umano del consenso, in quanto intaccano sostanzialmente le facoltà del soggetto, ostacolando l'atto del consenso nella sua dimensione intellettuale o volontaria, o impedendo l'atto della donazione coniugale, svuotando in questo modo il consenso matrimoniale per la impossibilità reale di esso in uno o entrambi i contraenti⁽²⁰⁾. In questo senso, già prima della promulgazione del Codice del 1983, vi furono sentenze nelle quali si cominciò a far riferimento all'*incapacitas assumendi* come causa di nullità del matrimonio⁽²¹⁾. Anzi, il can. 1095 è frutto proprio di questa evoluzione della giurisprudenza rotale⁽²²⁾.

L'incapacità di cui al comma 3° del canone 1095 riguarda l'oggetto del consenso matrimoniale, il quale è stato solitamente identificato con i diritti e gli obblighi essenziali del matrimonio. Infatti, il canone fa riferimento espressamente agli obblighi essenziali. Ciononostante, una domanda che continuamente si son fatti i canonisti è questa: quale è l'oggetto del consenso matrimoniale? Le risposte

⁽²⁰⁾ Cfr. c. Stankiewicz, Romana, 28 marzo 1991, n. 10, in RRDec. vol. LXXXIII, p. 347.

⁽²¹⁾ Cfr. c. De Jorio, Taurinen., 19 dicembre 1961, n. 3, in RRDec., vol. LIII, p. 619; c. Pompedda, Mediolanen., 3 luglio 1979, n. 29, in RRDec., vol. LXXI, p. 393: «Voluntas in contrahendo matrimonio secumferre debet deliberationem immunem seu liberam, non tantum ab externa coactione, sed etiam a coercionem psychica adeo ut iura et officia connubii assumantur et concedantur scienter et libere».

⁽²²⁾ Cfr. M.F. POMPEDDA, *Studi di Diritto Matrimoniale Canonico*, Milano 1993, p. 83-114.

pacità sufficiente per emanare il consenso matrimoniale⁽¹⁵⁾. Il consenso non è un qualsiasi atto di volontà specificato dal suo oggetto, ma un atto volontario che ha in se stesso una propria specificità, che per tanto richiede una capacità adeguata alla propria specifica natura⁽¹⁶⁾.

Ci sono state anche decisioni rotali che hanno sostenuto che l'*incapacitas assumendi onera* non riguarda tanto un difetto del consenso quanto un impedimento dirimente e così, ribadiscono, il can. 1095, 3° non considererebbe una situazione di incapacità per l'atto psicologico del consenso, ma una vera e propria inabilità giuridica, trattandosi quindi in questi casi di un consenso psicologicamente sufficiente ma giuridicamente inefficace⁽¹⁷⁾. È questo il motivo per il quale in alcuni casi si è equiparata l'incapacità all'impedimento di impotenza, parlandosi di « impotenza morale »⁽¹⁸⁾. Questa equiparazione presenta dei problemi, e ci sembra che sia difficile compaginare questo modo di interpretare la norma con le caratteristiche dell'incapacità psichica cui faceva riferimento il Pontefice in uno dei suoi discorsi alla Rota Romana: « una vera incapacità (...) deve intaccare sostanzialmente le capacità di intendere e/o di volere del contraente »⁽¹⁹⁾.

L'incapacità consiste in una impossibilità per assumere gli obblighi che nascono dal vincolo giuridico matrimoniale, per una causa psichica la cui esistenza deve essere accertata. È importante ricor-

(15) Cfr. C.J. ERRÁZURIZ, *Riflessioni sulla capacità consensuale nel matrimonio canonico*, in *Ius Ecclesiae* 4(1994), p. 449-464.

(16) Cfr. P.J. VILADRICH, *Comentario al canon 1095*, cit., p. 1211-1214.

(17) Cfr. c. Pinto, 20 febbraio 1987, n. 3, in *Ius Ecclesiae*, 1 (1989), p. 573.

(18) Cfr. J. CARRERAS, *L'antropologia e le norme di capacità per celebrare il matrimonio (i precedenti remoti del canone 1095 CIC '83)*, in *Ius Ecclesiae*, 4 (1992), p. 79-150. Questo comunque è il senso della stragrande maggioranza delle sentenze che sono citate come fonte del n. 3° del can. 1095. Quello che la giurisprudenza ha respinto è l'uso del termine « impotenza morale ». Ciononostante, è rimasta intatta la *regula iuris* « *ad impossibilia nemo tenetur* » come fondamento della *incapacitas adsumendi*. Questa *ratio iuris* è la stessa dell'impotenza. Perciò, la distinzione tra impotenza e incapacità di assumere non la troviamo tanto nella *ratio iuris* diversa, quanto nella radicale differenza di fatto tra le due fattispecie: una riguarda l'atto fisico della consumazione, l'altra riguarda l'atto volontario e personale del consenso. Cfr. P.J. VILADRICH, *Comentario al canon 1095*, cit., pp. 1237-1239.

(19) GIOVANNI PAOLO II, *Allocutio ad Romanae Rotae Auditores*, 5 febbraio 1987, n. 7, cit., p. 1457.

La capacità va quindi individuata in questi tre aspetti del consenso matrimoniale, che richiede una conoscenza dell'oggetto del consenso matrimoniale e la possibilità di manifestare liberamente, come un atto proprio personale, il consenso (1095, 1°); la capacità di discernere sufficientemente sul matrimonio concreto con questa persona determinata con cui si vuole celebrare, nonché circa i diritti e gli obblighi che nascono dal vincolo (1095, 2°); e la capacità di assumere l'oggetto del consenso matrimoniale nei suoi elementi essenziali, cioè, di costituire il vincolo dal quale sorgono gli obblighi del matrimonio (1095, 3°). La incapacità sarà la mancanza — per una causa che si può individuare con chiarezza — di alcuni di questi elementi essenziali che si richiedono, per diritto naturale, per costituire il vincolo matrimoniale. In questa determinazione è importante ribadire che la nozione di incapacità è una nozione giuridica, diversa dalle cause che ne hanno dato origine: il giudice non deve fare lo psichiatra o lo psicologo, ma deve determinare se, dal punto di vista giuridico, si sia verificata o meno la fattispecie legale consacrata dal legislatore. Questo contenuto giuridico delle nozioni del can. 1095 si evince con chiarezza dallo studio delle diverse redazioni del canone negli schemi, fatti lungo il lavoro di elaborazione del vigente Codice⁽¹³⁾.

2. *La incapacità di assumere gli obblighi essenziali del matrimonio per cause di natura psichica e l'oggetto del consenso matrimoniale.*

Gran parte della dottrina e della giurisprudenza afferma che l'incapacità di assumere gli obblighi essenziali fa riferimento all'oggetto del consenso matrimoniale — consenso-oggetto —, mentre, come afferma Pompèdda⁽¹⁴⁾, le fattispecie considerate nei primi due commi del canone 1095 riguardano l'incapacità per lo stesso atto di volontà che è il consenso — consenso-soggetto —. Pensiamo però che si possa comunque sostenere che tutti e tre i capi riguardano lo stesso atto del consenso matrimoniale, tenendo conto dei suoi diversi elementi e dei diversi momenti dell'acquisizione della maturità e ca-

⁽¹³⁾ Cfr. *Communicationes*, III, 1 (1971), p. 77; VII, 1 (1975), p. 41-54; IX, 2 (1977), p. 369-371.

⁽¹⁴⁾ Cfr. M.F. POMPEDDA, *Studi di Diritto Matrimoniale Canonico*, Milano 1993, p. 165-175.

confondere con le caratteristiche ideali che i contraenti dovrebbero avere per celebrare una unione che sin dall'inizio sarebbe un fedele esempio dell'unione perfetta. Il matrimonio è chiamato alla perfezione, come i coniugi sono chiamati alla santità nel loro stato. Ciononostante, la realizzazione di questa chiamata dipende dal buon uso della libertà dei coniugi, non soltanto dalla loro capacità per instaurare l'unione.

Parlando della maturità necessaria per celebrare il matrimonio, afferma San Tommaso: «Non exigitur tantus vigor rationis ad deliberandum, sicut in aliis; et ideo ante potest in matrimonium sufficienter deliberans consentire quam possit in contractibus aliis res suas sine tutore pertractare»⁽¹⁰⁾. Il perché di questo lo troviamo nell'inclinazione naturale al matrimonio. Questa maturità sufficiente, ricorda il Dottore Angelico, ha una sua specificità, in quanto il consenso matrimoniale è un atto con un contenuto specifico od oggetto che coinvolge la vita futura della persona⁽¹¹⁾. Non è sufficiente avere la capacità per prendere una decisione libera, dato che si richiede anche lo sviluppo necessario per assumere il contenuto dell'atto, che viene specificato dagli elementi propri ed essenziali del vincolo giuridico matrimoniale⁽¹²⁾. Da lì che si deve parlare di una maturità sufficiente e proporzionata all'atto del consenso matrimoniale. L'insieme di questi elementi è stato specificato dal legislatore nei tre commi del canone 1095: sufficiente uso di ragione, discrezione di giudizio circa diritti e doveri essenziali, capacità di assumere gli obblighi essenziali. Sono questi gli elementi della capacità consensuale. Soltanto dinanzi a una grave mancanza di alcuno di questi si potrà parlare di incapacità al matrimonio.

zialmente normali, ma con difficoltà che potevano essere superate, se non vi fosse stato il rifiuto della lotta e del sacrificio».

⁽¹⁰⁾ *Commentum in lib. IV Sententiarum*, dist. XXXVI, q. 1, art. 5, ad 1.

⁽¹¹⁾ Cfr. *S. Tb., Suppl.*, q. 43, ad 2: «maior autem discretio rationis requiritur ad providendum in futurum, quam ad consentiendum in unum praesentem actum».

⁽¹²⁾ Cfr. c. Anné, 17 gennaio 1967, n. 2, in *RRDec.*, vol. LIX, p. 24: «Ex canone hoc veluti a germine, deduci possunt omnes defectus, ex quibus matrimonium nullum declarari debet, sive deficient qualitates substantiales formales ex parte actus humani, sive deficient ea quae requiruntur ex parte obiecti seu materiae consensus ut hic sit vere matrimonialis, sive deficient ea quae requiruntur ut consensus sit legitime manifestatus».

guenze di questa impostazione sono, ad esempio, la dottrina dell'inconsumazione esistenziale, le soluzioni *pastorali contra legem*, l'uso dei processi di nullità come strumento di divorzio, alcune delle teorie sull'incapacità relativa.

La capacità per il matrimonio richiede un minimo, quel minimo sufficiente perché il consenso matrimoniale possa essere veramente un atto libero in quanto *atto mio*, atto personale e volontario, e perché il contenuto essenziale di questo atto possa essere assunto *nella sua essenzialità*, non nella sua totale completezza, da ognuno dei contraenti⁽⁸⁾. È capace colui che al momento del consenso può mettere in atto una decisione *sufficientemente* libera e responsabile, nella quale è presente, almeno in germe, come un embrione, il matrimonio, la cui crescita e compimento dipenderà dalle cure posteriori e dal retto sviluppo delle tendenze che vengono coinvolte nella dimensione sponsale della sessualità, nei suoi diversi livelli: corporeo, affettivo e spirituale.

Nell'interpretazione del canone 1095 nei suoi tre numeri, si deve sempre fare attenzione al principio generale della capacità: tutti sono capaci, fino a che si dimostri il contrario (cfr. cann. 1058 e 1060); incapacità non è difficoltà ma impossibilità; la capacità per il matrimonio viene indicata da un minimo sufficiente, non da uno stato di grande maturità che garantirebbe il successo della relazione matrimoniale: la nozione di normalità canonica tiene conto della realtà dell'uomo nella sua condizione di creatura limitata, ma chiamata alla perfezione attraverso la lotta e il sacrificio⁽⁹⁾, e non si deve

(8) Cfr. c. Davino, 24 aprile 1983: «In hac provincia cautissime se gerat Iudex oportet, ne in errorem incidat quod frequenter invenimus in appellatis sententiis. Sunt qui, ultra modum extollentes requisitam capacitatem ad agendum, ex quavis abnormitate, etiam levi, deducunt incapacitatem praestandi validum consensum. Dum non desunt qui, ex erronee concepta naturali inclinatione ad matrimonium fere ad nihilum reducunt iudicii discretionem ad valide contrahendum requisitam».

(9) Cfr. GIOVANNI PAOLO II, *Allocutio ad Romanae Rotae Auditores*, 25 ianuarii 1988, n. 5, cit., p. 1181 e n. 7, p. 1183: «Quindi, mentre per lo psicologo o psichiatra ogni forma di psicopatologia può sembrare contraria alla normalità, per il canonista che si ispira alla suddetta visione integrale della persona il concetto di normalità, e cioè della normale condizione umana in questo mondo, comprende anche moderate forme di difficoltà psicologica, con la conseguente chiamata a camminare secondo lo Spirito anche fra le tribolazioni e a costo di rinunce e sacrifici. (...) Non è infatti difficile cogliere nei contraenti aspetti infantili e conflittuali che, in una simile impostazione, diventano inevitabilmente la "prova" della loro anomalia, mentre forse si tratta di persone sostan-

nio concreto che vogliono celebrare e che li renda capaci per darsi ed accettarsi vicendevolmente come marito e moglie.

Questa capacità si presume, e si deve distinguere dalle condizioni ideali per costituire un rapporto coniugale perfetto. Non c'è equazione tra matrimonio perfetto e matrimonio valido. La perfezione, di solito, è il risultato di lunghi anni di impegno e sforzi comuni. Tant'è così che da sempre si è affermato che uno dei fini del matrimonio è il mutuo perfezionamento dei coniugi⁽⁵⁾. Ne consegue che le mancanze ed i difetti non possano essere causa o prova della nullità di un matrimonio. Una visione teorica del matrimonio troppo positiva può produrre una frattura tra quello che dovrebbe essere il matrimonio, con tutte le sue ricchezze e possibilità, e quello che è l'uomo con i suoi limiti. Il matrimonio sarebbe una realtà tanto bella ed esigente, che sarebbero pochi quelli che riuscirebbero ad assumerla o viverla secondo le sue esigenze, con un sufficiente grado di libertà⁽⁶⁾. Contro una siffatta impostazione, poco realistica, della relazione tra esigenze della natura umana e libertà, si è pronunciato Giovanni Paolo II nella sua Enciclica *Veritatis Splendor*⁽⁷⁾. Conse-

(5) Cfr. GIOVANNI PAOLO II, *Allocutio ad Romanae Rotae Auditores*, 27 gennaio 1997, n. 5, in *L'Osservatore Romano*, 27-28 gennaio 1997, p. 6: «Questa realtà essenziale è una possibilità aperta in linea di principio ad ogni uomo e ad ogni donna; anzi, essa rappresenta un vero cammino vocazionale per la stragrande maggioranza dell'umanità. Ne consegue che, nella valutazione della capacità o dell'atto del consenso necessari alla celebrazione di un valido matrimonio, non si può esigere ciò che non è possibile richiedere alla generalità delle persone. Non si tratta di minimalismo pragmatico o di comodo, ma di una *visione realistica della persona umana*, quale realtà sempre in crescita, chiamata ad operare scelte responsabili con le sue potenzialità iniziali, arricchendole sempre di più con il proprio impegno e con l'aiuto della grazia».

(6) *Ibidem*, n. 4: «L'aspetto personalistico del matrimonio cristiano comporta una *visione integrale dell'uomo* che, alla luce della fede, assume e conferma quanto possiamo conoscere con le nostre forze naturali. Essa è caratterizzata da un sano realismo nella concezione della libertà della persona, posta tra i limiti e i condizionamenti della natura umana gravata dal peccato e l'aiuto mai insufficiente della grazia divina. In quest'ottica, propria dell'antropologia cristiana, entra anche la coscienza circa la necessità del sacrificio, dell'accettazione del dolore e della lotta come realtà indispensabili per essere fedeli ai propri doveri. Sarebbe perciò fuorviante, nella trattazione delle cause matrimoniali, una concezione, per così dire, troppo "idealizzata" del rapporto tra i coniugi, che spingesse ad interpretare come autentica incapacità ad assumere gli oneri del matrimonio la normale fatica che si può registrare nel cammino della coppia verso la piena e reciproca integrazione sentimentale».

(7) Cfr. GIOVANNI PAOLO II, *Veritatis Splendor*, 33.

verità scaturisce una chiara conseguenza: la capacità per tale atto è una capacità della persona. È questo uno dei punti centrali per capire che cosa si intenda per incapacità relativa, perché il concetto è veramente equivoco e ha bisogno di precisazioni.

Quindi, bisogna sottolineare che l'oggetto del consenso matrimoniale sono le persone nella loro coniugalità, e perciò la capacità per la donazione matrimoniale va determinata in funzione della possibilità reale di donarsi ed accettarsi in quanto tali. Questa capacità, dicevamo, è capacità di ogni persona: capace o incapace è ognuno dei coniugi. Perciò, bisogna distinguere con chiarezza tra l'incapacità personale reale e le diverse sintomatologie in cui questa incapacità si può manifestare⁽⁴⁾. Pensiamo che sia proprio la confusione tra incapacità personale per il rapporto matrimoniale e le sue manifestazioni nel concreto rapporto coniugale interpersonale, la causa di molte confusioni nell'elaborazione di diverse teorie sull'incapacità relativa. Qualunque sia la risposta sull'ammissibilità o meno della cosiddetta incapacità relativa, i punti fermi nella determinazione di questa sono gli elementi della fattispecie legale consacrata dal legislatore nel can. 1095, 3°. Il giudice deve interpretare la norma legale, ma non può modificarla o andare oltre, soprattutto se sono norme che restringono un diritto fondamentale della persona e del fedele, quale è lo *ius connubii*.

1. Capacità e incapacità.

Essendo il matrimonio un «totius vitae consortium indole sua naturali ad bonum coniugum atque ad proles generationem et educationem ordinatum» (can. 1055, § 1), la capacità per assumerlo richiede un sufficiente e proporzionato grado di maturità nei contraenti, tale da conoscerlo, discernere sufficientemente sul matrimo-

(4) Cfr. P.J. VILADRICH, *Comentario al canon 1095*, in *Comentario Exegético al Código de Derecho Canónico*, vol. III, Pamplona 1996, p. 1239-1240: «La argumentación que sostiene la posibilidad de una "incapacidad relativa" se inspira también en una confusión entre el *defecto de capacidad*, como causa de nulidad y noción jurídica, y las características absolutas o relativas que puede presentar el *cuadro sintomatológico* de la causa psíquica y el modo como progresa y se agrava en la realidad existencial del paciente; y, a la postre, frente a la claridad de la trilogía de los defectos de capacidad del c. 1095, eleva a la categoría jurídica de defecto de capacidad y causa de nulidad lo que no es más que un modo fáctico de aparecer diversos supuestos de hecho».

oggetto di studio la realtà matrimoniale, sempre nel rispetto dell'autonomia di ognuna di esse⁽³⁾.

Perciò, dinanzi alle diverse fattispecie che parte della dottrina ha qualificato come «incapacità relativa», il giudice deve determinare, con un rigoroso metodo giuridico, se i fatti sui quali deve giudicare rientrano o meno nella fattispecie stabilita dal legislatore nel n. 3 del canone 1095. In questa opera, dovrà anche servirsi dei dati che gli offrono le diverse scienze: teologia, antropologia, scienze mediche, senza però confondere l'ambito proprio di ognuna di esse.

In questo nostro commento vorremmo — tenendo sempre come sfondo le verità sul matrimonio e sulla famiglia che con grande chiarezza ha spiegato il magistero recente della Chiesa — fare un'analisi degli elementi giuridici dell'incapacità, in particolare di quella di assumere, di cui al canone 1095, 3° comma. Lo scopo è quello di dare alcune risposte agli interrogativi della dottrina circa l'ammissibilità o meno dell'incapacità relativa nei suoi diversi aspetti.

B. *L'incapacità consensuale per cause di natura psichica.*

A norma del canone 1057 § 1, «*Matrimonium facit partium consensus (...) qui nulla humana potestate suppleri potest*». Lo stesso legislatore definisce che cosa sia il consenso e quale il suo oggetto, quando afferma nel § 2 dello stesso canone che «*Consensus matrimonialis est actus voluntatis quo vir et mulier foedere irrevocabili sese mutuo tradunt et accipiunt ad constituendum matrimonium*». Il consenso è quindi un atto volontario personalissimo, un atto della persona, di ognuno dei contraenti, che confluiscono nell'unico momento della fondazione del vincolo matrimoniale. Da questa

(3) Cfr. GIOVANNI PAOLO II, *Allocutiones ad Romanae Rotae Auditores*, 5 febbraio 1987, in AAS 79 (1987), p. 1457 e 25 gennaio 1988, in AAS, 80 (1988), p. 1183. Un esempio chiaro delle conseguenze della confusione metodologica lo troviamo in tanti studi riguardanti l'incapacità matrimoniale per cause di natura psichica e in tante decisioni dei tribunali. Il giurista e il giudice devono tener conto degli apporti della scienza psichiatrica, però, messi a confronto con le verità ferme dell'antropologia cristiana. Sarebbe quindi un grave errore che il giudice o il giurista si mettessero a fare lo psichiatra o lo psicologo, o che lasciassero la determinazione di nozioni giuridiche come quella di «incapacità consensuale» in mano ai psichiatri. È questo un argomento sul quale è tornato più volte Giovanni Paolo II nei suoi discorsi alla Rota Romana, soprattutto negli anni 1987 e 1988. Cfr. anche P.A. BONNET, *Nel segno dell'uomo: diritto e scienza nell'esperienza del matrimonio canonico*, in *Quaderni Studio Rotale*, V, p. 22-25.

studio della genesi, del contenuto, del senso e dei beni protetti dal canone 1095, lavoro che supererebbe di gran lunga un commento di giurisprudenza. Perciò, la nostra intenzione è quella di fare un confronto tra le diverse opinioni, riguardo all'incapacità relativa, che si trovano nella attuale giurisprudenza rotale. Questo è senz'altro un campo nel quale, da una parte, una visione cristiana del matrimonio ci spinge a difendere l'inammissibilità della incapacità consensuale per motivi il cui superamento sarebbe a portata di mano dei coniugi, con uno sforzo di maggiore impegno e di mutuo miglioramento; dall'altra, vediamo come la conseguenza logica di alcune interpretazioni del canone 1095, che tengono conto delle conclusioni di alcune correnti psicologiche e psichiatriche, è l'ammissione dell'incapacità relativa. Perciò, pensiamo che per dare una risposta a questo problema sia necessario, ma non sufficiente, uno studio esegetico del canone 1095, 3°. Insieme a questo, bisogna tener conto della visione cristiana del matrimonio e della vera antropologia cristiana che è alla base di codesto istituto.

Nel lavoro di interpretazione ed applicazione delle norme giuridiche — afferma Lombardía ⁽¹⁾ —, bisogna tener conto dei seguenti elementi: *a)* fedeltà alla verità sul matrimonio e sulla famiglia, come ci è stata tramandata dal magistero della Chiesa, in modo tale da avere una guida sicura al momento di valutare l'accortezza dei sistemi e delle conclusioni pratiche ⁽²⁾; *b)* rigore metodologico nello studio dell'istituto matrimoniale e nella soluzione dei problemi concreti nell'applicazione del diritto matrimoniale; *c)* promozione di una più fruttuosa interrelazione tra le diverse discipline che hanno come

⁽¹⁾ Cfr. P. LOMBARDÍA, *Observaciones sobre el método en el estudio del matrimonio canónico*, in *Escritos de Derecho Canónico y de Derecho Eclesiástico del Estado* I, p. 255-278.

⁽²⁾ Cfr. GIOVANNI PAOLO II, *Allocutio ad Romanae Rotae Auditores*, 27 gennaio 1997, n. 3, in *L'Osservatore Romano*, 27-28 gennaio 1997, p. 6: «Il Magistero su questi temi va ben oltre la sola dimensione giuridica, ma la tiene costantemente presente. Ne consegue che una fonte prioritaria per comprendere ed applicare rettamente il diritto matrimoniale canonico è lo stesso Magistero della Chiesa, al quale spetta l'interpretazione autentica della Parola di Dio su queste realtà (cfr. *Dei Verbum*, n. 10), compresi i loro aspetti giuridici. Le norme canoniche non sono che l'espressione giuridica di una realtà *antropologica e teologica* sottostante, ed a questa occorre rifarsi anche per evitare il rischio di interpretazioni di comodo. La garanzia di certezza, nella struttura comunionale del Popolo di Dio, è offerta dal Magistero vivo dei Pastori».

mira ex parte eius qui, aemulus patris sui, volebat saltem octo liberos generare post castam vitam usque ad quadragesimum primum aetatis suae annum servatam); si addatur eius maniacalis avaritia; perversa et stomachosa graphomania, etc., probabile est virum istum ineptum exstitisse ad coniugalia onera suscipienda.

Ast probabilitas non est certitudo, qualis a can. 1608, § 1 exigitur, ut Iudex sententiam pronuntiare valeat.

Probatam proinde tenere debemus unam relativam incapacitatem seu «incapacità di coppia» qualis a peritis A. et F. qualificatur.

Quae incapacitas, uti supra dictum est, fundare nequit declarationem nullitatis matrimonii saltem ob dubium iuris, ad normam can. 1060.

20. Quibus omnibus in iure et in facto perpensis, Nos infra-scripti Auditores de turno sententiamus: *Negative ad priorem partem, affirmative ad alteram, seu sententiam rotalem diei 13 decembris 1991 infirmandam esse, ideoque non constare de nullitate matrimonii, in casu.*

Romae, in Sede Apostolici Romanae Rotae Tribunalis, die 2 martii 1993.

*Ernestus M. Fiore, Decanus
Marius F. Pompedda
Laurentius Civili, Ponens*

L'incapacità di assumere e l'incapacità relativa nella giurisprudenza rotale recente.

A. Premessa. — B. L'incapacità consensuale per cause di natura psichica: 1. Capacità e incapacità. — 2. La incapacità di assumere gli obblighi essenziali del matrimonio per cause di natura psichica e l'oggetto del consenso matrimoniale. — 3. Elementi della fattispecie di cui al n. 3 del canone 1095: a) La gravità della causa di natura psichica. b) Antecedenza e perpetuità dell'incapacità? c) Relatività e oggetto del consenso. — 4. La prova dell'incapacità per cause di natura psichica. — C. L'incapacità relativa ai soggetti nella Giurisprudenza rotale. — D. Considerazioni conclusive.

A. Premessa.

Per dare una risposta esauriente alla problematica della cosiddetta incapacità relativa, bisognerebbe andare fino in fondo nello

tivo-affettivo verso il suo partner ecc., abbiano potuto peggiorare i tratti "a rischio" della personalità dell'attore, rendendo anche per lui molto difficile la creazione e il mantenimento di un autentico consortium coniugale».

In conclusione, *adfuisset penes actorem* «difficoltà di creare, nell'incontro di caratteri così differenti, una sufficiente integrazione interpersonale con la partner, che consentisse la formazione ed il mantenimento di un normale consortium coniugale», «un difetto sostanziale della capacità oblativa vicendevole».

Aliis verbis, peritus A. admittit solam incapacitatem relativam.

19. *Ad diluendas quidem dubitationes e laudata peritia emergentes, Turnus appellatus peritioris munus cl.mo professori F. concedit.*

Peritior, praemissa patienti ac lucidissima historia totius processus et acquisitarum probationum peritiarumque, concordat in substantia cum animadversionibus et conclusionibus periti A.: constare nempe de incapacitate relativa utriusque ad alterum consortium.

*Tuto enim affirmat «l'esistenza in entrambi... di una *incapacitas adimplendi et assumendi onera*: non, certo, di una incapacità di base, a priori, per qualunque persona, ma di una incapacitas fra *quelle* due persone...*

Certamente la formazione di questa particolare coppia ha slantizzato tratti caratteriali e modalità psico-reattive fino ad allora latenti... ».

Verum tamen est peritiorem multum deferre abnormitatibus psychologicis actoris, gravioribus quam iis quae etiam in conventa deprehenduntur; sane ait: «Ritengo che ci siano in atti elementi sufficienti per un giudizio diagnostico moralmente certo nei riguardi dell'attore, meno certo nei riguardi della convenuta, della quale manca un esame psicologico clinico diretto».

Immo in iurato examine peritior fatetur: «Indubbiamente risulta una grave patologia di coppia e, dai dati di cui disponiamo, sono anche percettibili dei tratti psicopatici nella convenuta. Sono molto più marcati nell'attore... ».

Ac quidem, si ratio habeatur perturbationum psychosexualium ab examinibus prof. B. emergentium et confirmatarum ab inaudito modo se gerendi in intima vita (quattuor copulae in decem mensibus, quarum una tantum eiaculatione intravaginali completa: res vere

Quod attinet ad conventam, peritia sic concludit accuratissimum eius personalitatis examen: «Non si desumono elementi concreti utili per individuare nella convenuta caratteristiche psichiche che abbiano caratteri di veri disturbi psicopatologici, e tanto meno la struttura di malattia mentale.

Si rinvencono nel soggetto tratti di personalità con scarso controllo emotivo, qualche difficoltà di relazione, atteggiamenti particolari nel settore erotico-sessuale, che, però, non possono essere considerati oltre i limiti di una comune normalità, senza un vero interesse psicopatologico e tanto meno psichiatrico».

Quod pressius spectat hypothesim de qua in n. 3° can. 1095, peritus fretus est asserere: «All'epoca della conoscenza dell'attore non si riscontravano nella convenuta disturbi psichici di significativa rilevanza, tali da compromettere le di lei capacità critiche e di giudizio in ordine alla materia ed ai significati del matrimonio»; quod revera magis spectare videretur discretionem iudicii quam aptitudinem ad adsumenda implendaque coniugii onera.

Quoad actorem, haud dissimile est iudicium periti, qui, uti notant etiam appellati Patres, benignior videtur psychologo doctore B.: «Anche per l'attore non esistono agli atti indicazioni precise di disturbi psicopatologici bene determinati e tanto meno di malattia mentale comunemente intesa...

Anche a giudizio del sottoscritto Daniel presenta una di quelle personalità un tempo indicate molto chiaramente come "gracili", ovvero scarsamente strutturate con qualche elemento di suggestibilità, di incertezza decisionale ed, ovviamente, una notevole difficoltà nello stabilire validi legami interpersonali, senza essere sommerso da tutta una serie di dubbi, incertezze, esitazioni.

Ma tutto ciò difficilmente esce dai limiti di una tipologia di caratteri di una comune normalità, anche se taluni comportamenti del soggetto (per es. sessuali) possono presentare tratti di dubbia interpretazione».

Haec postrema locutio euphemistica videtur ac de cetero ipse peritus eam illico corrigere satagit monens: «resta da chiarire anche per l'attore il suo comportamento nel settore sessuale», qui vere abnormis fuit et manet, quidquid scribit eximius peritus in p. 30 iterum citans auctoritatem americani DSM in themate s.d. paraphiliarum sexualium, vix in catholica ethica admissibilium.

Utrumque, etsi usus formula magnae probabilitatis, peritus opinatur «che le caratteristiche della personalità di costei (conventae): autoritarismo, difficoltà di comunicazione, scarso interesse emo-

sonnalité» (quod tamen est extra quaestionem, cum non agatur de hypothesibus praevisis in nn. 2-3 canonis 1095).

Affirmat « des caractéristiques névrotiques » immo « une dimension névrotiforme », quae « s'exprime par des traits d'imaturité que l'intéressé reconnaît d'ailleurs lorsqu'il parle de "naïveté". Une inhibition légère chez un suiet pourtant proluxe: cette inhibition est apparue essentiellement relationnelle, l'intéressé nous a paru pouvoir se mettre en position infantile de dépendance par rapport à autrui ».

Liberius mentem suam pandit peritus in litteris Iudici datis: « cet homme reste, par certains côtés, immature et puéril... il semble qu'il puisse être mis, pendant un temps, dans un état de dépendance infantile par rapport à son ex-épouse qui, semble-t-il, a une personnalité très forte et très autoritaire... ».

Dicit quoque peritus: « aucune perturbation grave des fonctions sexuelles n'a pu être mise à jour », ast notetur oportet hoc quidem sub respectu periti investigationem mancam videri; nam, cum non legisset acta, nequivit ab actore necessarias explicationes urgere circa inauditam eius rationem agendi vel potius non agendi in re sexuali per totam cum uxore cohabitationem ad menses decem protractam, necnon circa eius habitudinem erga alias mulieres ante nuptias, etiam intuitu dilucidandi sensum illarum « inhibitionum » a viro denuntiarum.

Dicendum etiam est ineptitudinem quaesitorum a vinculi Defensore propositorum perito haud profuisse; itaque sub 4° videbatur invitari ad usurpandum Iudicis munus: « l'expert pense-t-il que l'époux, au moment de son mariage, était capable d'exprimer un consentement valide selon les lois de l'Eglise Catholique? ». Cui quaestioni peritus respondit affirmative, sed illico post sibi aperte contradixit asserens: « Par contre, il nous paraissait incapable de discerner l'impossibilité qu'il aurait de vivre et de mettre en pratique ces obligations dans la relation à son épouse » (quam peritus non cognoscebat cuiusque declarationes in processu ignorabat).

Nihilominus, in subsequente responsione ad quintum quaesitum, idem peritus, sibi rursus contradicens, respondebat « oui » nempe actorem esse « capable d'assumer les obligations d'un mariage catholique ».

18. Tertius peritus, Prof. A., etsi neutram partem inspexit, plenam universorum actorum cognitionem habuit; super quibus amplissimam relationem exaravit.

miro valde, atque deinceps in decem mensium spatio, quo duravit cohabitatio, nonnisi quaternas copulas habuere, quin vir intra vaginam seminaret.

«Quae animorum dissentio — pergit appellata sententia — ne per momentum quidem dein cessavit cum personae ad communionem vitae vocatae continuo se irretirent in immodicas discussiones circa usum rerum et pecuniarum et mutuo refricarent suas quisque diversas habitudines et etiam minutam vivendi rationem.

Haec duo, ni plura et etiam plurima fuissent, prae ceteris quibusque dicerentur eminere, quorum alterum ad externum, alterum vero ad intimum coutendi modum pertinent et simul totam consuetudinem impossibilem tradunt: scilicet pactum nemini credibile quo alter alteri de minimis quibusque sumptibus rationem quaerebat cum tamen ad communionem deberent tendere; et perrarum, quod memoratum est, sexus commercium in quo nihil spontaneum fuit, nihil facile gratum».

Merito proinde eadem appellata sententia: «Haec duo sola eo quidem gradu quo exstiterunt satis essent ut de incapacitate in consortium conveniendi certum iudicium daretur».

15. Quae incapacitas, comprobata etiam a tribus testibus de parte conventa, de quibus in facti specie dictum est, ab infrascriptis quoque Patribus admittitur, qui tamen simul notare debent eam inefficacem esse ad effectum de quo in can. 1095, n. 3 nisi probetur eam ante nuptias affectisse psychicam constitutionem alterutrius aut utriusque partis seorsim consideratae, prout in iure explanatum est.

Aliis verbis, constare debet de absoluta incapacitate, non mere relativa alteri parti.

Hunc ad finem audiendi sunt periti.

16. Primus peritus, doctor T., a Mexicano deputatus Tribunali, neutram partem inspexit, sola acta legit ac iudicium, Tacito dignum, protulit quod in factis specie relatam est: conventam edixit «bastante especial» et actorem ostendentem indubia signa immaturitatis.

17. Peritus alter, prof. B., Catholicae Facultatis Insulensis in Gallia, unum actorem accuratissimis subiecit examinibus, quin tamen acta inspexisse videatur. Excludit pathologiam «franche» (i.e. conclamatum in actu examinis), seu «perturbation massive de la per-

capacitas revera nuptias antecesserit esto in statu potenciali, an potius surrexerit post easdem tamquam "reactio" erga abnormes actus alterius partis.

Difficilius etiam exstaret discrimen delineare inter veram impossibilitatem coniugum adipiscendi totius vitae consortium et meram etsi graviolem difficultatem. Atque confusio augetur in quibus saepe implicantur psychiatrae et psychologi, qui, uti experientia docet, conceptibus et terminologia utuntur a iure canonico alienis.

13. Summum, concedi potest haberi in re dubium iuris quod, pariter ac dubium facti, iudices cogit stare pro matrimonii valore, ad normam canonis 1060.

14. IN FACTO. — Efficacissima synthesi sic appellata Sententia statum incredibilis fere relationis coniugalis partium exponit:

«Primum quod oculos percellit in huiusmodi causa est absoluta et totalis absentia cuiuscumque relationis inter partes vel ab ipsomet nuptiarum die. Quod si mirum esset in quolibet supposito, cum natalis matrimonii pro norma sit occasio gaudii diu desiderati et festorum: in casu, de quo agitur, magis adhuc extra rerum ordinem diceretur positum si quidem uterque coniux quisque in alterum iam ab initio iurgiis et durioribus modis appareat iratus et uterque extollat elato verbo optimas cuiusque dispositiones quibuscum ad pactum accesserit.

Unde neuter diceretur conscie perspicere evidentes quasque, cuilibet apertissimas, ab ambobus inlatas in consortium iniurias: quod iam de alterutriusque et etiam forte utriusque indole multas nec leves ingerit suspiciones ne dicam violentas praesumptiones ne iuxta normam se haberent.

Actor itaque in primo folio suae perlongae relationis sic exprimitur: "Hay algo muy grave que no funciona bien en el pensamiento de mi esposa y que le impide vivir de manera íntima con otra persona".

Sed mulier: "(Maritus) es, con respecto a su temperamento, una persona fría, desconfiada, morbosa, acostumbrao a vivir en soledad y avaro... es bastante descuidado en sus cosas e incisivo en la manera de querer que se le den las situaciones hasta no ver cumplido su deseo con una imposibilidad para el dialogo" ».

Ipsa intima vita ad nihilum fere redacta est, siquidem in ipso nuptiali itinere matrimonium non nisi post innumeras difficultates a viro, uti videtur, oppositas consummatum est, ac quidem in modo

modo relativam duorum subiectorum psychologiam incapacitatem, consensus matrimonialis omni sensu iuridico et humano evacuaretur.

Ast infrascripti Patres, e contrario, tenent servandum stricte esse textum legis, nempe canonis 1095, n. 3, ubi una agnoscitur relativitas, quae est quod attinet ad obligationes matrimonii essentielles. Iudex potest leges interpretari, sed non potest nec debet legislatori sese substituere.

In hac potestate interpretativa utique iudex valet agnoscere relativitatem ipsius notionis incapacitatis, non autem admittere relativitatem incapacitatis erga alterum subiectum; quod idem esset ac novam creare legem.

9. Neque infrascriptis Patribus placet recursus quem appellata sententia instituit ad canonem 17 quatenus nempe applicanda foret norma canonis 1084, § 1 iuxta quam impotentia coëundi matrimonium dirimit sive est absoluta sive relativa; namque, etiam abstrahendo a substantiali diversitate conceptus impedimenti dirimentis ab illo incapacitatis praestandi consensum, quare dubium est num agatur de «loco parallelo», stat quod can. 17 servandus est solummodo si lex interpreti «dubia et obscura manserit» etiam post quam eam secundum propriam verborum significationem in textu et contextu consideraverit.

Atqui praecise contextus numeri 3 canonis 1095 datur a nn. 1 et 2 eiusdem canonis, ubi hypotheses aliae proponuntur incapacitatis contrahentis absque ulla mentione relativitatis ad alterum contrahentem. Simul relevandum est illic haberi locos magis «parallelos» (sit venia verbis) quam illis a can. 1084 oblatis.

10. Eo minus invocari potest can. 19 de s. d. legis silentio; etenim de legibus latis in similibus iam modo dictum est; doctores in subiecta materia discordes fovent opiniones: iurisprudencia rotalis longe praevalens respuit incapacitatem psychologiam relativam; pro cunctis satis sit memorare sententiam coram Bruno diei 22 februarii 1980 (Cf. *R.R.Dec.*, vol. LXII, pp. 127 s., n. 5).

11. Ratio etiam habenda est praescripti canonis 18; can. 1095 utpote lex inhabilitans determinatas personas easque arcens a naturali iure nubendi, strictae interpretationi subesse debet.

12. Reticenda tandem non sunt inconvenientia eaque gravia et etiam abusus quibus ansam praebere valet admissio relativitatis incapacitatis psychicae; etenim saepe difficile foret distinguere utrum in-

Naufragium matrimonii accidere potest, et communiter accidit, ob immutatos coniugum animorum sensus: ideoque fuco ac fallaciis iugum abiicere hi quaerent ».

7. Et adhuc prosequitur eadem sententia rotalis coram Augusto: «In casu recolendum quoque est quod non ex quavis causa, etsi gravi, corrivare licet nullitatem vinculi ob incapacitatem; constare enim debet de vera ac radicata deordinatione permanenti personalitatis.

Dantur utique indolis excessus transeuntes, qui certo sunt vituperandi, sed haud excedunt normas iuxta quas passiones appetitus irascibilis erumpunt, moderantur, interdum excoluntur.

His in casibus vero longe distamus ab illis “stati reattivi” de quibus psychologi et psychiatrae agunt et consensus, nisi ex impulsu irrefrenabili harum passionum excitetur, certo validus est.

Siquidem subtilis distinctio ac interdum difficillime definitu inter personalitatem iuxta normam et abnormem redit in dimentendis reactionibus, utrum scilicet sint intra normas, an ipsas transiliant.

Ni fallimur, si habetur proportio inter “ictum” psychicum et reactionem, sermo fieri nequit de abnormitate: est enim veluti nexus inter causam et effectum proportionatum.

“Abnormitas tandem quaecumque ea est — ut iterum utamur verbis praefatae decisionis coram Serrano — et a plus minusve omnium constanti aestimatione talis habita deviatio, inspecta eiusdem origine, procedere potest ab ima personalitatis radice, quae aptis destituitur viribus ad aequatam — i. e. intra normam — evolutionem psychicam attingendam” ».

8. Ast longe gravior, quod ad praesentem casum definiendum attinet, est quaestio an admitti possit relativa incapacitas in ordine ad essentialia matrimonii onera adsumenda, quatenus nempe contrahens uterque de se seu seorsim consideratus sufficienter capax probetur onera assumendi, dum incapax evadit in relatione ad personam alterius contrahentis.

Appellata quidem sententia affirmativam opinionem amplectitur, quam sustinere satagit magno cum apparatu doctorali et hermeneutico. Praecipuum argumentum niti videretur ipsa coniugalis relationis natura, quae interpersonalis seu « dualis » est. Hinc necessaria est utriusque cooperatio ad adipiscendum consortium totius vitae seu plenam vitae communionem, quae si forte desit etiam ob solum-

in casu, virum conventum sufficienti capacitate intelligendi et discernendi obiectum foederis nuptialis polluisse: quaestio agitur num ex incapacitate psychica, quam abnormis ratio gendi D. B., iuxta adserta, signasset, ille incapax praedicandus sit praestandi obiectum eiusdem foederis.

Solidata iam prudentia Rotalis tenet quod, ad irritandum consensum, incapacitas illa attingere debet aliquod essenziale elementum vel essentialem aliquam proprietatem.

Apprime vero monet una recentissima coram Serrano: "Tam age, sicut matrimonium in facto esse a matrimonio in fieri, tre species capacitatis, quas vigens lex recolit in can. 1095, nequaquam quis potest absolute rescindere: quasi essent ad invicem absolute diversae et disiunctae, cum, e contra, omnes tres in pluribus coagmentantur et simul coalescunt in sic dicta maturitate humana. Et tamen pro unaquaque suum quid peculiare quis iure discernet et dignoscet...

Stabilitatem et radicatum quamdam constantiam necesse est requiri, quibus in actu quidem consensus praevidere liceat in tempus duraturum et etiam in perpetuum, iuxta ordinem naturae, quae in consentiendo praesentia extiterunt" (decisio diei 22 novembris 1985) ».

6. Scite pergit laudata sententia coram Agustoni: «Profecto ardua interdum exurgit disceptatio circa essenziale elementum quod est communio vitae quae est relatio interpersonalis, immo "dualis" sui que generis, cum sit coniugalis. Sed nullum exstat dubium quod iudex consensum irritum declarare non potest, nisi constiterit de gravi anomalia psychica quae contrahentem incapacem reddat praestandi illud essenziale elementum.

Sedulo enim prae oculis est habendum quod demonstranda est vera incapacitas, non tantum difficultas, etsi gravis, circa onerum assumptionem. Necesse exinde est quod vitium grave psychicum, ex quo incapacitas derivatur, iam tempore praenuptiali animum nupturientis vastaverit, licet effectus, qui communionem vitae vel ceteras proprietates essentielles matrimonii attingant, tempore tantum postnuptiali eruperint et manifesti facti sint.

Ast hic latent insidiae confundendi consensum matrimonialem, seu matrimonium "in fieri", cum infelici exitu coniugii, seu cum matrimonio "in facto esse": desiderium, enim, immo sollicitatio recuperandae libertatis suadet ex infausto vel fracto matrimonio arguere defectum praestiti consensus.

Deputatus ad rem est illustris psychiatria Prof. A., qui rogatus etiam est ut indicaret examina (v. « tests ») psychologica quibus partes subiiciendae essent ope peritorum delegandorum in loco earundem commorationis. Quod Prof. A. praestitit, ast, stante conventae absentia a processu, unus actor talibus examinibus submitti potuit, die 6 maii 1989, in Urbe Insula in Gallia, cuius dioecesana Curia ad rem delegavit peritum psychologum B., in Catholica Facultate Insulensi magistrum.

Quibus perpensis et universis actis examinatis, peritus A. in sua relatione diei 5 aprilis 1990, in sessione diei 6 iulii 1990 iurata, conclusit pro incapacitate amborum contrahentium creandi « una vera unità di coppia coniugale con tutte le caratteristiche indispensabili perché il programma di vita comune si traduca in un'autentica "communio vitae et amoris" ».

4. Die 1 martii 1991, post causae disceptationem, in qua nullus amplius sermo factus est de capite exclusionis boni prolis, Turnus coram R. P. D. Serrano Ruiz interlocutoria decisione statuit: *Dilata et compleatur instructio iuxta mentem a Ponente exprimendam.*

Hinc die 30 aprilis insequentis in peritiorem nominatus est Ill. mus Prof. F., qui suam relationem super cunctis actis exaravit et coram Ponente iuravit die 5 iulii 1991.

Iterum disceptata causa, prodiit die 13 decembris 1991 Sententia definitiva secundi gradus, qua, infirmata Mexicana decisione, declarabatur: *Constare de matrimonii nullitate, in casu, vetito utriusque coniugi transitu ad canonicas nuptias, ni Ordinarius competens opportunas adhibeat cautelas ut constet de utriusque aptis dispositionibus.*

Appellante Vinculi Vindice ad subsequentem rotalem Turnum, seu ad Nostrum, ampla iterata causae discussione, Nobis haec decidenda est per responsum ad rite concordatum dubium: *Utrum sententia rotalis diei 13 decembris 1991 confirmanda an infirmanda sit, in casu.*

5. IN IURE. — Quamvis matrimonium, de quo agitur, initum sit sub vetere Codice iuris canonici, recte appellati Patres causam deciserunt iuxta praescriptum can. 1095, n. 3 novi Codicis.

Legitur sane in una Corcagien. coram Agustoni, diei 15 iulii 1986, similem casum respiciente:

« Nihil tamen prohibet quominus consideretur causa petendi sub lumine novi Codicis, magis determinati, quia quoad substantiam, quae fundatur in iure naturae, nihil innovavit. Nam indubitatum est,

Libellus admissus est decreto diei 25 iunii 1980.

Conventa autem, rite citata ad litem contestandam in diem 19 iulii 1980, obiecit matrimonii nullitatem potius repetundam esse a viri incapacitate matrimonialia onera suscipiendi et ab eius prava excludendae prolis voluntate.

Itaque illa die dubium ita concordatum est: «1) Si acaso consta de la nulidad del matrimonio en el caso, por incapacidad psicológica de la esposa; 2) incapacidad del esposo para sobrellevar las cargas propias del matrimonio; 3) y la exclusión de la prole».

Sequuta est instructio laboriosa valde; ambae enim partes haud fretae longissimis redditis iuratis depositionibus, Tribunal pluribus prolixisque memorialibus obruerunt.

Testificalis tamen probatio exigua fuit: actor enim nonnisi unum testem indicavit nempe conventae fratrem, qui, etsi pluries citatus, numquam comparuit; excussi ideo sunt soli tres testes a conventa inducti seu ipsius mater, vitricus et matertera.

Praeterea actor, interea in Galliam definitive reversus, difficilius potuit processus cursum curare eique datus est patronus ex officio.

Conclusa tandem instructione, anno 1984 deputatus est in peritum ex officio psychiatria doctor T., qui, examinatis solis actis, paucis lineis munus suum absolvit vel potius absolvere censuit scribens: «La personalidad de la esposa es bastante especial y la del señor D. presenta ciertos datos de inmadurez, pero sin una entrevista con él y un diagnóstico más completo es muy difícil asegurar nada».

Die 15 maii 1985 prodiit sententia primi gradus edicens: *non constat de matrimonii nullitate ex ullo e tribus accusatis capitibus.*

3. Appellavit actor ad Nostrum Apostolicum Tribunal, coram quo causa assignata est Turno R. P. D. Serrano Ruiz.

Confirmatum est actori beneficium gratuiti patrocinii cum nominatione cl.mi Patroni ex officio, qui institit pro dubii concordatione, quae reapse locum habuit die 1 iulii 1987.

Conventa, legitime citata, nullum dedit responsum. Item non comparuit coram mexicano Iudice ab Hoc Apostolico Tribunali delegato ut novum eius vadimonium reciperet.

Actor, contra, rogavit iterum interrogari, et quidem in Urbe, ope ipsius R. P. D. Ponentis; quod factum est die 4 martii 1988. Institit insuper per suum cl.mum Patronum ut peritiae psychologico-psychiatricae ex officio subiiceretur.

può riconoscere la relatività agli obblighi essenziali, non può invece ammettere la relatività dell'incapacità riguardo all'altro soggetto: questo sarebbe creare una nuova legge (n. 8). Non si può invocare il can. 1084 § 1 (impotenza assoluta o relativa) come criterio di interpretazione del can. 1095, 3° comma: le fattispecie dell'impedimento dirimente di impotenza e dell'incapacità consensuale sono essenzialmente diverse, e il canone 17 fa riferimento ai luoghi paralleli soltanto nei casi di legge dubbia e oscura. Caso mai, i luoghi paralleli sarebbero gli altri due commi del canone 1095. Tanto meno si può invocare il can. 19: non c'è silenzio di legge, l'impotenza non è un caso simile, la dottrina è divisa e la giurisprudenza maggioritaria respinge l'incapacità relativa. Invece, è da applicare il can. 18, a norma del quale le leggi inabilitanti, come è il can. 1095 che restringe lo « ius nubendi », sono da interpretare in senso stretto. L'ammissione della nozione di incapacità relativa potrebbe portare a gravi abusi: confusione tra la vera incapacità antecedente e le reazioni, anche abnormi, conseguenza della vita matrimoniale; confusione tra vera impossibilità e difficoltà gravi; ammissione di concetti e terminologie proprie della psichiatria e della psicologia che sono estranei al diritto canonico. Al massimo, nei casi di incapacità relativa si potrebbe accettare l'esistenza di un « *dubium iuris* », caso in cui i giudici, a norma del can. 1060, devono optare per la validità del matrimonio.

(*Omissis*). — 1. Die 20 aprilis 1979 in paroeciali templo v.d. « La Medalla Milagrosa » in Civitate Mexicana nuptiae celebrabantur inter Daniel, civem gallicum, unius et quadraginta annorum, et Margaritam, puellam mexicanam duodetriginta annorum, utrumque catholicum, qui duobus ante annis forte sese cognoverant cum Lutetiae Parisiorum universitariis studiis vacarent.

Domicilio coniugali constabilito apud Mexicanam Civitatem in domo cuius domina erat Margarita, eorum consortium a primordiis usque discidiis altercationibusque contristatum difficillimum apparuit, immo plane intolerabile; quare die 6 martii 1980 — nempe paulo plus quam decem mensibus a matrimonio elapsis — definitiva separatio instituta est.

2. Paulo post, seu die 24 maii 1980, Daniel libellum insolita prolixitate insignem porrexit tribunali ecclesiastico Mexicano poscens declarationem nullitatis matrimonii ob psychologiam Margaritae incapacitatem.

TRIBUNALE APOSTOLICO DELLA ROTA ROMANA - *Mexicana* - Nullità del matrimonio - Incapacità di assumere gli obblighi essenziali per cause di natura psichica - Incapacità «relativa» - Sentenza definitiva - 2 marzo 1993 - Civili, *Ponente* (*).

Matrimonio - Consenso - Incapacitas assumendi onera ob causas naturae psychicae - Retroattività della norma - Antecedenza o concomitanza della causa dell'incapacità - Gravità della causa: impossibilità e difficoltà - Normalità e anormalità.

Matrimonio - Consenso - Incapacitas assumendi onera ob causas naturae psychicae - Incapacità relativa - Nozione - Insufficienza dell'incapacità. «relativa» - *Dubium iuris e favor matrimonii*.

Il canone 1095, in quanto determinazione di una esigenza di diritto naturale, si può senz'altro applicare a qualunque matrimonio, anche se celebrato prima dell'entrata in vigore del Codice del 1983. Per dichiarare la nullità del matrimonio, il giudice deve riscontrare una grave anomalia psichica che abbia reso la persona incapace ad assumere un elemento essenziale del matrimonio. Detta anomalia grave deve essere presente già prima del consenso, benché si sia manifestata soltanto dopo. Nella valutazione di questi casi, c'è il pericolo di confondere un vero difetto del consenso con l'esito negativo di un matrimonio, sfumando in questo modo la distinzione tra matrimonio «in fieri» e matrimonio «in facto esse». Un altro elemento essenziale nell'applicazione del can. 1095, 3° è la distinzione tra difficoltà e impossibilità, tra normalità e anormalità.

Riguardo all'incapacità consensuale relativa alla persona dell'altro contraente, essendo entrambi capaci di assumere gli obblighi essenziali del matrimonio, bisogna affermare che il can. 1095, 3° riconosce un solo tipo di relatività, quella che attiene agli obblighi essenziali del matrimonio. Il giudice può interpretare le leggi, però non può né deve sostituirsi al legislatore. In questa potestà interpretativa, il giudice ben

(*) Sentenza pubblicata in RRDec. vol. LXXXV (1993), p. 75-83. Vedi, alla fine della sentenza, nota di HÉCTOR FRANCESCHI F., *L'incapacità di assumere e l'incapacità relativa nella giurisprudenza rotale recente*.

Pagina bianca

Giurisprudenza

re e assistere coloro che si sono smarriti, affinché si riconcilino e trovino la pace della coscienza. (...) In tal modo il peccato non diventerà un'inafausta causa di sensazionalismo, ma piuttosto l'occasione per una chiamata interiore, poiché Cristo ha detto: "Convertitevi". "Il Signore è vicino" ».

scomunica maggiore la cui assoluzione è riservata al Romano Pontefice⁽⁷⁴⁾.

Il fatto che tutte le pene canoniche siano irrogate mediante sentenza o decreto, comporta che nel CCEO manchino le previsioni contenute nel CIC nei confronti di questi soggetti competenti a rimettere (sia in foro interno che esterno) pene *latae sententiae*. Viene quindi operata al riguardo una netta separazione tra i due fori.

Infine, questa separazione viene attuata anche nei cosiddetti casi straordinari, che nel CCEO è solo il pericolo di morte. Infatti il can. 725 dispone che «*omnis sacerdos quoslibet paenitentes in periculo mortis versantes valide et licite absolvere potest a quibusvis peccatis, etsi praesens est alius sacerdos facultate sacramentum paenitentiae ministrandi praeditus*». Dal confronto con il parallelo can. 976 del CIC emerge subito la differenza: anche nel caso di pericolo di morte il sacerdote non può rimettere una pena canonica, ma solo assolvere dal peccato. Per la remissione occorre procedere in foro esterno. Peraltro il can. 1435 § 1 prevede la sospensione del divieto di ricevere i sacramenti eventualmente contenuto nella pena mentre il reo è in pericolo di morte.

In conclusione vorrei richiamare due brani della lettera del Papa ai Vescovi degli Stati Uniti dell'11 giugno 1993⁽⁷⁵⁾; in essa ci si offre lo sfondo sul quale si muovono le norme relative all'applicazione e remissione della pena: «Le pene canoniche previste per certe offese e che danno espressione sociale alla disapprovazione per il male sono pienamente giustificate. Esse contribuiscono a mantenere chiara la distinzione fra bene e male, e promuovono il comportamento morale così come il formarsi di una giusta consapevolezza della gravità del male». Al tempo stesso: «Ogni peccatore che segue la via del pentimento, della conversione e del perdono può invocare la misericordia di Dio, e voi in particolare dovete incoraggia-

ge propter graves circumstantias lata reservare potest remissionem poenarum Patriarchae vel Archiepiscopo maiori pro subditis, qui intra fines territorii Ecclesiae, cui praeest, domicilium vel quasi-domicilium habent; nemo alius potest valide sibi vel aliis reservare remissionem poenarum iure communi statutarum nisi de consensu Sedis Apostolicae».

(74) È la violenza fisica contro lo stesso Romano Pontefice prevista nel can. 1445 § 1.

(75) Pubblicata nell'*Osservatore Romano* del 25 giugno 1993.

mente tre aspetti: la regolamentazione delle pene riservate; la remissione in foro interno; i casi straordinari.

Innanzitutto va rilevato che nel CCEO è prevista la possibilità di limitare la facoltà di assolvere dai peccati riservandola ad una determinata autorità, che può essere la Sede Apostolica o il Vescovo eparchiale. Sono i cosiddetti « peccati riservati » presenti nel CIC 17 ma scomparsi totalmente nel nuovo Codice. Il CCEO regola questa materia nei cann. 727-729⁽⁷¹⁾. Si può notare brevemente a questo riguardo che la disciplina sui peccati riservati è più esigente rispetto a quella della remissione di una pena, poiché le condizioni per incorrere nel peccato sono minori di quelle richieste per incorrere nel delitto. Non manca peraltro una notevole mitigazione stabilita nel can. 729.

Per quanto attiene, invece, alla remissione della pena vera e propria, a parte la comune disposizione sull'interpretazione stretta della riserva (can. 1423 § 2), il CCEO prevede un uso della riserva più ampio rispetto al CIC. Dalla lettura dei cann. 1420 § 3 e 1423 § 1 si ricava infatti che: tutte le pene inflitte dalla Sede Apostolica sono riservate ad essa a meno che la loro remissione non sia delegata al Patriarca o ad altri (can. 1420 § 3)⁽⁷²⁾; non solo il Romano Pontefice (non la Sede Apostolica) può riservare a sé o ad altri la remissione di una pena ma anche il Sinodo dei Vescovi della Chiesa patriarcale od arcivescovile maggiore può, a determinate condizioni, fare uso di questo istituto (can. 1423)⁽⁷³⁾. Nel CCEO è stabilita soltanto una

(71) Si riporta il testo dei tre canoni: can. 727 « In nonnullis casibus ad salutem animarum providendam opportunum esse potest facultatem a peccatis absolventi limitare atque determinatae auctoritati reservare; hoc tamen fieri non potest nisi de consensu Synodi Episcoporum Ecclesiae patriarchalis vel Consilii Hierarcarum vel Sedis Apostolicae ».

Can. 728: « § 1. Sedi Apostolicae reservatur absolvere a sequentibus peccatis: 1° directe violationis sigilli sacramentalis; 2° absolutionis complicit in peccato contra castitatem ». « § 2. Episcopo eparchiali vero reservatur absolvere a peccato procurationis abortus effectu secuto ».

Can. 729: « Quaevis reservatio absolutionis a peccato omni vi caret: 1° si confessionem peragit aegrotus, qui domo egredi non potest, vel sponsus matrimonii celebrandi causa; 2° si de prudenti iudicio confessarii absolventi facultas ab auctoritate competenti peti non potest sine gravi paenitentis incommodo vel sine periculo violationis sigilli sacramentalis; 3° extra fines territorii, in quo auctoritas reservans potestatem exercet ».

(72) « Poenam vero a Sede Apostolica irrogatam sola Sede Apostolica remittere potest, nisi Patriarchae vel aliis remissio poenae delegatur ».

(73) « § 1. Salvo iure Romani Pontificis remissionem cuiusvis poenae sibi vel aliis reservandi, Synodus Episcoporum Ecclesiae patriarchalis vel archiepiscopalis maioris le-

le remissioni in foro interno ricomprese nei casi ordinari, non vi dovrebbero essere preclusioni al riguardo, sebbene forse non sia pastoralmente opportuno, nel foro interno sacramentale, assolvere in modo assoluto dal peccato e in modo condizionato dalla pena che è conseguenza del peccato.

Poiché si tratta di un atto amministrativo la remissione in foro esterno va preferibilmente data per iscritto, a meno che una grave causa non consigli altro (cann. 37 e 1361 § 2). Del resto è del tutto opportuno che la remissione della pena abbia gli stessi requisiti formali dell'atto di applicazione⁽⁶⁸⁾ e inoltre che l'interessato possessa una prova documentale dell'avvenuta remissione.

Altro problema è quello della pubblicità relativa all'applicazione e remissione della pena. Vanno temperate, infatti, due esigenze fortemente meritevoli di tutela: la buona fama del reo e il bene pubblico danneggiato dalla commissione del delitto. Il principio esposto nel can. 1361 § 3 va nel senso di una primaria protezione della buona fama del fedele, prescrivendo la non divulgazione della richiesta della remissione o della remissione stessa a meno che non sia utile per la buona fama del reo o necessario per riparare lo scandalo⁽⁶⁹⁾.

4. *Qualche raffronto con il CCEO.*

Come già accennato in precedenza, vi sono alcune differenze di certo spessore tra i due Codici per quanto concerne la disciplina sulla remissione della pena canonica⁽⁷⁰⁾. Esse riguardano particolar-

⁽⁶⁸⁾ Cf. J. ARIAS, *Commento...*, p. 819.

⁽⁶⁹⁾ Non si può non rilevare, a questo proposito, la delicatezza con cui viene trattata la persona nell'ordinamento ecclesiale (cf. anche i cann. 1717 § 2, 1722). Non va certo dimenticato che i presupposti teorici e pratici su cui si basa l'amministrazione della giustizia penale nel diritto statale impediscono l'applicazione di un principio come quello esposto nel can. 1361 § 3, ma al tempo stesso la tutela della dignità della persona umana meriterebbe a volte maggiore riservatezza almeno fino alla condanna definitiva.

⁽⁷⁰⁾ Per quanto attiene ad una comparazione complessiva tra il CIC ed il CCEO in materia penale cf. G. DI MATTIA, *La normativa di diritto penale nel «Codex Juris Canonici» e nel «Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium»*, in *Incontro fra i canonici d'oriente e d'occidente*, Atti del Congresso internazionale a cura di R. Coppola, Bari 1994, pp. 511-534; T.J. GREEN, *Penal Law in the «Code of Canon Law» and in the «Code of Canons of the Eastern Churches»*. *Some Comparative Reflections*, in *Studia Canonica* 28 (1994) pp. 407-451.

Infine, per quanto attiene alla remissione delle pene espiatorie, le condizioni di validità accennate in precedenza vanno completate dai cann. 64 e 65 riguardanti la possibilità di richiedere ad un altro Ordinario una grazia negata da un Ordinario competente⁽⁶⁶⁾.

f) *Contenuto e forma della remissione (cann. 1358 § 2; 1359; 1361).*

Con l'atto di remissione, sia a richiesta dell'interessato che su iniziativa dell'autorità, si possono rimettere tutte o soltanto alcune delle pene. Il can. 1359 prevede entrambe le ipotesi specificando che, nel caso di remissione generale cessano tutte le pene ad eccezione di quelle che il reo tacque in mala fede nella petizione.

D'accordo con la sua natura di atto giuridico, la remissione della pena, ovviamente tranne nel caso che sia data nel foro sacramentale, può essere concessa anche ad una persona assente ed eventualmente, secondo il can. 61, anche senza il suo consenso, qualora venga richiesta da altri.

La remissione può inoltre essere concessa sotto condizione (can. 1361 § 1)⁽⁶⁷⁾. Ci si può domandare se la previsione del can. 1361 § 1 riguardi soltanto le remissioni in foro esterno oppure anche quelle in foro sacramentale. Certamente riterrei che vada esclusa la possibilità di apporre nuove condizioni alle remissioni ai sensi dei cann. 976 e 1357 che già sono condizionate *ex lege*. Per quanto concerne, invece,

⁽⁶⁶⁾ Can. 64: «Salvo iure Paenitentiarie pro foro interno, gratia a quovis dicasterio Romanae Curiae denegata, valide ab alio eiusdem Curiae dicasterio aliave competenti auctoritate infra Romanum Pontificem concedi nequit, sine assensu dicasterii quocumque coeptum est».

Can. 65: «§ 1. Salvis praescriptis §§ 2 et 3, nemo gratiam a proprio Ordinario denegatam ab alio Ordinario petat, nisi facta denegationis mentione; Ordinarius gratiam ne concedat, nisi habitis a priore Ordinario denegationis rationibus.

§ 2. Gratia a Vicario generali vel a Vicario episcopali denegata, ab alio Vicario eiusdem Episcopi, etiam habitis a Vicario denegante denegationis rationibus, valide concedi nequit.

§ 3. Gratia a Vicario generali vel a Vicario episcopali denegata et postea, nulla facta huius denegationis mentione, ab Episcopo dioecesano impetrata, invalida est; gratia autem ab Episcopo dioecesano denegata nequit valide, etiam facta denegationis mentione, ab eius Vicario generali vel Vicario episcopali, non consentiente Episcopo, impetrari».

⁽⁶⁷⁾ Quanto ai tipi di condizione gli autori si richiamano alle tradizionali classificazioni che riguardano il tempo del verificarsi della condizione (*de praeterito, de praesenti* o *de futuro*) o gli effetti della medesima (sospensiva o risolutiva). Cf. A. BORRAS, *Les sanctions...*, pp. 146-147; A. CALABRESE, *Diritto Penale...*, pp. 256-257.

zione dalla contumacia ai sensi del can. 1347 § 2⁽⁶³⁾ sia condizione necessaria e sufficiente per la loro remissione. Dispone infatti il can. 1358 § 1: «Remissio censurae dari non potest nisi delinquenti qui a contumacia, ad normam can. 1347, § 2, recesserit; recedenti autem denegari nequit». L'accertamento della cessazione della contumacia è una delicata valutazione pastorale⁽⁶⁴⁾ che va condotta con benignità ma senza dimenticare i concreti effetti che un determinato comportamento delittuoso ha provocato nella comunità dei fedeli. Nel dubbio vi è sempre la possibilità di concederla sotto condizione (can. 1361 § 1) o imponendo adeguate penitenze (can. 1358 § 2).

Affinché la remissione sia concessa validamente occorre inoltre che non sia stata estorta con timore grave, né con violenza od errore. Il can. 1360 menziona soltanto il timore grave perché la disciplina in questo caso si discosta da quanto previsto in linea generale dal can. 125 § 2. Il timore deve essere grave, ingiusto e diretto ad ottenere la remissione⁽⁶⁵⁾. Nel caso di violenza od errore si applicano rispettivamente i cann. 125 § 1 e 126. Pertanto i fatti concernenti la prova della cessazione dalla contumacia vanno esposti, sotto pena di nullità, con veridicità in quanto costituiscono una condizione essenziale per la remissione.

Da parte del Superiore che concede la remissione è sufficiente che abbia la debita potestà ed operi liberamente. Quand'anche abbia concesso la remissione senza un serio accertamento del pentimento del reo, si dovrebbe ritenere valida la remissione, tenuto conto anche del fatto che le pene canoniche, ad eccezione di quelle *latae sententiae*, sono «di fatto» facoltative considerate le disposizioni dei cann. 1343-1345. E se lo sono nel momento applicativo, con maggior larghezza si deve ritenere che lo siano nella fase estintiva. Semmai si tratterebbe di un'imprudenza o irresponsabilità nell'esercizio della potestà.

⁽⁶³⁾ «A contumacia recessisse dicendus est reus, quem delicti vere paenituerit, quique praetera congruam damnorum et scandalorum reparationem dederit vel saltem serio promiserit».

⁽⁶⁴⁾ Da questo punto di vista anche se il canone utilizza espressioni tassative, non vi è dubbio che vi è un certo margine di inevitabile discrezionalità nel Superiore. Cf. F. NIGRO, *Commento...*, p. 796.

⁽⁶⁵⁾ Cf. J. ARIAS, *Commento...*, p. 819, che rileva la non unanimità degli autori sulla necessità che il timore sia diretto alla remissione della pena.

Riterrei che sia possibile affermare questo sulla base di due punti di riferimento: innanzitutto a differenza del CIC 1917 il CIC non consente più, ad eccezione del pericolo di morte, la remissione in foro interno di pene *ferendae sententiae* o *latae sententiae* dichiarate⁽⁶¹⁾. Pertanto non vi sono pene assolte nel solo foro interno di cui il Superiore potrebbe esigere l'osservanza in foro esterno. In secondo luogo è mutato in modo sostanziale il can. 1321 § 3 nei riguardi del can. 2200 § 2 del precedente Codice. Vale a dire non vi è più la presunzione di dolo una volta commesso il fatto ma solo la presunzione di imputabilità; il dolo va quindi successivamente dimostrato.

Di conseguenza una possibile situazione di conflitto potrebbe darsi nel caso di una remissione in virtù del can. 976 di una pena inflitta o dichiarata, durante il tempo necessario ad effettuare il ricorso. Cosa potrebbe avvenire, invece, nel caso di un'assoluzione in foro interno di una pena *latae sententiae* non dichiarata per un delitto occulto qualora divenissero noti il delitto o la pena? Credo che a questo riguardo bisogna sottolineare che attualmente la notorietà del fatto delittuoso non consenta di presumere che l'autore sia incorso nella pena *latae sententiae* eventualmente prevista, giacché occorre uno specifico accertamento in merito (vi è presunzione di imputabilità non di dolo). Analogamente avviene qualcosa di simile per una pena *latae sententiae*; solo il reo può «autoapplicarsela»⁽⁶²⁾ o renderla nota dichiarando di esservi incorso; l'autorità può solo procedere, come nel caso delle pene *ferendae sententiae*, ad una verifica della contumacia del reo che nel caso in esame non vi sarà giacché il reo ha già receduto da essa per ottenere l'assoluzione. Quindi i problemi sollevati, teoreticamente possibili, in pratica non hanno forse possibilità di realizzazione.

e) *Condizioni per la remissione della pena (cann. 1358 § 1; 1360).*

La remissione della pena canonica implica che si è esaurita la sua funzione in ordine alla riparazione dello scandalo, alla restaurazione della giustizia e all'emendamento del reo (can. 1341). La prevalente finalità medicinale delle censure comporta che la cessa-

⁽⁶¹⁾ Cf. invece il can. 2253 CIC 1917.

⁽⁶²⁾ Occorre infatti una imputabilità non solo grave ma piena, percepibile inizialmente solo da chi ha commesso il delitto.

di ricorrere sia certamente meno frequente che in passato, considerato anche il gran numero di soggetti competenti a rimettere la pena. D'altra parte gli autori generalmente considerano che l'impossibilità di ricorrere protrattasi per un mese faccia decadere l'obbligo del ricorso⁽⁵⁷⁾. Non nascondo tuttavia una certa perplessità in proposito. Infatti, escluso l'eventuale caso di una impossibilità morale assoluta di effettuare il ricorso, si potrebbe ritenere che il mese indicato nel can. 1357 § 2 sia da considerarsi come tempo utile (cf. can. 201 § 2) il cui computo si sospende in caso di impossibilità o di ignoranza, e che pertanto il penitente ha un mese «utile» per poter ricorrere, trascorso il quale reinciderà nella pena? Ciò non mi pare del resto in contrasto con le dovute disposizioni del penitente che si avvale di una norma particolarmente benigna nei suoi confronti.

Un ultimo punto concerne gli eventuali problemi di coordinamento tra foro esterno e foro interno che possono sorgere dall'attuale assetto normativo del Codice in relazione alla remissione delle pene. Sebbene già nella Plenaria del 1981 furono sollevate perplessità a questo riguardo in merito al can. 1357 (can. 1309 nello schema del 1980)⁽⁵⁸⁾, e la dottrina ha riscontrato situazioni problematiche, come già avvertito⁽⁵⁹⁾, credo che in questo aspetto vi sia stato un significativo miglioramento nei confronti del CIC 1917, poiché se è vero che la remissione in foro interno sacramentale non produce di per sé effetti in foro esterno, la possibilità che una pena *latae sententiae* diventi esigibile in foro esterno non è mai automatica, ma richiede un procedimento simile a quello delle pene *ferendae sententiae*, facendo sì che la possibile confusione tra i due fori sia limitata ad ipotesi forse rare legate al can. 976⁽⁶⁰⁾.

⁽⁵⁷⁾ Cf. A. CALABRESE, *Diritto Penale...*, p. 247; V. DE PAOLIS, *Il diritto...*, p. 503.

⁽⁵⁸⁾ «Facultas confessoribus tributa rationem non habet necessariae distinctionis utriusque fori (Quidam Pater)». R. «Canon absolute necessarius evasit post supracitam decisionem Patrum Cardinalium in Plenaria 1977. Si excommunicatio prohibet receptionem sacramenti poenitentiae, absolutio in casu urgentiori, non potest negari, etiam si distinctio inter utrumque forum evanescit. Salus animarum suprema lex». In «Communicationes» 16 (1984) pp. 45-46.

⁽⁵⁹⁾ Vedi sopra nota 27.

⁽⁶⁰⁾ «Quilibet sacerdos, licet ad confessiones excipiendas facultate careat, quoslibet paenitentes in periculo mortis versantes valide et licite absolvit a quibusvis censuris et peccatis, etiamsi praesens sit sacerdos approbatus»

degli infermi a chi era stato colpito da queste due censure. Occorreva pertanto provvedere a chi si trovava nella condizione di non poter ricevere l'assoluzione sacramentale prima della remissione della scomunica o dell'interdetto. Il can. 2254 CIC 17 regolava dettagliatamente questa ipotesi, includendo in essa anche i casi di pericolo di grave scandalo o di infamia ora regolati nel can. 1352 § 2. Attualmente il can. 1357 § 1 stabilisce che il confessore (ossia il sacerdote munito dell'opportuna facoltà) possa assolvere nel foro interno sacramentale dalle censure *latae sententiae* non dichiarate (anche se siano riservate) di scomunica o di interdetto «si paenitenti durum sit in statu gravis peccati permanere per tempus necessarium ut Superior competens provideat». Il § 2 dispone che nel concedere l'assoluzione il confessore imponga l'obbligo al penitente di ricorrere entro un mese, sotto pena di reincidenza⁽⁵⁵⁾, al Superiore competente o ad un sacerdote che abbia la debita facoltà. Peraltro il ricorso può essere fatto dallo stesso confessore senza indicare il nome del penitente.

Quanto alle condizioni soggettive del reo il canone prevede che sia sufficiente che al penitente sia duro rimanere in stato di peccato grave. Gli autori concordano unanimemente, avvalendosi anche di una precedente e consolidata dottrina, che bastino soltanto poche ore o lo stesso desiderio di riconciliazione con Dio per realizzare la condizione posta dal canone. Si potrebbe al riguardo aggiungere che «l'aggravio morale» nel penitente può essere utilmente suscitato dallo stesso confessore e quindi provocarsi durante la stessa confessione.

Per quanto concerne l'obbligo del ricorso, pur mantenendosi il tempo di un mese previsto dal can. 2254 § 1, è stato fatto notare⁽⁵⁶⁾ che mentre il Codice abrogato prevedeva nel can. 2254 § 3 l'eventuale impossibilità morale di effettuare il ricorso, dettando al riguardo specifiche indicazioni al confessore, il can. 1357 non contempla tale ipotesi, mostrandosi forse in questo aspetto più rigido del Codice pio-benedettino, sebbene attualmente l'impossibilità

⁽⁵⁵⁾ Sulla questione se la condizione «sub poena reincidentiae» sia sospensiva o risolutiva con le implicazioni che ciò comporta cf. A. BORRAS, *Les sanctions...*, p. 142-143, soprattutto la nota 40.

⁽⁵⁶⁾ Cf. A. BORRAS, *Les sanctions...*, p. 141; V. DE PAOLIS, *Coordinatio...*, pp. 430-432; T.J. GREEN, *The Code...*, p. 918.

privo), penserei che la facoltà del cappellano sia ristretta al solo foro interno (anche se non sacramentale). Del resto questa facoltà di remissione in foro interno ben si armonizzerebbe con il riferimento fatto dallo stesso can. 566 § 2 al can. 976 circa la possibilità del sacerdote di assolvere il penitente che si trovi in pericolo di morte.

b) *Casi straordinari*. Concernono le facoltà attribuite a determinati soggetti di poter rimettere in foro interno sacramentale le censure qualora il penitente si trovi in circostanze particolari e proprio in considerazione di tali circostanze. La ragione pastorale è facilmente comprensibile e va individuata nella possibilità per il penitente di poter accedere sempre ai sacramenti, soprattutto la riconciliazione e l'eucaristia, nei casi in cui è particolarmente bisognoso. Questi casi sono il pericolo di morte (can. 976) e il caso urgente (can. 1357).

Pericolo di morte. Benché il can. 1352 § 1 dichiari esplicitamente che se la pena (scomunica e interdetto) proibisce la ricezione dei sacramenti, la proibizione è sospesa durante tutto il tempo in cui il reo versa in pericolo di morte, il can. 976 attribuisce ad ogni sacerdote validamente ordinato la facoltà di assolvere da qualunque censura (scomunica, interdetto o sospensione) inflitta o dichiarata, riservata o no, il penitente che si trovi in pericolo di morte, nonostante sia presente un sacerdote approvato⁽⁵³⁾. Vi è tuttavia l'obbligo di ricorrere al Superiore, sotto pena reincidenza, ai sensi del can. 1357 § 3⁽⁵⁴⁾, una volta che il reo sia uscito dal pericolo di morte, qualora sia stato assolto da censure *ferendae sententiae* o *latae sententiae* dichiarate o riservate (ossia non vi è obbligo di ricorrere solo quando il reo sia stato assolto da censure *latae sententiae* non dichiarate e non riservate).

Caso urgente. Come già detto in precedenza, l'inserzione del can. 1357, mancante nello schema del 1973, si è resa necessaria, a partire dallo schema del 1980, quando fu respinto il progetto di modificare gli effetti della scomunica e dell'interdetto nel senso di non vietare più la ricezione del sacramento della penitenza e dell'unzione

⁽⁵³⁾ Il can. 725 CCEO si discosta su questo punto dal CIC poiché pur concedendo la facoltà al sacerdote di assolvere il penitente che si trovi in pericolo di morte da qualsiasi peccato, non gli conferisce la potestà di rimettere le pene.

⁽⁵⁴⁾ Il can. 1357 § 3 parla di «eodem onere recurrendi», che si dovrebbe intendere nel senso di medesimo obbligo anche per quanto concerne il tempo, cioè un mese. In questo senso V. DE PAOLIS, *Il diritto...*, p. 501; in senso parzialmente difforme A. CALABRESE, *Diritto Penale...*, pp. 242-243.

La facoltà attribuita ai Vescovi, comparsa nello schema del 1980 senza che dai lavori di riforma se ne possano desumere le motivazioni, consente la remissione di tutte le pene, medicinali o espiatorie, *latae sententiae* non dichiarate e non riservate, nell'atto della confessione sacramentale. È una facoltà attribuita in considerazione della dignità episcopale, non delegabile a chi non è Vescovo, e ne sono titolari tutti e soltanto i Vescovi⁽⁵⁰⁾. Il Chiappetta ritiene che sia sufficiente che il Vescovo sia eletto anche se non ancora consacrato; in proposito avrei però dei dubbi⁽⁵¹⁾.

Il canonico penitenziere, o il sacerdote designato dal Vescovo (cf. can. 508 § 2) ha in forza dell'ufficio la facoltà ordinaria non delegabile di assolvere nel foro interno sacramentale dalle censure *latae sententiae* non dichiarate e non riservate. Tale facoltà è esercitabile nella diocesi verso tutti coloro che si trovano in essa e, fuori dalla diocesi, solo verso i diocesani. A differenza della facoltà attribuita ai Vescovi non consente la remissione delle pene espiatorie, ma solo delle censure, inclusa la sospensione.

Infine «in valetudinariis, carceribus et itineribus maritimis, cappellanus praeterea facultatem habet, his tantum in locis exercendam, a censuris latae sententiae non reservatis neque declaratis absolvendi, firmo tamen praescripto can. 976» (can. 566 § 2). La facoltà del cappellano, esercitabile solo nei luoghi previsti, riguarda le censure *latae sententiae* non dichiarate e non riservate. È stato fatto notare in proposito⁽⁵²⁾ che il can. 566 § 2 non prevede per il cappellano una restrizione di questa facoltà al solo foro interno ed anche che il can. 1357 § 1 non fa menzione del can. 566 § 2. È forse una dimenticanza del legislatore dal momento che questo canone è stato introdotto all'ultimo momento? Per il De Paolis la dimenticanza non si deve presumere e quindi si potrebbe ipotizzare un suo esercizio in foro esterno (eventualmente delegabile?).

Tuttavia, considerando che il canone utilizza il verbo «absolvere» (come generalmente avviene per le remissioni in foro interno) e che inoltre si parla di facoltà e non di potestà (di cui il cappellano è

(50) Ci si potrebbe domandare se coloro che sono equiparati ai Vescovi pur non essendo insigniti della dignità episcopale godano della medesima facoltà. Penso che andrebbe data risposta negativa.

(51) L. CHIAPPETTA, *Il Codice...*, p. 488.

(52) V. DE PAOLIS, *Quaestiones miscellaneae*, in *Periodica* 74 (1985) pp. 473-474.

ma si decise di mantenere inalterata la redazione⁽⁴⁶⁾. Quanto alla natura di questo obbligo, che riguarda tutte le remissioni di pene costituite con precetto e la remissione delle pene inflitte o dichiarate costituite con legge, gli autori concordano che non si tratti di una condizione *ad validitatem*, sia per la mancanza di una espressa indicazione (cf. can. 10), sia per la clausola già ricordata e che attribuisce all'Ordinario del luogo il giudizio sulla possibilità o meno di effettuare la consultazione⁽⁴⁷⁾. Tuttavia, coordinando i canoni in esame con il disposto del can. 127 § 2, 2°⁽⁴⁸⁾, ho quantomeno il dubbio che, per la validità della remissione, il giudizio di impossibilità debba constare esplicitamente⁽⁴⁹⁾.

d) *La remissione in foro interno e relative problematiche (cann. 508; 566 § 2; 976; 1355 § 2; 1357).*

Pur considerando quella in foro esterno la via abituale per la remissione delle pene canoniche, il CIC prevede, per motivi pastorali, la possibilità di ottenerla in foro interno anteriormente a quella in foro esterno e alle volte indipendentemente da essa. Al riguardo vanno comunque distinti i casi ordinari da quelli straordinari.

a) *Casi ordinari.* Concernono le facoltà ordinarie attribuite a determinati soggetti carenti di potestà esecutiva in foro esterno di assolvere in foro interno dalle pene *latae sententiae* non dichiarate e non riservate, senza che il reo si debba trovare in particolari condizioni. Inoltre, in questi casi, non vi è l'obbligo di ricorrere al Superiore. Per legge universale sono titolari di queste facoltà: qualunque Vescovo (can. 1355 § 2); il canonico penitenziere (can. 508) e il cappellano di carceri, ospedali o viaggi in mare (can. 566 § 2).

(46) «Exigatur *approbatio* seu licentia Ordinarii qui poenam irrogavit vel declaravit. Non sufficit ut moneatur. R. Non expedit. Norma esset nimis severa. Censetur sufficiens quod Ordinarius consulatur (non est idem ac «monere», «avvertire»», cf. «Communicationes» 16 (1984) p. 45.

(47) Cf. J. ARIAS, *Commento...*, p. 816; A. BORRAS, *Les sanctions...*, p. 133; A. CALABRESE, *Diritto Penale...*, pp. 239-239; V. DE PAOLIS, *Il diritto...*, p. 500; F. NIGRO, *Commento...*, p. 793. In questo senso parrebbe differente la disciplina del can. 1420 § 1 CCEO che non contiene tale clausola.

(48) «Si consilium exigatur, invalidus est actus Superioris easdem personas non audientis; Superior, licet nulla obligatione teneatur accedendi ad earundem votum, etsi concors, tamen sine praevalenti ratione, suo iudicio aestimanda, ab earundem voto, praesertim concordi, ne discedat».

(49) Cf. F. AZNAR, *Commento...*, p. 660; L. CHIAPPETTA, *Il Codice...*, p. 487.

Il Codice distingue la remissione delle pene stabilite con legge da quelle stabilite con precetto poiché vi sono alcune differenze riscontrabili nei due casi. La principale riguarda il trattamento unitario previsto per la remissione delle pene stabilite con precetto (can. 1356 § 1) mentre il can. 1355 prevede una disciplina differenziata per le pene *latae sententiae* non dichiarate ampliando il novero dei soggetti competenti a rimetterle e non imponendo l'obbligo della previa consultazione.

Per esporre sinteticamente il contenuto dei cann. 1355-1356 trascrivo quanto scritto dal De Paolis: «L'Ordinario del luogo (cf. can. 134 § 2) nel proprio territorio può rimettere tutte le pene, siano esse costituite per legge o per precetto, siano esse irrogate o dichiarate o non dichiarate, verso tutti quelli che sono attualmente nel proprio territorio (cf. can. 1355 §§ 1-2 e § 2; can. 1356 § 1, 1); fuori del proprio territorio solo verso i propri sudditi (can. 136). Alla norma vanno aggiunte due osservazioni: prima di rimettere la pena deve consultare colui che irrogò o dichiarò la pena sia per sentenza sia per decreto (can. 1355 § 1, 2), oppure l'autore del precetto (can. 1356 § 2)». «L'Ordinario (cf. can. 134 § 1) può rimettere le pene, siano esse costituite per precetto o per legge, qualora egli stesso avviò il processo penale, o irrogò o dichiarò la pena per se stesso e per altri, con sentenza o per decreto (cf. can. 1355 § 1, 1; can. 1356 § 1, 2). Inoltre egli può rimettere le pene stabilite per legge, ma non dichiarate, nei confronti dei propri sudditi e di coloro che sono nel proprio territorio o che commisero il delitto nel proprio territorio (can. 1355 § 2).»⁽⁴³⁾.

Durante i lavori di riforma emerse la perplessità di alcuni sulla eventualità di possibili abusi che sarebbero potuto sorgere dal mantenere così ampie le facoltà dell'Ordinario del luogo in cui si trova il reo; tuttavia prevalse al riguardo la considerazione dell'odierna mobilità umana⁽⁴⁴⁾. Contemporaneamente fu proposto di rendere più stringente l'obbligo di consultare l'Ordinario che aveva promosso il giudizio o inflitto la pena o l'autore del precetto, mediante la soppressione dell'inciso «nisi propter extraordinarias circumstantias impossibile sit»⁽⁴⁵⁾. La questione fu riproposta nella Plenaria del 1981,

⁽⁴³⁾ V. DE PAOLIS, *Il diritto ...*, p. 500.

⁽⁴⁴⁾ Cf. «Communicationes», 9 (1977) p. 169.

⁽⁴⁵⁾ *Ibidem*.

Se la Sede Apostolica ha riservato la remissione della pena ad altri soggetti, si dovrebbe applicare la seconda parte del can. 137 § 3⁽⁴²⁾ che impedisce la suddelega senza la concessione espressa del delegante.

c) *La remissione in foro esterno (cann. 1355-1356).*

Concerne la remissione di tutte le pene non riservate che siano state irrogate, dichiarate o non dichiarate. La disciplina è contenuta nei cann. 1355-1356 che si riportano per comodità di lettura:

Can. 1355: § 1. Poenam lege constitutam, si sit irrogata vel declarata, remittere possunt, dummodo non sit Apostolicae Sedi reservata:

1. Ordinarius, qui iudicium ad poenam irrogandam vel declarandam promovit vel decreto eam per se vel per alium irrogavit vel declaravit;

2. Ordinarius loci in quo delinquens versatur, consulto tamen, nisi propter extraordinarias circumstantias impossibile sit, Ordinario, de quo sub n. 1.

§ 2. Poenam latae sententiae nondum declaratam lege constitutam, si Sedi Apostolicae non sit reservata, potest Ordinarius remittere suis subditis et iis qui in ipsius territorio versantur vel ibi deliquerint, et etiam quilibet Episcopus in actu tamen sacramentalis confessionis.

Can. 1356: § 1. Poenam ferendae vel latae sententiae constitutam praecepto quod non sit ab Apostolica Sede latum, remittere possunt:

1. Ordinarius loci, in quo delinquens versatur;

2. si poena sit irrogata vel declarata, etiam Ordinarius qui iudicium ad poenam irrogandam vel declarandam promovit vel decreto eam per se vel per alium irrogavit vel declaravit.

§ 2. Antequam remissio fiat, consulendus est, nisi propter extraordinarias circumstantias impossibile sit, praecepti auctor.

⁽⁴²⁾ «Si vero ad actum aut ad actus determinatos delegata sit, subdelegari nequit, nisi de expressa delegantis concessione».

Due ultime questioni riguardano i soggetti che, con il nome di Sede Apostolica, sono da ritenersi competenti per costituire pene riservate e per rimetterle. Quanto al primo punto poiché la costituzione di pene riservate può avvenire sia con legge che con precetto, vanno distinti i soggetti che godono di potestà legislativa da quelli che invece possiedono solo potestà esecutiva. Solo il legislatore universale (Romano Pontefice e Collegio dei Vescovi) è competente ad emanare leggi (universali o particolari) contenenti pene riservate⁽³⁸⁾. Per quanto invece attiene al precetto penale emanato dalla Sede Apostolica, considerato come attualmente la dottrina sia pressoché unanime nel considerarlo un atto amministrativo⁽³⁹⁾, sono competenti quegli organismi della Sede Apostolica che possiedono potestà esecutiva entro i limiti della propria competenza. Peraltro, va sottolineato come, in quest'ultimo caso, le pene determinate costituite nel precetto, qualora fossero espiatorie, non possano essere che tra quelle previste nel can. 1336, giacché sia il can. 1312 § 2 che il can. 1336 § 1 dispongono che la legge, ma non il precetto, possa stabilire altre pene espiatorie non contemplate nel can. 1336.

Circa la competenza per rimettere pene riservate, va affermata la competenza della Penitenzieria Apostolica in caso di remissione nel foro interno⁽⁴⁰⁾. Le cose si complicano un po' trattandosi di remissione in foro esterno. Il Calabrese ritiene, in virtù dell'art. 52 della *Pastor bonus* che sia sempre la Congregazione della Dottrina della Fede⁽⁴¹⁾. Tuttavia ciò non mi pare così scontato dal momento che non credo sia sufficiente, in mancanza di altre disposizioni, l'enunciato dell'art. 52 per configurare una competenza esclusiva di detta Congregazione nella remissione di qualunque pena comminata con un precetto emanato da un Dicastero della Curia Romana. Anzi, considerato il tenore del can. 64, sembra ipotizzabile che sia competente per la remissione lo stesso Dicastero che ha emanato il precetto.

⁽³⁸⁾ Il Legislatore supremo può peraltro far opportuno uso della delega della potestà legislativa e dell'approvazione in forma specifica di un atto di un Dicastero della Curia Romana.

⁽³⁹⁾ Cf. E. LABANDEIRA-J. MIRAS, *El precepto penal en el CIC 83*, in *Ius Ecclesiae* 3 (1991) pp. 671-690 dove vengono anche analizzate le diverse oscillazioni dottrinali avutesi al riguardo.

⁽⁴⁰⁾ Can. 64; GIOVANNI PAOLO II, cost. ap. *Pastor bonus*, artt. 117-118.

⁽⁴¹⁾ A. CALABRESE, *Diritto Penale ...*, p. 237.

Inoltre non soltanto si è notevolmente ridotto il largo uso dell'istituto della riserva fatto in precedenza, ma è anche scomparsa la divisione, indicata nel can. 2242 § 2, tra riserva *a iure* e riserva *ab homine*. Ne segue che la possibilità della riserva può aver luogo solo nel momento costitutivo della pena e non in quello applicativo; in altre parole, la remissione di una pena inflitta o dichiarata dalla Sede Apostolica mediante procedimento giudiziario o amministrativo, che non fosse precedentemente riservata, non lo diventerebbe dopo l'irrogazione o dichiarazione. Non solo, ma in forza dei cann. 1355 § 1, 1356 § 1 precedentemente ricordati e del 1354 § 3 circa l'interpretazione stretta della riserva, riterrei che vada escluso, salvo un esplicito intervento derogatorio del legislatore, che possano essere inserite nella sentenza o nel decreto di condanna o di dichiarazione, anche da parte di un Dicastero della Curia Romana, clausole di riserva della pena⁽³⁶⁾.

L'interpretazione stretta cui soggiace la riserva della pena (cfr. anche can. 18), oltre a richiedere, nel caso di una legge, l'espressa previsione della riserva, impedisce ovviamente la sua applicazione estensiva sia per quanto riguarda il delitto che per quanto riguarda la pena. Ossia, non solo occorre che la fattispecie delittuosa sia esattamente quella prevista, ma anche che sarà riservata soltanto la pena esplicitamente stabilita come riservata e non altre eventualmente applicate in suo luogo. L'ipotesi potrebbe apparire alquanto cervellotica e teorica, ma credo che non sia così. Infatti, considerate ad esempio le attuali cinque scomuniche *latae sententiae* riservate, la loro automatica applicazione sembrerebbe rendere superflua ogni altra considerazione. Ma se si pensa alle condizioni necessarie per incorrere in una pena *latae sententiae*, non è da escludere che si possano commettere i delitti colpiti da scomunica *latae sententiae* senza però incorrere nella medesima⁽³⁷⁾, pur avendo commesso un delitto punibile. La pena *ferendae sententiae* eventualmente applicata in luogo della scomunica, e che a tenore del can. 1324 § 1 deve essere mitigata e quindi non sarà una scomunica, non è riservata.

Calabrese che la presenza dei cann. 1354-1356 renderebbe « inutile e senza senso » una eventuale riserva da parte dei legislatori inferiori. Cf. *Diritto Penale...*, p. 237.

⁽³⁶⁾ Cf. anche GIOVANNI PAOLO II, cost. ap. *Pastor bonus*, art. 18.

⁽³⁷⁾ Ricorrendo una qualsiasi delle cause attenuanti previste nel can. 1324 § 1, non si è soggetti alla pena *latae sententiae*, ma si è ugualmente punibili.

b) *La riserva delle pene (can. 1354 § 3).*

Il can. 1354 § 3 dispone che « Si Apostolica Sedes poenae remissionem sibi vel aliis reservaverit, reservatio stricte est interpretanda ». In generale, la riserva si configura come l'atto mediante il quale un'istanza superiore avoca a se stessa un potere od una facoltà che corrisponde o potrebbe corrispondere ad un'istanza inferiore⁽³¹⁾. Nel caso della remissione delle pene canoniche, la riserva consiste nella possibilità, da parte della Sede Apostolica, di avocare a sé o ad altri la remissione di una determinata pena⁽³²⁾. La riserva non costituisce quindi un inasprimento della pena ma rende soltanto più complessa la procedura per la sua remissione.

I cann. 1355 § 1 e 1356 § 1 prevedono che possono essere riservate pene costituite sia mediante legge che mediante precetto. Nel primo caso sono riservate solo quelle pene stabilite dalla legge, universale o particolare, che la Sede Apostolica abbia riservato. Nel secondo caso, invece, sono riservate tutte e soltanto le pene stabilite da un precetto emanato dalla Sede Apostolica. Sebbene non sia stato ripreso nel Codice attuale il precedente can. 2246 § 1⁽³³⁾, si può ritenere con il Borrás⁽³⁴⁾ che sono rimasti sostanzialmente inalterati i motivi che giustificano la riserva; tuttavia, se ciò è perfettamente valido nel caso delle pene contenute in una legge, come le cinque censure riservate presenti nel Codice, stante la possibilità o meno per il legislatore di riservarle, forse qualche dubbio può affiorare quando si tratti di pene contenute in un precetto emanato dalla Sede Apostolica, giacché in questo caso la riserva è automatica, indipendentemente dalla gravità del delitto o da ogni altra specificazione.

Rispetto al Codice abrogato, si può notare che attualmente solo la Sede Apostolica può riservare a sé o ad altri la remissione delle pene, escludendo quindi tale possibilità per i legislatori inferiori⁽³⁵⁾.

(31) F. AZNAR, *Commento*, p. 659. Si possono trovare nel Codice diversi casi di riserva (cf. cann. 430 § 2; 504; 744 § 1; 1405 § 3; 1420 § 2 e altri).

(32) cf. DE PAOLIS, *Il Diritto ...*, p. 499.

(33) « Ne reservetur censura, nisi attenta peculiari gravitate delictorum et necessitate aptius providendi disciplinae ecclesiasticae et medendi conscientii fidelium ».

(34) BORRÁS, *Les sanctions ...*, pp. 129-130.

(35) Discostandosi dalla dottrina prevalente alcuni autori, nel silenzio del Codice, prospettano invece una tale eventualità. Cf. F. NIGRO, *Commento*, p. 792; J. SANCHIS, *La legge penale...*, p. 105. Anche ammettendo questa possibilità si può tuttavia notare con il

verranno espone in seguito, anche su questo aspetto, si può riscontrare un miglioramento nei confronti del Codice abrogato.

3. *La vigente disciplina sulla remissione della pena.*

a) *Principio generale (can. 1354 §§ 1-2).*

Il can. 1354 §§ 1-2 detta la norma generale, da completarsi con i successivi cann. 1355-1356, concernente i soggetti competenti a rimettere le pene canoniche. Tenuto conto del fatto che la pena può essere stabilita sia mediante una legge che mediante un precetto, il canone stabilisce che tutti coloro che possono dispensare da una legge munita di una pena, o liberare da un precetto che commina una pena possono anche rimettere quella pena⁽²⁷⁾. Vanno ricompresi in questa delimitazione l'autore della legge o del precetto, il suo Superiore, il suo successore e il suo delegato. Va notato che il canone non riprende la proibizione sancita nel can. 2236 § 3 CIC 17 per il giudice che applica d'ufficio la pena costituita dal Superiore. Ciò peraltro non esclude che un giudice che abbia anche la condizione di Ordinario possa, in forza della potestà esecutiva di cui gode, rimettere la pena ai sensi di questo canone e dei successivi⁽²⁸⁾.

Il § 2 del canone 1354 prevede inoltre la possibilità di una delega *a iure* a norma del can. 137 § 1 contenuta nella legge o nel precetto che costituiscono la pena. A questo proposito va comunque rilevato che non sembra doversi limitare tale possibilità di delega alla previsione della norma che costituisce la pena, ma che si possa concedere tale facoltà con un'altra norma⁽²⁹⁾. Quanto infine all'uso della delega si può segnalare quanto espresso dal De Paolis circa la necessità di provvedere in modo pastoralmente adeguato evitando due estremi: una concessione indiscriminata di tale facoltà o una restrizione che impedisca che vi siano sufficienti sacerdoti muniti delle opportune facoltà⁽³⁰⁾.

(27) La disciplina sulla dispensa è regolata dai cann. 85-93.

(28) Cf. T.J. GREEN, *Commento...*, p. 916; in senso contrario L. CHIAPPETTA, *Il Codice...*, p. 485.

(29) Cf. J. SANCHIS, *La legge penale e il precetto penale*, Milano 1992, p. 104 che ricorda la facoltà di rimettere nel foro interno sacramentale la scomunica *latae sententiae* prevista al can. 1398 concessa nel 1984 ai sacerdoti nel territorio della diocesi di Roma.

(30) V. DE PAOLIS, *Il Diritto...*, p. 498.

can. 2253) anche al di fuori dei tradizionali casi straordinari (pericolo di morte e caso urgente).

La disciplina attuale appare da questo punto di vista estremamente semplificata e di grande spessore pastorale, giacché aumenta sensibilmente il numero dei soggetti competenti con potestà ordinaria, delegabile ai sensi del can. 137 § 1, a rimettere le pene in foro esterno; in particolare notevoli sono le facoltà attribuite all'Ordinario del luogo. Anche l'istituto delle pene riservate è stato ridimensionato in modo significativo sia numericamente che nella sua configurazione.

c) *Sforzo di maggior coordinamento tra foro esterno e foro interno.*

La presenza di pene *latae sententiae* per i delitti occulti, nonché l'impossibilità di accesso a tutti i sacramenti per chi fosse colpito da scomunica o interdetto giustificavano, tenuto conto della priorità che la *salus animarum* ha sempre posseduto nell'ordinamento della Chiesa, la possibilità di ricorrere, in determinate situazioni, a procedure assolutorie per via sacramentale con inevitabili interferenze con la normale remissione delle pene in foro esterno⁽²⁴⁾. Al fine di poter superare queste possibili sovrapposizioni, e cioè limitando la remissione della pena al solo foro esterno ma evitando al tempo stesso al reo il pregiudizio di non potersi riconciliare con Dio fino alla remissione della pena, lo schema del 1973 prevedeva che nessuna censura vietasse la ricezione del sacramento della penitenza e dell'unzione degli infermi. La proposta sollevò non poco clamore⁽²⁵⁾ e fu abbandonata già nello schema del 1980. Attualmente, da questo punto di vista, la situazione non pare essersi sostanzialmente modificata rispetto alla normativa del CIC 17, come peraltro ha puntualmente sottolineato la dottrina più attenta⁽²⁶⁾. Tuttavia, per le ragioni che

⁽²⁴⁾ Il can. 2251 dettava al riguardo la seguente regola: « Si absolutio censurae datur in foro externo, utrumque forum afficit; si in interno, absolutus remoto scandalo, potest uti talem se habere etiam in actibus fori externi; sed, nisi concessio absolutionis probetur aut saltem legitime praesumatur in foro externo censura potest a Superioribus fori externi, quibus reus parere debet, urgeri, donec absolutio in eodem foro habita fuerit ».

⁽²⁵⁾ Per una sintesi del dibattito suscitatosi intorno a questo tema cf. J. MANZANARES, *Por qué el Derecho ...*, pp. 97-112 e bibliografia ivi citata.

⁽²⁶⁾ Cf. V. DE PAOLIS, *Coordinatio inter forum internum et externum in novo iure poenali canonico*, in *Periodica* 72 (1983), pp. 426-433.

ad una concezione unitaria dell'atto di remissione? Secondo il Borras⁽¹⁸⁾ la distinzione permane in tutta la sua vigenza, pur in mancanza di un esplicito richiamo codiciale. La questione, giova ricordarlo, non ha risvolti puramente tecnici, ma attiene alla natura dell'atto di remissione (atto dovuto o atto grazioso?) in presenza delle adeguate disposizioni soggettive del reo.

Certamente non pare sufficiente l'adozione di una medesima terminologia per affermare la scomparsa di tale distinzione⁽¹⁹⁾; tuttavia considerato anche il tenore del can. 1341 rispetto alla triplice finalità che accomuna tutte le pene canoniche, e che porterebbe a distinguere le censure dalle pene espiatorie a seconda di una diversa «finalità prevalente», si potrebbe ipotizzare per determinate pene espiatorie⁽²⁰⁾ la natura della remissione come atto dovuto, una volta che il reo si sia sufficientemente emendato in modo analogo a quanto previsto nel can. 1347 § 2⁽²¹⁾.

b) *Ampliamento del numero dei soggetti con potestà di remissione e più rigorosa delimitazione delle pene riservate.*

Richiamando in modo sommario la disciplina abrogata, essa faceva innanzitutto perno sul can. 2236 § 1, che concedeva tale potestà a colui che aveva decretato la pena, al suo Superiore competente, al suo successore e all'eventuale delegato⁽²²⁾. Inoltre, veniva fatto largo uso dell'istituto della riserva (prevista per i peccati e per le pene) sia alla Sede Apostolica⁽²³⁾ (nella sua triplice articolazione *simpliciter*, *speciali modo*, e *specialissimo modo*) che al Vescovo o all'Ordinario. Non mancava, peraltro, nei confronti di determinate censure, l'attribuzione della facoltà di assolverle ai confessori e ad altri soggetti (cfr.

(18) *Les sanctions ...*, pp. 125-126.

(19) Anche perché la proposta di eliminare la distinzione tra le censure e gli altri tipi di pena fu respinta. Cf. «Communicationes» 8 (1976), pp. 169-170.

(20) Il disposto combinato dei cann. 1312 § 2 e 1336, consente di configurare una vasta gamma di pene espiatorie, tra cui alcune che si possono considerare privazioni temporanee di diritti in attesa del ravvedimento del reo.

(21) Il NIGRO, *Commento ...*, p. 796, si mostra ancor più netto nel considerare unitariamente la remissione delle censure e delle pene espiatorie, benché oscilli nel considerarla dapprima come un atto «grazioso» e successivamente come «atto dovuto».

(22) «Remissio poenae (...) concedi tantum potest ab eo qui poenam tulit, vel ab eius competente Superiore aut successore, vel ab eo cui haec potestas commissa est».

(23) Can. 2245 § 3.

dava lungo i due binari enunciati nel can. 2236: l'assoluzione per le censure e la dispensa per le pene vendicative⁽¹²⁾. L'assoluzione delle censure veniva regolata nei successivi cann. 2248-2254, mentre l'estinzione delle pene vendicative nei cann. 2289-2290. Come è noto questa scelta non si limitava ad una mera questione terminologica, ma rispondeva alla diversa natura dell'atto di remissione. Poggiandosi sulla diversa finalità delle censure e delle pene vendicative e sulle condizioni poste dal can. 2248 § 2⁽¹³⁾ per l'assoluzione dalle censure, la dottrina configurava l'atto di remissione delle censure come un vero e proprio atto di giustizia che spettava al reo come diritto e il cui diniego era ricorribile⁽¹⁴⁾. Nel caso delle pene vendicative, al contrario, si trattava di un atto di grazia, verso il quale il reo non vantava alcun diritto. Peraltro autori come il Michiels, pur accettando in linea di massima tale impostazione, esprimevano perplessità su una divisione tanto netta⁽¹⁵⁾.

Attualmente il legislatore ha optato per un trattamento unitario della remissione sia dal punto di vista sistematico che da quello terminologico, senza far più riferimento ad una diversità di disciplina⁽¹⁶⁾. È soltanto una semplice soluzione tecnico-formale⁽¹⁷⁾ che lascia inalterata la precedente distinzione, oppure questa scelta si deve

(12) «Remissio poenae sive per absolutionem, si agatur de censuris, sive per dispensationem, si de poenis vindicativis...».

(13) «Absolutio denegari nequit cum primum delinquens a contumacia recesserit, ad normam can. 2242 § 3...».

(14) Cf. F. WERNZ-P. VIDAL, *Ius Canonicum*, Tomus VII, Romae 1937, p. 220; G. SOLE, *De delictis et poenis*, Romae 1920, p. 94.

(15) «Non videtur dubium, quominus ex se inter utrumque remissionis modum nulla adsit essentialis differentia (il corsivo è nel testo), neque ratione potestatis ad absolutionem et dispensationem concedendam necessariae, neque ratione intrinsecae absolutionis et dispensationis naturae earumque efficaciae iuridicae»; G. MICHIELS, *De delictis et poenis*, vol. II, Parisiis ecc. 1961, p. 429.

(16) Il termine utilizzato, valevole sia per le censure che per le pene espiatorie è quello di «remissio». Compare anche il termine «absolutio», che in modo tendenziale ma non esclusivo (cf. ad esempio i cann. 1355 § 2; 1357 §§ 2-3) viene adottato per la remissione delle censure in foro interno sacramentale.

(17) Il CIPROTTI, *Qualche punto ...*, pp. 135-137, segnala tra le novità del Libro VI del Codice una più precisa terminologia tecnica. In proposito il DI MATTIA, *Sostanza e forma nel nuovo diritto penale canonico*, in AA.VV., *Il nuovo Codice di Diritto Canonico (novità, motivazione e significato)*, Roma 1983, p. 428, sottolinea la positiva demarcazione tra foro esterno e foro interno che comporta l'adozione del termine «remissio» per ogni genere di pena, riservando quello di «absolutio» all'atto sacramentale.

zione, applicazione e remissione delle pene canoniche avrebbero meritato ben altri approfondimenti che esulano dall'ambito di questa indagine che si limita alla riflessione sulle concrete scelte operate via via lungo i lavori di riforma fino a quelle sanzionate dal legislatore⁽¹⁰⁾.

A tale riguardo va peraltro notato che la disciplina sulla remissione delle pene non ha comportato particolari oscillazioni lungo i lavori di redazione, ma è rimasta sostanzialmente inalterata a partire dal primo schema del 1973 salvo due aspetti: l'inserzione dell'attuale can. 1357 a motivo della modifica avutasi sugli effetti della scomunica e dell'interdetto, e una rielaborata delimitazione delle pene riservate.

Passando ora ad enunciare in linea generale gli elementi di novità più caratteristici della vigente normativa sulla remissione della pena, possono essere evidenziati i seguenti aspetti:

a) *Unità sistematica e terminologica.*

Nel CIC 17 la materia non era trattata in modo unitario (salvo i quattro canoni⁽¹¹⁾ dedicati esplicitamente alla remissione) ma si sno-

scia 1985, pp. 333-397; V. DE PAOLIS, *De recognoscendo iure poenali canonico*, in *Periodica* 63 (1974), pp. 37-87; ID., *Animadversiones ad «Schema documenti quo disciplina sanctionum seu poenarum in Ecclesia latina denuo ordinatur»*, in *Periodica* 63 (1974), pp. 489-507; T. GREEN, *Penal Law Revisited: the revision of the penal law schema*, in *Studia Canonica* 15 (1981), pp. 135-198; ID., *The Future of Penal Law in the Church*, in *The Jurist* 2/3 (1975), pp. 212-275; P. HUIZING, *La revisione dell'ordinamento disciplinare canonico*, in AA.VV., *La collegialità episcopale per il futuro della Chiesa*, Firenze 1969, pp. 128-137; ID., *Problemas de derecho canónico penal*, in *Ius Canonicum* 8 (1968), pp. 203-214; P. LOMBARDIA, *La sistemática del «Codex» y su adaptación*, in *Escritos de Derecho Canónico*, vol. I, Pamplona 1973, pp. 387-391; J. MANZANARES, *Por qué el Derecho penal de la Iglesia? (en torno al esquema de nueva codificación)*, in *Instituciones canónicas y Reordenación Jurídica*, Salamanca 1979, pp. 75-113; R. METZ, *Simple réflexions sur la réforme du droit pénal de l'Église*, in *Revue de Droit Canonique* 18 (1968), pp. 97-104; J. PROVOST, *Revision of Book V of The Code of Canon Law*, in *Studia Canonica* 9 (1975), pp. 135-152. Va segnalato da ultimo il bel lavoro di M. VENTURA, *Pena e penitenza nel Diritto canonico postconciliare*, Perugia 1996, che offre nella prima parte un'efficace ed approfondita sintesi degli orientamenti prevalenti.

⁽¹⁰⁾ Nei riguardi della cessazione della pena canonica i lavori della commissione e della «Relatio» del 1981 sono riportati in «*Communicationes*» 9 (1977) pp. 168-172; 16 (1984) pp. 45-46. Per una cronistoria dei lavori di riforma cf. P. CIPROTTI, *Qualche punto caratteristico della riforma del diritto penale canonico*, in *Scritti in memoria di Mario Petroncelli*, Napoli 1989, pp. 131-135; F. NIGRO, *Le sanzioni nella Chiesa come tutela della comunione ecclesiale*, in AA.VV., *La nuova legislazione canonica*, Roma 1983, pp. 438-446.

⁽¹¹⁾ Dal 2236 al 2239.

2. *Elementi di novità nella normativa del CIC 83.*

L'attuale assetto normativo nella Chiesa latina in tema di remissione della pena canonica⁽⁶⁾ pur conservando non pochi elementi della disciplina anteriore⁽⁷⁾, è anch'esso frutto dei principi direttivi che hanno orientato e guidato la revisione del diritto penale⁽⁸⁾, e si presenta quindi dotato di quei caratteri di maggior semplicità e pastoralità presenti in tutto il libro VI.

D'altra parte è risaputo come i lavori di riforma del Codice sull'argomento siano stati accompagnati da un lungo ed acceso dibattito concernente non soltanto le eventuali soluzioni tecniche da adottare, ma la stessa natura, giustificazione e possibilità di un diritto penale nella Chiesa⁽⁹⁾. Gli indubbi riflessi di questo dibattito sulla costitu-

pagnata da opportuni mezzi pastorali quali il dialogo e la persuasione. Come afferma efficacemente il DE PAOLIS, *Aspetti teologici ...*, p. 182: «tutta l'attività della Chiesa ha come scopo il lieto annunzio della presenza del Regno di Dio e l'invito ad entrarvi mediante la conversione. Essa si riassume nel messaggio del suo Signore "il Regno di Dio è vicino, convertitevi e credete al vangelo". "Lasciatevi riconciliare"».

(6) La disciplina penale del CCEO anche su questo argomento presenta differenze di non piccolo conto dovute soprattutto alla mancanza delle pene *latae sententiae* ed alla conseguente più marcata separazione tra foro interno e foro esterno. Ho ritenuto di dedicare al termine dell'indagine un paragrafo dedicato specificamente alla comparazione tra i due Codici anche se non mancheranno lungo il corso del lavoro alcuni riferimenti alla normativa orientale che mi sono parsi opportuni per meglio interpretare quella latina.

(7) Per un'analisi comparativa più generale tra i due codici cf. L. MUSSELLI, 1917-1983: *Per un raffronto tra le due codificazione del diritto penale canonico*, in *Monitor Ecclesiasticus* 114 (1989), pp. 29-34.

(8) In modo particolare i principi nn. 2, 3 e 9 approvati dal Sinodo dei Vescovi nell'ottobre 1967 e riportati in forma sintetica nella Prefazione del Codice. Il n. 2 concernente il coordinamento tra foro esterno e foro interno, il n. 3 riguardante la pastoralità del diritto ecclesiale, e il n. 9 dedicato propriamente alla riforma del diritto penale.

(9) È impossibile riportare qui una bibliografia esaustiva sull'argomento. Ci si limita ad alcuni lavori particolarmente significativi dei diversi orientamenti: J. ARIAS, *El sistema penal canónico ante la reforma del CIC*, in *Ius Canonicum* 15 (1975), pp. 187-253; G. BALDANZA, *De iure canonico poenali secundum hodiernam ecclesiologyam recognoscendo*, in *Ephemerides Iuris Canonici* 20 (1964), pp. 3 ss.; 21 (1965), pp. 164 ss.; R. CASTILLO LARA, *Algunas reflexiones sobre la futura reforma del Libro V CIC*, in *Salesianum*, 23 (1961), pp. 317-339; P. CIPROTTI, *Il diritto penale della Chiesa dopo il Concilio*, in *Ephemerides Iuris Canonici* 26 (1970), pp. 91-106; F. COCCOPALMERIO, *Il diritto penale della Chiesa: riflessioni e proposte*, in AA.VV. *Problemi e prospettive di Diritto Canonico* a cura di E. Cappellini, Brescia 1977, pp. 265-285; E. CORECCO, *Aspetti della ricezione del Vaticano II nel Codice di Diritto Canonico*, in AA.VV., *Il Vaticano II e la Chiesa*, Bre-

È ciò appare chiaramente nel caso delle censure, che sono sempre inflitte a tempo indeterminato fino alla loro remissione, che non può essere negata quando il reo ha receduto dalla contumacia (cfr. can. 1358 § 1).

Pertanto, se la remissione della pena, negli ordinamenti giuridici secolari, costituisce una modalità eccezionale e residuale, se comparata al normale compimento della pena, il che ne attesta peraltro il carattere prevalentemente retributivo, ben diversa è la situazione nell'ordinamento canonico in cui invece, la peculiare fisionomia pastorale fa sì che così come l'inflizione della pena rappresenti l'*ultima ratio* una volta esauriti inutilmente tutti i mezzi dettati dalla sollecitudine pastorale diretti ad ottenere sufficientemente la riparazione dello scandalo, il ristabilimento della giustizia, l'emendamento del reo (can. 1341), si possa al tempo stesso affermare, forse un po' provocatoriamente, che la pena canonica, una volta inflitta, è generalmente orientata, se possibile, ad una sua tempestiva remissione.

Si può quindi apprezzare la profonda differenza esistente tra la remissione della pena nell'ordinamento della Chiesa ed analoghi istituti dei diritti secolari, per comodità di esempio è sufficiente riferirsi a quelli esistenti nel vigente diritto italiano, principalmente l'amnistia, l'indulto e la grazia i quali, affondando le loro radici nell'antica *clementia Principis*, sono provvedimenti motivati più che altro da ragioni di opportunità politica. Diversamente, la remissione della pena canonica rappresenta il coronamento del cammino di conversione e di espiazione intrapreso dal reo⁽⁵⁾, che giustifica un suo adeguato reinserimento nella comunità ecclesiale.

(5) Il danno sociale e lo scandalo provocati dal delitto comportano che parlando di conversione del reo si intende non soltanto un pentimento interiore ma un'attiva riparazione del danno e dello scandalo (cf. can. 1347 § 2). Si potrebbe obiettare che quanto appena esposto presenta una visione eccessivamente idilliaca e non rispondente alla realtà dell'inflizione della pena canonica, più consona forse alla penitenza dopo l'assoluzione dei peccati. La pena, infatti, è generalmente imposta, contro la sua volontà, a chi mostra un atteggiamento protervo e ribelle, e può essere pertanto subita come un'imposizione autoritaria, non come un cammino di conversione, facendo quindi dubitare dell'efficacia del suo preteso carattere medicinale. Tuttavia, sebbene ciò possa essere vero considerata forse la reazione psicologica nel momento applicativo della pena, non si deve dimenticare, anche per le caratteristiche del tutto particolari dell'adesione dei fedeli alla Chiesa, che la privazione di certi beni a causa della commissione di un delitto non può che essere indirizzata alla presa di coscienza da parte del fedele, della gravità del suo gesto, e quindi essere un invito alla riflessione ed al ravvedimento, soprattutto se accom-

La remissione della pena occupa un posto di rilievo nell'ordinamento canonico per la peculiarità del sistema sanzionatorio ecclesiale in cui le pene, ad eccezione di quelle espiatorie inflitte a tempo determinato, sono sempre di durata indeterminata (o perpetua) e necessitano di un atto dell'autorità ecclesiastica per la loro cessazione. Questa peculiarità non significa affidare all'arbitrio del Superiore la durata della pena, ma va compresa considerando le caratteristiche di tale sistema e delle sue sanzioni, in cui spicca, oltre alla tutela del bene ecclesiale, una intrinseca finalità « salvifico-medicinale »⁽³⁾ la quale, se da un lato comporta da parte dell'autorità ecclesiastica il dovere della valutazione giuridico-pastorale della conversione e del recupero del fedele che ha commesso un delitto e a cui è stata imposta una pena, dall'altro obbliga la medesima autorità ad intervenire in presenza di tale conversione⁽⁴⁾.

uno specifico atto dell'autorità ecclesiastica. Nel classificare le diverse modalità di cessazione, gli autori non sempre adottano una medesima tipologia. Ai fini puramente sistematici e dottrinali, mi pare preferibile la soluzione adottata dal CIPROTTI, voce *Diritto Penale Canonico...*, p. 7, che utilizza il concetto generale di *estinzione della punibilità* e che, pur potendo suscitare qualche diffidenza per il suo sapore « penalistico-secolare » ha il pregio di poter ricomprendere al suo interno le diverse figure riuscendo a delineare in modo più preciso le differenze esistenti tra di esse. Il BORRAS, *Les sanctions ...* cit., pp. 124-125, manifesta una certa perplessità per la scelta del Legislatore di includere in questo titolo dedicato alla cessazione delle pene soltanto la remissione e la prescrizione. Va tenuto presente, fra l'altro, che la prescrizione dell'azione criminale regolata dal can. 1362 non è propriamente un caso di cessazione della pena dal momento che la pena non è stata inflitta.

⁽³⁾ Peraltro, la natura e la finalità della pena, costituisce certamente uno degli argomenti più controversi nel corso degli ultimi decenni, benché in sede canonica il dibattito si sia attualmente un po' sopito dopo le accese discussioni che hanno accompagnato i lavori di riforma del Codice. Per un'efficace sintesi dei diversi orientamenti cf. F.E. ADAMI, *Continuità e variazioni di tematiche penalistiche nel nuovo Codex Iuris Canonici*, in *Ephemerides iuris canonici*, 40 (1984) pp. 69-79 e la bibliografia ivi citata e, più di recente, L. GEROSA, *Delitto e pena nel Diritto Canonico*, in *Digesto*, IV ed., Torino 1990, pp. 14-28. Sebbene esuli dall'ambito di questa indagine entrare nel merito della questione, anche in base al can. 1312 § 2, riguardante altre pene espiatorie non previste dal Codice, va necessariamente inclusa un'intrinseca finalità salvifica della pena nella Chiesa, cf. DE PAOLIS, *Aspetti teologici e giuridici nel sistema penale canonico*, in *Teologia e Diritto Canonico*, Città del Vaticano 1987, pp. 182-184; DI MATTIA, *Pena e azione pastorale nel diritto della Chiesa*, in *Monitor Ecclesiasticus* 114(1989), pp. 45-47.

⁽⁴⁾ Non è altro che una concretizzazione dei doveri del Vescovo indicati nei cann. 383 § 1 e 384.

DAVIDE CITO

LA REMISSIONE DELLA PENA CANONICA

1. *Premessa.*

La parte I del Libro VI del Codice, dedicata ai delitti e alle pene in genere si chiude con il Titolo VI «De poenarum cessatione» comprendente 10 canoni che rispettivamente riguardano la remissione delle pene (cann. 1354-1361), la prescrizione dell'azione criminale (can. 1362) e di quella penale (can. 1363).

Oggetto della presente indagine è la remissione della pena⁽¹⁾, ossia la sua cessazione mediante un atto amministrativo da parte di un soggetto avente la necessaria potestà⁽²⁾.

(1) Per una prima indicazione della bibliografia utilizzata sul tema si rinvia alle trattazioni generali di diritto penale canonico, A. BORRAS, *Les sanctions dans l'Église*, Paris 1990, pp. 124-147; Id., *La cesación de las penas*, in *Comentario exegetico al Código de Derecho Canónico*, vol. IV/1, Eunsa, Pamplona 1996, pp. 430-460; A. CALABRESE, *Diritto Penale Canonico*, Città del Vaticano 1996, pp. 228-257; P. CIPROTTI, voce *Diritto Penale Canonico*, in *Enciclopedia Giuridica*, Roma 1989, pp. 7-9; F. COCCOPALMERIO, *La normativa penale della Chiesa*, in *La normativa del nuovo Codice* a cura di E. Cappellini, Brescia 1985, pp. 339-343; V. DE PAOLIS, *La cessazione delle pene*, in *Il Diritto nel mistero della Chiesa*, vol. III, Roma 1992, pp. 496-504; nonché ai vari Commenti al Codice: J. ARIAS, *Comentario ai cann. 1354-1361*, in *Código de Derecho Canónico*, Eunsa Pamplona 1983, pp. 814-819; F. AZNAR, *Comentario ai cann. 1354-1361*, in *Código de Derecho Canónico*, Bac Madrid 1985, pp. 659-663; L. CHIAPPETTA, *Il Codice di Diritto Canonico*, vol. II, Napoli 1988, pp. 484-493; T.J. GREEN, *Comentario ai cann. 1354-1361*, in *The Code of Canon Law. A Text and Commentary*, London 1985, pp. 915-918; F. NIGRO, *Comentario ai cann. 1354-1361*, in *Comentario al Codice di Diritto Canonico*, Urbaniana University Press Roma 1985, pp. 791-798. Per quanto riguarda specificamente la remissione della scomunica cf. A. BORRAS, *L'excommunicatione dans le nouveau code de droit canonique. Essai de définition*, Paris 1987, pp. 123-136.

(2) Gli altri modi di cessazione della pena quali il suo compimento, la morte del reo, la cessazione dovuta al mutamento della legge che elimina la pena ai sensi del can. 1313 § 2, la prescrizione dell'azione penale prevista nel can. 1363, non richiedono invece

dal punto di vista spirituale⁽¹⁶⁵⁾. Anche se l'infelicità costituisce frequentemente una causa per il fallimento del matrimonio, essa non viene considerata causa per la nullità. Utilizzando il congiuntivo ir-reale alcuni psicologi affermano nelle perizie che il matrimonio non sarebbe fallito se i caratteri non fossero stati così incompatibili, se i coniugi fossero riusciti meglio ad accomodarsi l'uno all'altro ecc. Tuttavia, anche se queste osservazioni fossero vere, da sole non possono giustificare la nullità del consenso.

Conclusioni.

Il difensore del vincolo esercita il suo ministero nell'interesse pubblico, che non è tanto quello della validità del vincolo, quanto quello della verità. Egli rispetta il campo proprio delle scienze umane e contribuisce alla retta traduzione delle conclusioni peritali in termini canonici. Egli mette in risalto risultati contrari all'antropologia cristiana e incompatibili con la dottrina circa il matrimonio o opinioni basate su fatti non provati. La critica nei confronti di prese di posizione non logiche di avvocati e esperti o di criteri utilizzati nei processi di divorzio o della pretesa di relazioni interpersonali ideali minimamente richieste per la validità offrono altri elementi a favore della scoperta della verità.

Il difensore del vincolo rispetta la responsabilità personale dei coniugi per il fallimento delle nozze e respinge l'attribuzione delle violazioni degli obblighi matrimoniali all'incapacità psichica. Il suo intervento a favore del vincolo assume una importanza particolare nei casi di matrimoni durati molti anni. Pur riconoscendo il desiderio di tutti i coniugi di vivere in un matrimonio felice, il difensore del vincolo sostiene la validità dell'unione di coniugi infelici. A questi possibili argomenti si possono aggiungere altri in modo da rendere il contributo del difensore del vincolo veramente utile per la scoperta della verità.

I brevi suggerimenti proposti in questo articolo mirano a sottolineare l'indispensabilità di un impegno serio da parte del difensore del vincolo e la grande responsabilità che gli incombe come servitore della verità, l'accertamento della quale è sempre scopo supremo del processo canonico.

(165) Cf. c. Serrano, *Venetiarum*, 22 nov. 1985, *RRD* 77 (1985), 524, n. 13.

un'argomentazione che parte dal fallimento, dalle circostanze posteriori e da difetti morali e si conclude con l'esposizione di concetti psicologici poco seri⁽¹⁶¹⁾.

2.9. *Il problema della felicità del matrimonio canonico.*

La felicità della vita coniugale tanto auspicata dai coniugi costituisce solo un elemento accidentale⁽¹⁶²⁾. Pur essendo segni eminenti della fruttuosità del sacramento del matrimonio, il modo felice di condurre la convivenza coniugale, l'armonia perfetta tra le parti, la sensibilità vicendevole, la profondità dell'amore ecc., non sono necessari per la validità del consenso dal punto di vista giuridico⁽¹⁶³⁾.

Persino un matrimonio difficile⁽¹⁶⁴⁾, sofferto e ostacolato da una moltitudine di problemi si può comporre con il concetto del matrimonio valido e può diventare espressione di un profondo amore

⁽¹⁶¹⁾ «Nimirum eadem tribunalia, incertis inductionibus psychologicis plus aequo nisa, quandoque leviter traduxerunt pro defectu capacitatis assumendae obligationis coniugalis refrigeratum amorem, aliis imputandum rationibus. Modus argumentandi his in decisionibus fere semper est idem: posito naufragio matrimonialis consortii et attentis circumstantiis posterioribus (quamvis hae tribuendae sunt non quidem ingentis causis sed diversae educationis rationi et indoli, vel pravae voluntati vel demum defectui principiorum ethicorum), concluditur pro incapacitate contrahendi. Verus arbiter decisionis est saepius non iudex, qui multoties unicus constituitur, sed psychiatria vel psychologus, qui ex omnino superficiali, vel saltem manco, examine deducit incapacitatem nuptiarum contrahendarum» (c. Masala, Mutinen., 20 apr. 1982, *RRD* 74, 1982, 171, n. 10).

⁽¹⁶²⁾ «Postremo, ne sententiae pro nullitate matrimonii ex incapacitate onera coniugalia adimplendi propter morbum vel abnormitatem psychicam adeo vagae eveniant ut cuncta amplectantur connubia quae infelicem nacta sunt exitum, necesse est in ipsis aperte significari de quo tandem onere disputetur et, hoc patefacto, cur morbus vel abnormitas de qua agitur impedivisse iudicetur quominus onus illud adimpleri posset» (c. Doran, 21 mar. 1991, *RRD* 83, 1991, 198, n. 11). Utile per la giurisprudenza recente circa gli obblighi del matrimonio: F.R. AZNAR GIL, *Las "obligaciones matrimonii esenciales" (c. 1095, 3º) en la jurisprudencia canónica (1983-1992)*, in *Magister Canonistarum. Estudios con motivo de la concesión al prof. dr. d. Urbano Navarrete, S.I., del doctorado honoris causa* (Bibliotheca Salmanticensis. Estudios 163, ed. F. R. Aznar Gil, Salamanca 1994) 159-197.

⁽¹⁶³⁾ «...incapacitatem non respicere elementa accidentalia vitae coniugalis, prout felicem modum ducendi communionem vitae, perfectam harmoniam inter partes, demptis ideo diversitate characterum, indolis, vitae perspectivae, sensibilitate uniuscuiusque, gradum peculiaris amoris etc.» (c. Colagiovanni, Ludovicopolitana, 2 febr. 1988, *RRD* 80, 1988, 47-48, n. 5).

⁽¹⁶⁴⁾ Cf. c. Agustoni, Medellen., 23 mart. 1982, *RRD* 74 (1982), 129, n. 6.

in modo da ridurre al minimo il loro stare insieme, specialmente la sera, oltre a creare dei sospetti circa la fedeltà.

Inoltre, va ricordata la distinzione tra l'incapacità di assumere gli obblighi essenziali del matrimonio e il non adempimento di fatto⁽¹⁵⁶⁾ dei medesimi non giustificato dall'incapacità⁽¹⁵⁷⁾. Se non si distingue bene tra le due fattispecie, si rischia di emanare sentenze di divorzio in foro canonico perché il non-adempimento di fatto costituisce il motivo principale del divorzio in sede civile. Non di rado vengono addotte queste argomentazioni civili anche in foro canonico. Per evitare tali errori spetta al difensore del vincolo scendere in campo con l'esposizione di una netta distinzione⁽¹⁵⁸⁾.

Le semplici diversità di carattere, di educazione, di stile di vita, le lievi psicopatologie e la fragilità della volontà non impediscono la vicendevole maturazione ed integrazione psicosessuale dei coniugi nonché la compensazione delle tensioni di vita inevitabili⁽¹⁵⁹⁾. Lo stesso Romano Pontefice perciò, ammonisce di non considerare il fallimento dell'unione coniugale da solo come prova dell'incapacità perché i coniugi « possono aver trascurato o usato male i mezzi sia naturali che soprannaturali a loro disposizione... sia per blocchi di natura inconscia sia per lievi patologie che non intaccano la sostanziale libertà umana sia infine per deficienze di ordine morale »⁽¹⁶⁰⁾.

Non si deve tradurre in un difetto di capacità di assumere gli obblighi del matrimonio, l'amore cessato per altri motivi. Va respinta

(156) Cf. J.J. GARCÍA FAILDE, *Manual de Psiquiatría forense canónica*, 193.

(157) cf. M.F. POMPEDDA, *Incapacity to assume the essential obligations of marriage*, in *Incapacity for Marriage. Jurisprudence and Interpretation* (Acts of the III Gregorian Colloquium, 1-6 September 1986, Plymouth, USA, ed. by R. M. Sable, Rome 1987), 199-206.

(158) Per quanto riguarda il concetto di incapacità nel diritto canonico e nel diritto civile cf. M. CANONICO, *L'incapacità naturale al matrimonio nel diritto civile e nel diritto canonico* (Università degli studi di Perugia, pubblicazioni della facoltà di giurisprudenza, Perugia 1994), specialmente pp. 35-50; L. RUANO ESPINA, *La incapacidad para asumir las obligaciones esenciales del matrimonio por causas psíquicas, como capítulo de nulidad* (Barcelona 1989), 267-273; G. GARCÍA CANTERO, «Las incapacidades psíquicas en el derecho matrimonial civil español», in *Curso de derecho matrimonial y procesal canónico para profesionales del foro* (IX), 183-199.

(159) Cf. c. COLAGIOVANNI, *Ludovicopolitana*, 2 febr. 1988, RRD 80 (1988), 48, n. 7.

(160) Cf. IOANNES PAULUS papa II, Alloc. *Viva gioia*, ad Rotae Romanae auditores coram admissos, 5 feb. 1987, Romae, AAS 79 (1987), 1457, n. 7; per la dialettica conscio - inconscio cf. L. M. RULLA, *Anthropology of the Christian Vocation*, vol. I, 79-116.

condivide difficilmente il fatto che un coniuge permanesse senza separazione in una convivenza coniugale insopportabile già dall'inizio. Questa presunzione viene confermata se la parte attrice stessa avesse provocato il fallimento per es. con una relazione extraconiugale. La presunzione del diritto, il «favor matrimonii», viene confermato dalla presunzione dell'uomo contro la gravità del disturbo al momento delle nozze⁽¹⁵⁴⁾.

In base a queste riflessioni si stabilisce la regola che, più lunga è la convivenza, più convincenti devono essere le prove per rendere credibile la nullità del consenso al momento delle nozze⁽¹⁵⁵⁾.

Anche se la parte convenuta, o la parte attrice stessa, ammettesse di aver sofferto di un grave disturbo al momento delle nozze questa confessione che gode di un certo valore per gli altri vizi del consenso vale poco nelle cause di incapacità, perché il malato di mente o il disturbato di psiche non possono essere ritenuti in grado di diagnosticare il proprio disturbo. Costituisce una «petitio principii» chiedere la capacità di diagnosticare la propria incapacità.

2.8. *La considerazione delle cause del fallimento.*

Una considerazione particolarmente attenta, meritano i motivi che hanno portato al fallimento del matrimonio, perché mettono una certa luce sugli effetti di un preteso disturbo psichico. Frequenti sono le difficoltà economiche e le discordie legate a questa materia come causa di fallimento di un matrimonio. Si aggiungono interventi continui da parte di terzi, specialmente familiari, contro la volontà dell'altro coniuge. Questi terzi provocano a volte direttamente il fallimento e consigliano la separazione e il divorzio. Ci sono anche delle associazioni che assorbono uno dei coniugi per tutto il tempo libero

⁽¹⁵⁴⁾ «Obliviscendum enim non est quod vita coniugalis per multos annos protracta et numerosa prole recreata, fortem praesumptionem adversus gravitatem morbi constituit, praesertim si separatio definitiva principaliter infidelitati comparti tribuenda sit» (c. Bruno, Novae Aureliae, 23 feb. 1990, *RRD* 82, 1990, 142, n. 7).

⁽¹⁵⁵⁾ «Quasi inane ex evidentia diceretur addere monitum de necessaria firmiore probatione, quo longius tempus fuit quo coniugum cohabitatio de facto protracta est. Nam incapacitas intelligitur intolerabile onus tum in eo qui illud ponit tum in eo qui sustinere debet, ne ulterius incedat quis obrutus pondere dierum; ideo ex communibus contingentibus praesumptio licite stat in favorem validitatis progredientis, dum iter de facto peractum sit» (c. Serrano, Lafayetten, in *Indiana*, 26 maii 1988, 362, n. 8).

Anche se, a differenza dall'impotenza, non si richiede l'insanabilità perpetua dell'infermità⁽¹⁵¹⁾ che causa l'incapacità, non è concepibile che un disturbo velocemente e facilmente guaribile sia dotato della necessaria gravità. Se i coniugi trascurano i mezzi per la guarigione che stanno a loro disposizione, si tratta piuttosto di un comportamento irresponsabile che non intacca il consenso emanato.

2.7. *La durata del matrimonio come argomento per la validità.*

Merita un'attenzione particolare, da parte del difensore del vincolo, la durata della convivenza coniugale. Se è stata protratta per molti anni spetta, tra l'altro, a lui evitare lo scandalo che potrebbe suscitare una tale decisione⁽¹⁵²⁾. Lo scandalo è molto probabile se il matrimonio all'inizio appariva felice agli occhi di terzi e se nessuno notò particolari difficoltà o anormalità e se, in più, sono note le infedeltà e il comportamento immorale da parte di uno dei coniugi che hanno causato il fallimento⁽¹⁵³⁾.

La parte attrice appare quantomeno poco credibile se afferma che tutti gli anni di matrimonio sono stati infernali e insopportabili e se la parte convenuta viene accusata, senza prove, di tanti sbagli ed errori commessi dopo le nozze e di avere avuto tanti vizi di carattere. Il difensore del vincolo può argomentare, in questo caso, che si

bum gravem ac praematrmonialem fuisse et impulsus ita voluntatem subiecti determinasse ut illis resistere idem non valuerit. Numquam licet ex mero coniugii naufragio, vel ex distorta personalitate post nuptias orta, quae nullam rationem cum ingenitis causis habeat, matrimonium nullum declarare» (c. Bruno, Parisien.-Versalien., 15 dec. 1989, *RRD* 81, 1989, 765, n. 4).

⁽¹⁵¹⁾ Una dettagliata esposizione della discussione circa la durata dell'incapacità psichica si trova in: P. PAVANELLO, *Il requisito della perpetuità nell'incapacità di assumere le obbligazioni essenziali del matrimonio (can. 1095, 3°)* (Analecta Gregoriana. Cura Pontificae Universitatis Gregoriana edita, vol. 266. Series Facultatis Iuris Canonici: sectio B, n. 52).

⁽¹⁵²⁾ Cf. J.M. LAHIDALGA AGUIRRE, *Ante el "escandalo" de las anulaciones matrimoniales, hoy: qué podemos y debemos hacer los curas?*, in *Surge* 50 (1992), 445.

⁽¹⁵³⁾ «Pronum est quod si testes nihil unquam abnorme adnotarunt in istis duobus momentis, praevio et immediate subsequenti, si testantur vitam communem normaliter, intra utique limites diversitatis personalis adductae ab educatione, ab indole, a cultura etc. per annos productam fuisse, et naufragium, etiam cum violatione obligationum essentialium matrimonii, evenisse pluribus annis post matrimonium, ipsi periti ardue possent, potissimum post plures annos a celebratione matrimonii, iudicium certum promere (c. Colagiovanni, Arundellien. - Brighten., 18 iul 1989, *RRD* 81, 1989, 528-529, n. 11).

rata e la gravità del disturbo psichico secondo la dottrina scientifica⁽¹⁴⁴⁾.

Il difensore del vincolo deve mettere in rilievo l'eventuale felicità del tempo iniziale del matrimonio. Se la convivenza coniugale è riuscito bene nei primi anni, egli deve proporre possibili cause postnuziali per le difficoltà sorte durante il matrimonio⁽¹⁴⁵⁾ che intaccano l'integrità del consenso matrimoniale. Un'incapacità che non era presente al momento delle nozze o non era ancora grave, non impedisce la libertà interna necessaria.

Una lieve tendenza per es. all'alcolismo o qualche altra mania che solo dopo alcuni anni di convivenza comincia a porre dei problemi seri per l'armonia in famiglia e conduce infine al fallimento, non prova una reale impossibilità ad assumere gli oneri matrimoniali al tempo delle nozze. Il matrimonio perciò è da considerare valido.

Se durante la convivenza matrimoniale si possono distinguere chiaramente due fasi e cioè una prima parte armoniosa e felice e poi una seconda infelice, si induce una forte «*praesumptio hominis*» a favore della validità che dev'essere ribadita dal difensore del vincolo perché ostacola la certezza morale⁽¹⁴⁶⁾.

Il difensore del vincolo, con grande circospezione, deve confrontarsi con i tentativi da parte di periti o delle parti di tirare le perturbazioni postmatrimoniali indietro negli anni, cioè di trasferire i sintomi provati solo durante il tempo postnuziale al tempo prima delle nozze⁽¹⁴⁷⁾. Ciò vale specialmente se la parte convenuta e i suoi testimoni negano la presenza di sintomi anormali al tempo delle nozze⁽¹⁴⁸⁾.

Non è da considerarsi sufficiente neanche che certi sintomi nevrotici o psicopatici fossero presenti al momento delle nozze⁽¹⁴⁹⁾ o possano aver influito in qualche modo, sul consenso matrimoniale. Se il difensore del vincolo dovesse ammettere la presenza di questi disturbi a causa della chiarezza delle prove, egli potrebbe ancora far valere il dubbio circa la loro gravità⁽¹⁵⁰⁾.

⁽¹⁴⁴⁾ Cf. c. BRUNO, *Parisien.*, 17 aug. 1983, *RRD* 75 (1983), 362, n. 7.

⁽¹⁴⁵⁾ Cf. R. RODRÍGUEZ OCAÑA, *La función del defensor del vínculo*, 443.

⁽¹⁴⁶⁾ Cf. c. EGAN, *Meliten.*, 1 mar. 1984, *RRD* 76 (1984), 157, n. 4.

⁽¹⁴⁷⁾ Cf. c. BRUNO, *Novae Aureliae*, 23 feb. 1990, *RRD* 82 (1990), 142, n. 7.

⁽¹⁴⁸⁾ Cf. c. COLAGIOVANNI, *Ludovicopolitana*, 2 febr. 1988, *RRD* 80 (1988), 47-48, n. 5.

⁽¹⁴⁹⁾ Cf. c. GIANNECCHINI, *Mexicana*, 20 ian. 1984, *RRD* 76 (1984), 27, n. 2.

⁽¹⁵⁰⁾ E la sentenza continua: «*Singulis in casibus vero comprobare oportet mor-*

bo psichico che impedisce la libertà interna di fare diversamente⁽¹³⁹⁾.

Ripetute infedeltà di una delle parti sono in genere violazioni degli oneri assunti commessi responsabilmente, consapevolmente e deliberatamente. Esse costituiscono frequentemente le cause principali per il fallimento del matrimonio⁽¹⁴⁰⁾. Ogni tanto si incontrano anche degli pseudopsicopatici che non sono disturbati in modo costitutivo ma sono piuttosto soggetti a vizi ai quali le parti ormai si sono talmente abituati da non poter agire diversamente⁽¹⁴¹⁾.

Anche colpe gravissime, negligenze, errori e cattiverie, sebbene possano ridurre la qualità della convivenza, per questo non mettono minimamente in dubbio la validità dello stesso consenso, come avviene pure con le disgrazie postnuziali⁽¹⁴²⁾.

2.6. *La considerazione del tempo dell'inizio del disturbo e del suo percorso.*

Un fatto di centrale importanza, frequentemente troppo trascurata sia da parte dei periti che da parte dei giudici, è il tempo in cui è sorta o si è aggravata l'infermità psichica. Anche se la malattia scoppiata dopo le nozze, diventasse tanto grave da rendere impossibile la convivenza in modo da dover ricorrere alla separazione, non si può emanare una sentenza di invalidità. L'impossibilità dev'essere presente al momento delle nozze⁽¹⁴³⁾. Il compito di definire il momento iniziale di un disturbo pone notevoli difficoltà al perito, soprattutto se sono passati molti anni tra la celebrazione delle nozze e il processo di nullità. I periti devono informare il giudice circa la natura, la du-

⁽¹³⁹⁾ Cf. c. BOCCAFOLA, *Brooklynien.*, 25 iunii 1990, *RRD* 82 (1990), 561, n. 8.

⁽¹⁴⁰⁾ «...perpendi potest, utrum res peractae a coniugibus post matrimonium demonstrent vitia gravia psychologica antenuptialia, quibus iidem prohibeantur onera coniugalia adimplere an potius meras violationes onerum susceptorum, responsaliter, seu scienter et volenter, positas» (c. DI FELICE, *Odgensburgen.*, 12 ian. 1974, *RRD* 66, 3).

⁽¹⁴¹⁾ «Effrenata libertas, prava exempla, conspicuae divitiae earumque plena disponibilitas, immoderatus usus alcoholicarum potationum, pravi habitus, personalitati molestiam afferre quidem possunt, sed modo haud gravi et inemendabili, quin rationalem ac sufficientem autodeterminationem voluntatis praepediat ad validum coniugium ineundum» (c. BRUNO, *Calien.*, 17 nov. 1978, *RRD* 70, 1978, 485, n. 6).

⁽¹⁴²⁾ Cf. c. GIANNECCHINI, *Ludovicopolitana*, 26 iun. 1984, *RRD* 76, 1984, 391-392, n. 3.

⁽¹⁴³⁾ Cf. c. BRUNO, *Novae Aureliae*, 23 feb. 1990, *RRD* 82 (1990), 142, n. 6.

l'inizio della loro relazione o se continuano a vivere piuttosto da persone singole senza aprirsi in modo tale da creare la felicità nella comparsa (134). Dunque non si può chiedere la donazione totale della persona in tutti i campi della vita per la validità del consenso (135).

In nessun modo si possono pretendere delle doti personali (136) che facciano prevedere un felice esito della vita coniugale (137). Non si può avere diritto alla profondità della relazione. Un ideale non può diventare oggetto di un diritto esigibile.

2.5. *La violazione deliberata degli obblighi essenziali.*

Il difensore del vincolo deve prendere in considerazione anche le deficienze di ordine morale che non costituiscono in nessun modo la prova per l'incapacità consensuale (138). Può essere sufficientemente provata la malizia di uno dei coniugi senza mettere minimamente in dubbio la validità del consenso, a meno che si riesca a provare allo stesso tempo che questo comportamento dipende da un grave distur-

(134) La relazione interpersonale, che fa parte essenziale del patto matrimoniale, non va misurata secondo il grado della relazione di fatto ma secondo la capacità di assumere la relazione interpersonale come obbligo inerente al matrimonio indipendentemente dalla volontà del soggetto: « Il suo (del nubente) insostituibile "sì" non a caso è detto ratificante. Fa suo ciò che gli è pro-posto; il soggetto fa il matrimonio. Il soggetto fa il matrimonio che fa il soggetto, ne modifica i connotati personali » (G. ZANNONI, *Matrimonio e antropologia nella giurisprudenza rotale. Presupposti e orizzonti dell'approccio personalista*, Roma 1995, 207).

(135) Egan osserva: «...what the judge is in fact asking is how fulfilling, how "completing", how integrating, how enriching, how intimate, how profound, how happy, in a word, how successful a conjugal relationship Titius or Titia... were capable of achieving when they married, questions... in our estimate quite pointless » (E. EGAN, *The nullity of marriage for reason of incapacity to fulfill the essential obligations of marriage*, in *Ephemerides Iuris Canonici*, 40, 1984, 25).

(136) Lo stesso Romano Pontefice ammonisce: «Un'altra possibile e non infrequente fonte di fraintendimenti nella valutazione delle manifestazioni psicopatologiche è costituita non dall'eccessivo aggravamento della patologia ma, al contrario, dalla indebita sopravvalutazione del concetto di capacità matrimoniale» (Ioannes Paulus...1988 73).

(137) Riguardo a questo presupposto avverte perspicacemente Davino: «...non solum non postulari in illo iure divino, nedum etiam requiratur in illo iure humano, sive religiosum sit sive civile» (cf. c. DAVINO, *Denverien.*, 24 iunii 1987, RRD 79, 1987, 401, n. 4).

(138) Cf. IOANNES PAULUS papa II, Alloc. *Le sono vivamente*, 25 ian. 1988, AAS 80 (1988), 1181, n. 5.

za di ostacoli o pressioni o in genere di influssi interni ed esterni»⁽¹³⁰⁾.

2.4. *La relazione interpersonale minima.*

Partendo dai nuovi contributi delle scienze umane si chiarisce il significato delle relazioni interpersonali⁽¹³¹⁾. Non si deve però corre il rischio di confondere il grado minimo⁽¹³²⁾ di comunicazione interpersonale richiesto per la validità dello scambio del consenso con la comunicazione massima⁽¹³³⁾ possibile da parte di coniugi maturi che già si conoscono fino in fondo. Si può difficilmente misurare il grado e il livello della relazione interpersonale e, frequentemente, gli psicologi esigono una profondità nella comunicazione tra i coniugi che caratterizza piuttosto il matrimonio ideale. Se un coniuge non contribuisce sufficientemente allo scambio tra le persone questo può ridurre l'armonia senza togliere però la capacità consensuale come si verifica specialmente se i coniugi, per cause contingenti, non sono riusciti a realizzare il grado di relazione interpersonale auspicato al-

⁽¹³⁰⁾ M.F. POMPEDDA, *Il canone 1095 del nuovo Codice di diritto canonico*, 15.

⁽¹³¹⁾ La base imprescindibile per le nuove scoperte veniva offerta soprattutto dalle dottrine filosofiche di M. Heidegger, L. Binswanger, E. Husserl, K. Jaspers, M. Scheler poi elaborate dal punto di vista psichiatrico da Nathanson, Schultz, Callieri, M. S. Mahler, O. Kernberg e altri: cf. J.J. GARCÍA FÁILDE, *Manual de Psiquiatría forense canónica*, 193-198; V. FAGONE, *Il fondamento ontologico della comunicazione nell'analisi esistenziale di M. Heidegger*, in *La Civiltà Cattolica*, 116 (1965), vol. III, 414; G. DE VINCENZIIS-B. CALLIERI-A. CASTELLANI, *Sul rapporto di causalità. Considerazioni generali sulle metodologie psichiatriche*, in *Trattato di psicopatologia. Psichiatria forense* (Roma 1972), vol. I; G. VERSALDI, *Via et ratio introducendi integram christianam sexualitatis humanae in categorias canonicas. Gressus a "ius in corpus" (can. 1081, § 2, Codicis 1917) ad "sese mutuo tradunt et accipiunt" (can. 1057, § 2, novi Codicis)*, in *Periodica*, 75 (1986), 421-441.

⁽¹³²⁾ Cf. L. GUTIÉRREZ MARTÍN, *La incapacidad para contraer matrimonio. Comentarios al c. 1095 del Código de Derecho Canónico para uso de los profesionales del foro* (Bibliotheca Salmanticensis. Estudios 88, Salamanca 1987), 95.

⁽¹³³⁾ Se non si distingue tra la comunicazione interpersonale minima e quella massima della persona matura, sorgono delle confusioni gravissime, «...quibus ministerium iustitiae ecclesialis in causis matrimonialibus haud tam raro turbatur, confusionem scilicet inter veram incapacitatem nectendi relationem interpersonalem et meram difficultatem in eadem relatione prospere progrediendi, et quod consequitur, confusiones inter matrimonia invalida ob incapacitatem instaurandi minima relationem interpersonalem coniugalem et matrimonia infausta ex incapacitate contrahentis habendi relationem interpersonalem maturam, integram ac plenam» (c. Stankiewicz, Barranquillen., 22 maii 1986, RRD 78 (1986), 336, n. 5).

Per ogni singolo caso si deve provare che il disturbo diagnosticato provoca non soltanto una gravissima difficoltà ma una reale impossibilità. Se il difensore del vincolo scopre l'incertezza della reale impossibilità, come dovrebbe succedere nella maggioranza dei casi, egli possiede un ulteriore argomento per sostenere il «favor matrimonii»: «Per il canonista deve rimanere chiaro il principio che solo la incapacità, e non già la difficoltà a prestare il consenso e a realizzare una vera comunità di vita e di amore, rende nullo il matrimonio»⁽¹²⁵⁾.

La capacità alla discrezione di giudizio può diminuire se rimangono alcuni tratti immaturi anche in età adulta che però da soli non rendono nullo il consenso matrimoniale⁽¹²⁶⁾. Non basta qualsiasi difetto di discrezione⁽¹²⁷⁾, basato sull'enumerazione di alcuni difetti⁽¹²⁸⁾...ma è richiesto un grave difetto, e questo va considerato in rapporto ai diritti-doveri essenziali del matrimonio...»⁽¹²⁹⁾. È inammissibile pretendere una somma libertà interna e considerare delle circostanze come problemi economici, convenienze, consigli dai parenti o una gravidanza improvvisa già in sé come impedimenti per la libertà di scelta. «Altra dunque è la libertà di determinare la propria scelta, ed altra è la facilità di scelta che proviene dall'assen-

easdem assumere valet, cum diversi gradus non adsint» (c. Palestro, Rhedonen., 5 iun. 1990, RRD 82, 1990, 480, n. 6).

⁽¹²⁵⁾ IOANNES PAULUS papa II, Alloc. *Viva gioia*, 5 feb. 1987, Romae, ad Rotae romanae auditores coram admissos, AAS 79 (1987), 1457.

⁽¹²⁶⁾ «Tractus characteriales instabilitatis vel caparbitetatis, nimis dependentiae vel auctoritarismi dominatorii, exaggeratus suiipsius cultus (narcissismus), superficialitas, potius tribui possunt diversae indoli quae alia in aliis est quaeque raro potest dici perfecta» (c. Colagiovanni, S. Clodoaldi, 27 iunii 1986, RRD 78 (1986), 414, n. 6).

⁽¹²⁷⁾ «Ad declarationem invaliditatis matrimonii fulciendam haud sufficere valet recitatio decantata leviorum indolis noxarum vel/et difficultatum exiguarum quae omnes fere homines patiuntur in cursu coniugalis vitae communis comminus quotidiano, vel merorum ingenii dissidiorum vel simplicium opinionis diversitatum consuetarum vel parvae immaturitatis transeuntis in hac vel illa indolis proprietate; sed requiritur quaedam indolis perturbatio vel deordinatio eaque vere gravis ordinis psychici quae porro tribui potest uni vel pluribus causis noscatis. Et illa perturbatio seu deordinatio talis esse debet gravitatis ut illa communio vitae vel communitas totius vitae et amoris vel vita coniugalis - ... reddatur non tantum difficilis ductu, sed potius undequaque impossibilis victu» (c. Doran, 21 mar. 1991, RRD 83, 1991, 195, n. 7).

⁽¹²⁸⁾ Cf. R. RODRÍGUEZ OCAÑA, *La función del defensor del vínculo*, 344.

⁽¹²⁹⁾ M.F. POMPEDDA, *Il canone 1095 del nuovo Codice di diritto canonico*, 10.

Qualunque sia la causa della possibile incapacità, il giudice, nella soluzione del caso concreto, dovrà accertare l'esistenza dei requisiti che il legislatore ha stabilito nel canone 1095, 3°, cioè: incapacità e non difficoltà, concomitanza con il consenso — perché l'incapacità è di *assumere* —, esistenza di una causa psichica grave al momento del consenso, relatività agli obblighi essenziali del matrimonio. In questo modo, la giurisprudenza potrà dare una risposta chiara a tutti gli interrogativi che la dottrina si pone nei confronti dell'incapacità psichica, in particolare di quella che alcuni hanno chiamato incapacità relativa.

La fedeltà alla norma vigente gioverebbe alla soluzione dei casi concreti. Ciononostante, siamo consapevoli che questo non è sufficiente per dare una risposta esaustiva nei confronti dell'incapacità relativa. Le argomentazioni *ex lege* sono certamente utili. Anche quelle *ex effectibus*, come la confusione tra validità e felicità, mettono in luce la problematicità dell'incapacità relativa. Lo stesso si potrebbe affermare di quanto abbiamo detto riguardo alla dimensione personale dell'incapacità. Pensiamo, però, che sia necessario un approfondimento sulla essenza del matrimonio e sul fondamento naturale della norma⁽¹⁰¹⁾. Per determinare che cosa è la capacità per il matrimonio, è assolutamente necessario sapere qual è l'essenza del matrimonio. Come dicevamo all'inizio, questo approfondimento, peraltro necessario, esula dalla portata di questo commento. Ci auguriamo, tuttavia, di poterlo svolgere in futuro.

Héctor Franceschi F.

entre los esposos. Por ello, el intérprete debe también procurar no confundir la imposibilidad de asumir los deberes esenciales con los casos de dificultad en el cumplimiento, elección inconveniente, imprudente o desafortunada del cónyuge más adecuado, o con el de imposibilidad sobrevenida: especialmente la que ha acabado provocando trastornos reactivos psicopatológicos».

⁽¹⁰¹⁾ Cfr. J. HERVADA, *Obligaciones esenciales del matrimonio*, in *Ius Canonicum* XXXI, n. 61, 1991, p. 59-83; *El Derecho del Pueblo de Dios. III. Hacia un sistema de Derecho matrimonial. vol. 1*, Pamplona 1973, p. 177-196; *Esencia del matrimonio y consentimiento matrimonial*, in *Persona y Derecho* 9 (1982), p. 149-179.

Pagina bianca

Note e commenti

Pagina bianca

LA PONTIFICIA ACCADEMIA ECCLESIASTICA
E LA MISSIONE DIPLOMATICA DELLA SANTA SEDE
NEL MONDO (*)

I. Uno sguardo sulla storia dell'Accademia, che fra cinque anni compirà tre secoli di vita. — II. Gli insegnamenti dei Papi, l'Accademia e la Diplomazia Pontificia. — III. La Santa Sede e la pace.

I. *Uno sguardo sulla storia dell'Accademia, che fra cinque anni compirà tre secoli di vita.*

Come è ben noto, la Pontificia Accademia è l'istituzione o la scuola dove si formano gli ecclesiastici che saranno poi destinati a rappresentare la Santa Sede presso le Chiese particolari e presso i Paesi del mondo.

Fondata a Roma nel 1701 dall'Abate Pietro Garagni, con il consiglio del Beato Sebastiano Valfré, essa, nell'intenzione del fondatore, doveva, oltre che diffondersi pure in altre Diocesi, essere «un luogo nel quale si riceve la nobiltà ecclesiastica, che qui concorre, dove essa si possa trattenere con una giusta libertà». La sua prima sede fu il Palazzo Gabrielli a Monte Giordano, ora Palazzo Taverna. Sin dall'inizio l'Accademia ebbe l'appoggio e l'approvazione del Papa Clemente XI e a soli 20 anni dalla sua fondazione contava più di 150 alunni⁽¹⁾.

(*) Conferenza nel Circolo di Roma ai Membri del Corpo Diplomatico accreditato presso la Santa Sede, il 19 giugno 1996.

(1) Per la parte riguardante la storia dell'Accademia, cfr. G. DE MARCHI, *La Pontificia Accademia Ecclesiastica. Cenni storici (1701-1051)*, in *La Pontificia Accademia Ecclesiastica, 1701-1951*, Città del Vaticano 1951, pp. 17-42. Nello stesso volume, cfr. C. PACELLI, *La condizione giuridica della Pontificia Accademia Ecclesiastica*, pp. 43-57.

Questi erano tenuti ad osservare puntualmente un regolamento, voluto dallo stesso Pontefice, in cui si stabiliva che non si poteva accettare «alcuno per convittore che non sii di buona fama e costumi, di nascita nobile o almeno qualificato di qualche dignità ecclesiastica o altro singolare requisito, in età d'anni ventuno».

Lo stesso regolamento, aggiornato sotto il Pontificato del Papa Pio VII, segnalava ancora che «il fine, per cui è stata istituita l'Accademia Ecclesiastica, non è altro, che per ammettervi Persone Nobili, le quali vogliono abbracciare lo stato Ecclesiastico, e che perciò ivi si ritirano per avere comodo d'istruirsi, e perfezionarsi nella pietà, e nelle scienze necessarie al loro stato. Quindi è, che ne restano onninamente esclusi quelli, che pretendessero di entrarvi solamente, o principalmente per avere ivi comodo di Stanza, o Tavola, o nel rimanente non volessero sottomettersi alle Leggi del Luogo, od al Governo del Presidente».

Le norme in questione esortavano i convittori a fare in camera, al mattino, la meditazione, ad ascoltare, durante i pasti, la lettura della Sacra Scrittura, della storia ecclesiastica o delle vite dei santi, particolarmente dei Santi Preti. Esse poi disponevano che gli accademici rientrassero in casa un'ora prima della recita dell'Angelus della sera, ad eccezione di quelli che andavano a studiare presso qualche Prelato.

Era richiesto il massimo decoro nel vestito e per uscire in città occorreva portare la veste talare. In caso di pioggia o di gite era permesso un vestito «curto, modesto e decente, che passi il ginocchio con asole e bottoni piccioli e maniche picciole, senza saccoccie inanti».

La servitù che occorreva per la vita in comunità poteva essere alloggiata in Accademia, mentre la servitù particolare dei signori convittori doveva abitare fuori casa «dopo che haveranno servito i loro padroni nelle loro stanze».

Il governo dell'Accademia era affidato ad un Superiore, scelto tra i convittori, in età non inferiore ai 30 anni. Nella scelta si badava alla «maggiore esperienza, attitudine e spirito ecclesiastico del candidato».

Nell'anno 1703, il Papa Clemente XI decise di prendere l'Accademia sotto la sua immediata cura e dispose che la stessa fosse trasferita al Palazzo Gottofredi, in Piazza Venezia. Poi, il 2 giugno 1706, l'Accademia si trasferiva nell'antico Palazzo Severoli, di Piazza

della Minerva, sua sede ancora oggi. La costruzione dell'attuale fabbricato fu fatta tra il 1715 e il 1720.

Con la morte del Papa Clemente XI e del Cardinale Imperiali, Protettore dell'Accademia, essa si trovò in situazione economica assai difficile. Inoltre, i Padri della Missione, ai quali era stata affidata la direzione dell'Istituto, lasciarono l'incarico nel 1739.

Divenuto Pontefice, con il nome di Clemente XIII, il Cardinale Rezzonico, che era stato alunno dell'Accademia, tentò di risollevarla, ma, come riferisce il cronista dell'epoca, Padre Antonio Paoli, preferì poi sospendere le attività dell'Istituto. Purtroppo, durante gli 11 anni che lo stesso rimase chiuso, un amministratore poco scrupoloso si impossessò dei beni che rimanevano. Lo stabile diventò una specie di pubblico alloggio e un gruppo di dieci inquilini si appropriò di ciò che serviva al proprio comodo e perfino diede in uso delle stanze a privati e mercanti. L'Accademia fu ridotta « peggio non dico di una locanda », « ma di una stalla », scrive il Paoli.

Nel Conclave del 1775, al quale presero parte 6 Cardinali ex Accademici, fu posta la questione della riapertura dell'Accademia. Appena eletto Papa Pio VI, il « nobile convitto » fu riaperto nel mese di Novembre di detto anno e fu nominato Presidente il Padre Paoli. Nell'anno successivo, il Pontefice volle visitare personalmente l'Accademia, dimostrando paterna bontà verso tutti, incluso il personale di servizio. A ricordo della visita fu collocata una grande lapide che si trova ancora oggi in fondo al corridoio principale del primo piano dell'Istituto.

Durante il Pontificato di Pio VI fu istaurata la prassi che un alunno dell'Accademia pronunciasse un discorso alla presenza del Santo Padre nella festa della Cattedra di San Pietro. Sempre per volontà del Papa, ogni lunedì dell'anno scolastico si dovevano tenere tre dissertazioni su argomenti di teologia, diritto e storia della Chiesa.

Ma l'Accademia fu beneficata dal Pontefice Pio VI soprattutto dal punto di vista economico. Infatti, in seguito alla estinzione dell'Ordine dei Canonici Regolari di Sant'Antonio di Vienna, assorbito dall'Ordine di Malta, i beni appartenenti a detti Canonici Regolari e siti fuori dal territorio degli Stati Pontifici furono destinati a varie opere pie. Quelli che si trovavano entro i confini degli Stati Pontifici furono attribuiti all'Accademia, con Breve Pontificio del 17 dicembre 1777. « La casa dei signori accademici ecclesiastici » — scrive Don Paoli — si trovò quindi arricchita di beni e di rendite situati

in Roma e in numerose località dello Stato Pontificio. E poiché Sant'Antonio Abate era il Protettore dell'Ordine dei Canonici Regolari estinto, dallo stesso Papa Pio VI fu dichiarato Patrono dell'Accademia «propter dictam unionem bonorum».

Il Paoli osserva che, con queste donazioni, vi fu un periodo fortunato per l'Accademia, visitata dal Papa per una seconda volta nel mese di marzo 1778. Proprio in questo periodo fu alunno dell'Accademia il Conte Annibale della Genga, il quale nel 1823 salì sulla Cattedra di Pietro, con il nome di Leone XII.

Con la rivoluzione del 1798, anche l'Accademia fu travolta e costretta a rimanere di nuovo chiusa per un periodo di cinque anni. Riaperta poi nel 1803, per provvida decisione del Papa Pio VII, divenne un istituto ecclesiastico con normali corsi di teologia e di diritto, e con il privilegio di presentare ogni anno all'Università della Sapienza due alunni, per conseguire la laurea rispettivamente in teologia e in diritto. Purtroppo, soprattutto per un rilassamento nella disciplina, l'Accademia cadde in disistima «in guisa che — come afferma un cronista del tempo — se si vede per la città o nelle serali conversazioni un giovane in divisa ecclesiastica profumato e ben acconciato nella chioma e nelle vesti, che indica all'esterno leggerezza e niuna vocazione per il santuario, subito si dice: è desso un Accademico Ecclesiastico o vi si rassomiglia».

Preoccupato per il cattivo andamento dell'Istituto, sin dagli inizi del suo Pontificato, il Papa Pio IX creò una speciale Commissione di Cardinali, alla quale diede l'incarico di prendere le necessarie misure per rimettere l'Accademia sulla buona strada. I Porporati giunsero alla decisione di chiudere, a tempo indeterminato, la nobile scuola. Tutti i suoi alunni furono infatti licenziati al termine dell'anno scolastico 1847. Nei locali dell'Accademia, in seguito alle agitazioni popolari del '48 e '49, vi si insediò il Ministero della Guerra e della Marina della Repubblica Romana e alcuni suoi vani furono poi occupati dalle truppe francesi.

Nel febbraio del 1850 l'Accademia poté finalmente riprendere la propria attività, acquistando una nuova fisionomia e una più specifica finalità. Secondo il regolamento emanato da Pio IX, l'Istituzione ha assunto lo scopo ben determinato di formare i giovani ecclesiastici o per il servizio diplomatico della Santa Sede, o per il servizio amministrativo in Curia o nello Stato Pontificio. Fu stabilito l'obbligo di ottenere la laurea in teologia e in diritto e gli alunni dovevano seguire un corso triennale di diplomazia e di lingue estere.

Come risulta dall'Archivio dell'Accademia, il Pontefice seguiva personalmente le pratiche per l'assunzione degli alunni, approvava i programmi d'insegnamento, voleva essere tenuto al corrente della diligenza negli studi, nella pietà e nel lavoro pastorale dei singoli accademici.

Dopo l'occupazione di Roma furono eseguiti importanti lavori di restauro al Palazzo dell'Accademia. Per lasciare spazio libero alle due entrate laterali della Piazza della Minerva, la facciata dell'edificio venne arretrata di circa cinque metri.

Nel 1878 fu eletto Papa un altro ex-alunno dell'Accademia, il Cardinale Gioacchino Pecci, il quale assunse il nome di Leone XIII. Il Pontefice volle subito dare ancora maggiore serietà alla preparazione intellettuale degli accademici, imponendo ai medesimi periodiche dissertazioni pubbliche.

Nuovo impulso e per così dire una filosofia più corrispondente ai nostri tempi ricevette l'Accademia dai Papi Pio XI e Pio XII. Il primo, stabilì che il Protettore di essa fosse il Segretario di Stato «pro tempore» e diede all'Istituto il nome di Pontificia Accademia Ecclesiastica, sopprimendo la dicitura «dei nobili ecclesiastici»; il secondo, egregio professore dell'Istituto, dispose che fosse redatto un nuovo regolamento, emanato nel 1945, che è ancora in vigore⁽²⁾.

L'interno dello stabile dell'Accademia fu completamente ristrutturato per opera del Santo Padre Giovanni XXIII. Il Papa Paolo VI, anche egli ex-alunno, e l'attuale Pontefice, Giovanni Paolo II hanno illuminato, con i loro insegnamenti, la vita e l'andamento dell'Accademia.

II. *Gli insegnamenti dei Papi, l'Accademia e la Diplomazia Pontificia.*

Per illustrare quale è lo spirito e quali finalità si propone oggi la secolare istituzione, occorre riferirsi ai documenti e agli interventi dei Papi, incominciando da Pio XII.

Nel chirografo da lui indirizzato, in occasione dei 250 anni di vita dell'Accademia, il Pontefice, mettendo in risalto le benemerite dell'Istituto, segnalava, nello stesso tempo, i criteri che devono guidare la formazione degli accademici. Il Papa, infatti, così si espri-

⁽²⁾ Cfr. *La Pontificia Accademia Ecclesiastica, 1701-1951*, Città del Vaticano 1951, pp. 17-57.

meva: « Nella visione di scorcio della storia dell'illustre istituzione appare l'armonia con cui alla coltura intellettuale dei suoi alunni, nutrita di discipline ecclesiastiche e diplomatiche, di sociologia e di diritto, di conoscenza dello stile diplomatico e dei vari idiomi più diffusi fra i popoli, come d'ogni altro utile e interessante sapere, è stata intrecciata ed anteposta, con profonda comprensione della vera missione della Chiesa, la sollecitudine di educare in ognuno degli alunni una ferma e sensibile coscienza sacerdotale, affinché nel candidato agli uffici rappresentativi della Santa Sede si venga preparando l'apostolo del Vangelo, pronto a fare della sua opera un sublime, religioso ministero. La Pontificia Accademia ha in ciò il suo primo e più nobile titolo di esistenza e di soddisfazione, e i suoi alunni il segreto per il felice successo della loro futura operosità ». E Papa Pio XII concludeva: « i giovani ecclesiastici prescelti sapranno quindi formare un degno corpo, sostenuto da un vigile senso di grandi doveri e animato da pronto desiderio di dedicare i talenti e la vita al servizio loro commesso, nella ferma convinzione di non essere migliore, né più autorevole rappresentanza della Sede Apostolica, ora più che mai, anche nel mondo diplomatico, se non là dove la figura del divino Maestro più sinceramente risplende nella verità professata, nella giustizia vissuta, e nella carità prodigata »⁽³⁾. Questi insegnamenti del Pontefice costituiscono il programma che ancora oggi viene proposto a quanti sono chiamati a far parte del servizio diplomatico della Santa Sede.

Nella stessa occasione del 250° anniversario di fondazione della Pontificia Accademia Ecclesiastica, l'allora Sostituto della Segreteria di Stato, Sua Eccellenza Monsignor Giovanni Battista Montini, tenne il discorso commemorativo⁽⁴⁾. Rispondendo ad alcuni rilievi che da ambienti anche ecclesiastici in quel momento erano avanzati circa la validità dell'Accademia e prevenendo le obiezioni che nel corso del Concilio Ecumenico Vaticano II e nel periodo post-conciliare sarebbero state poste in merito alla stessa esistenza del servizio diplomatico della Santa Sede, il medesimo Mons. Montini si poneva con chiarezza e lungimiranza alcune domande: nel nostro mondo con-

⁽³⁾ PIO XII, Chirografo (14-IV-1951), *La Pontificia Accademia Ecclesiastica, 1701-1951*, pp. 8-9.

⁽⁴⁾ G.B. MONTINI, Discorso commemorativo in occasione del 250° anniversario di fondazione della Pontificia Accademia Ecclesiastica (25-IV-1951). *Paolo VI e la Pontificia Accademia Ecclesiastica*, Tipografia Poliglotta Vaticana 1965, pp. 21-57.

temporaneo vi è una ragione di essere per l'Accademia, essa ha ancora motivo di vivere, di esistere, di esercitare una funzione, o tale istituzione non è invece un superstite risultato di anni trascorsi, di una tradizione che rende interessanti, belle e gradevoli anche le reliquie del passato? Non è essa un superstite avanzo di altri tempi, difficilmente conforme allo spirito vivo e nuovo della Chiesa? L'oratore confidava quindi al suo uditorio le perplessità che lo avevano assalito al momento di varcare le porte dell'Accademia⁽⁵⁾. Sembrava allora infatti al giovane sacerdote Montini che la diplomazia pontificia, con la caduta del potere temporale, avesse compiuto i suoi anni e che fosse rimasta quasi a protesta di quello che si era prodotto con la presa di Roma.

Se è vero che la diplomazia pontificia ha avuto fin dalle sue origini delle manifestazioni assolutamente indipendenti dal potere temporale, dal medesimo ha però recepito le forme stabili e caratteristiche che le hanno meritato la fama di una grande diplomazia⁽⁶⁾. D'altra parte, è da rilevare che sono stati piuttosto gli affari temporali della Chiesa a consigliare l'istituzione delle prime Nunziature permanenti della Sede Apostolica, cominciando dalla Rappresentanza Pontificia a Venezia.

Con la cessazione del potere temporale; con il nuovo sviluppo del diritto pubblico civile ed ecclesiastico, per cui le due società, lo Stato e la Chiesa si sono divise; con la maggiore enfasi data dalla Chiesa all'esercizio delle sue funzioni nella sfera spirituale e alla difesa degli interessi religiosi e dei mezzi necessari per l'esplicazione della sua specifica missione, doveva cambiarsi o venir meno il servizio diplomatico della Santa Sede? Poteva essere valida, per mettere fine a questo servizio diplomatico, la falsa concezione della diplomazia, secondo la quale essa è l'arte di riuscire, o una forma di azione in cui la morale riporta facilmente delle ferite o non è possibile difenderla? Per il fatto che in certi periodi storici la diplomazia si è rivestita di forme e di etichette non conformi allo spirito dei nostri tempi o si è limitata a reclutare i suoi agenti in ceti sociali molto chiusi, essa è chiamata a scomparire?

L'allora Sostituto della Segreteria di Stato, Mons. Montini, si domandava ancora se non fosse il caso di dare credito alle voci di

(5) Cfr. G.B. MONTINI, *op. cit.*, p. 22-30.

(6) Cfr. G.B. MONTINI, *op. cit.*, pp. 28.

quelli che chiedevano alla Chiesa di estrarre da se stessa le forze per vivere e per trovare vie nuove diverse da quelle percorse in dati e superati momenti storici; nuove vie libere dai vincoli con quei poteri ormai diventati laici, estranei e perfino nemici della Chiesa.

Pur riconoscendo che in questi interrogativi e nelle opinioni in essi sottintese vi è una parte di verità, Mons. Montini sottolineava che la realtà è diversa, poiché la vera diplomazia «è l'arte di creare e di mantenere l'ordine internazionale, cioè la pace; l'arte di instaurare rapporti umani, ragionevoli, giuridici fra i popoli e non per via di forza o di inesorabile contrasto ed equilibrio d'interessi, ma per via di aperto e responsabile regolamento» (7), mediante il negoziato leale.

E riferendosi più specificamente alla diplomazia pontificia, Mons. Montini notava che «se la diplomazia si esercita attraverso una rappresentanza responsabile e per costruire la pace, nessun istituto, nessuna forma di attività fra i popoli è più consentanea alla Chiesa Cattolica» (8). E aggiungeva: «La diplomazia, si sa, si esplica mediante la rappresentanza dell'autorità sovrana; ora, nessuna autorità, quanto quella che presiede alla Chiesa Cattolica è atta all'impiego di tale sistema; perché nessuna è così alta, così universalmente sovrana, così capace di conferire ai suoi rappresentanti potestà di azione, d'impartire ordini da eseguire, di stabilire unità di disegni, di educare a dignità di contegno, d'infondere generosità di servizio, di comunicare saggezza d'esperienza, e di proporre altezza di fini» (9).

Queste valutazioni e questi criteri sono anche oggi fonte d'ispirazione per una adeguata formazione degli alunni dell'Accademia e sono pure norme di vita per i Rappresentanti della Santa Sede che operano nel mondo nelle più diverse e non sempre facili circostanze.

Se prendiamo in esame la posizione e la funzione dei Rappresentanti Pontifici nella vita della Chiesa e del mondo di oggi, occorre che ci riferiamo al Motu Proprio, «Sollicitudo Omnium Ecclesiarum», emanato dal Santo Padre Paolo VI, in data 24 giugno 1969 (10). In questo documento il Papa, raccogliendo gli insegna-

(7) G.B. MONTINI, *op. cit.*, p. 33.

(8) G.B. MONTINI, *op. cit.*, pp. 39-40.

(9) G.B. MONTINI, *op. cit.*, p. 40.

(10) PAOLO VI, Motu Proprio *Sollicitudo Omnium Ecclesiarum*, AAS 61 (1969) 473-484.

menti del recente Concilio Ecumenico Vaticano II e dettando precise norme, fa, per così dire, una revisione e anche una descrizione più adeguata della natura e dei compiti della figura giuridica e pastorale dei Nunzi Apostolici.

Nel magistrale documento, Paolo VI ribadisce il diritto, che per volontà di Cristo appartiene al Romano Pontefice, di esercitare la sua sollecitudine e il suo servizio di Maestro e Pastore della Chiesa Universale e delle singole chiese particolari o diocesi. Per poter adempiere detta esigenza, occorre che il Papa mantenga una conveniente e permanente presenza nel mondo e che possa avere un'opportuna e precisa conoscenza delle situazioni e delle condizioni in cui vivono le Diocesi⁽¹¹⁾. Il Motu Proprio descrive poi i nessi profondi che intercorrono tra il Santo Padre e i Vescovi e sottolinea la cura particolare che il Vescovo di Roma deve avere in vista dell'unità di tutti i cristiani e cioè, la sua sollecitudine in campo ecumenico⁽¹²⁾. L'azione dei Rappresentanti Pontifici è, tra l'altro, per Paolo VI, un servizio alle Diocesi e ai Vescovi, la cui legittima autonomia dev'essere pienamente rispettata, come pure un servizio alle Nazioni e al mondo. Questi servizi alle chiese locali e alle Nazioni non si contrappongono: bensì si complementano⁽¹³⁾.

In sintesi e con riferimento al campo strettamente ecclesiastico, possiamo dire che il documento riafferma che il compito primario e specifico del Rappresentante Pontificio è quello di contribuire a fare ancora più stretti ed efficienti i nessi che uniscono la Santa Sede e le Chiese particolari. È poi dovere del Nunzio d'informare la Santa Sede, in maniera regolare ed obiettiva, in merito alle reali condizioni in cui vive la comunità cristiana presso la quale è stato inviato e a riguardo di tutto ciò che possa esercitare un influsso positivo o negativo sulla vita della Chiesa. Da una parte, il Nunzio trasmette alla Santa Sede i punti di vista, i desideri, le inquietudini delle Conferenze Episcopali e dei singoli Vescovi, dei sacerdoti, dei religiosi e dei fedeli, mentre dall'altra, si fa interprete presso le Chiese locali dei documenti, delle norme, delle informazioni, delle istruzioni e dei desideri della medesima Santa Sede.

(11) Cfr. PAOLO VI, *op. cit.*, p. 474.

(12) Cfr. PAOLO VI, *op. cit.*, p. 475.

(13) Cfr. PAOLO VI, *op. cit.*, p. 477.

Come ministri di comunione fra tutte le chiese o confessioni religiose, i Rappresentanti Pontifici devono promuovere e coltivare i buoni rapporti tra la Chiesa Cattolica e le altre comunità cristiane o le religioni non cristiane e perfino le relazioni con i non credenti.

Com'è ovvio, il documento fa particolare riferimento alle delicate questioni della preparazione delle nomine dei Vescovi, della creazione o divisione delle Diocesi, dei rapporti con le Conferenze Episcopali (14).

Atteso che la missione dei Nunzi presso i governi è a voi qui presenti ben nota, sembra conveniente che ci limitiamo a segnalare che il documento in esame ribadisce il diritto («capacitas») di legazione del Romano Pontefice, fondato su principi teologici di ordine intrinseco (la speciale missione spirituale del Papa che procede dal Suo Primato), ma pure su motivi estrinseci (lo sviluppo di ciò che accade nel mondo).

Ma perché, in ultimo termine, la Chiesa e lo Stato possono avere rapporti di intercambio, di incontro, di collaborazione a livello dell'azione diplomatica? Essi hanno finalità diverse, ognuno di essi è supremo e indipendente, ma l'una e l'altro sono al servizio dell'uomo, che è il loro comune soggetto. Questo comune scopo di servizio dell'uomo richiede il dialogo, il negoziato, l'accordo sul piano giuridico e su quello pratico.

Attraverso il dialogo, rilevava Paolo VI, si può trovare il vicendevole intendimento, si evitano i conflitti, si aprono gli spazi agli sforzi comuni nella ricerca della pace e della promozione del progresso, che sono le maggiori aspirazioni del genere umano. Il Motu Proprio segnala inoltre che con il dialogo, mentre viene assicurata la libertà della Chiesa, gli Stati vedono garantiti gli obiettivi pacifici dell'azione della Chiesa e possono ben comprendere che detti obiettivi pacifici sono di mutuo beneficio per le due Parti. Con il dialogo, poi, la Chiesa può offrire alla società quell'appoggio spirituale che la rende più capace di operare per il bene comune di tutti i suoi membri.

Nell'attuale Codice di Diritto Canonico, nella parte relativa ai «Legati del Romano Pontefice», è facile scoprire le linee tracciate dal Papa Paolo VI nel Motu Proprio che abbiamo considerato. I Canonici 362 a 367 riprendono il contenuto del documento e lo perfezio-

(14) Cfr. PAOLO VI, *op. cit.*, p. 481.

nano. Tanto che secondo l'opinione di molti e qualificati giuristi, il migliore commento a questi Canoni è precisamente la parte dottrinale del Motu Proprio, che è assai ricca e autorevole⁽¹⁵⁾.

Paolo VI non si è però limitato a segnalare le linee maestre dell'azione diplomatica che all'interno della Chiesa e verso il mondo è tenuta a svolgere la Santa Sede. Nei numerosi incontri che concesse in Vaticano ai Superiori e agli alunni della Pontificia Accademia Ecclesiastica, egli li invitò ripetutamente a riflettere sullo loro specifica vocazione. Così, nel febbraio 1971, insistendo sul valore e le finalità della diplomazia Pontificia, da lui concepita come l'opera che la Santa Sede svolge nel mondo « a incoraggiamento dei Vescovi e delle comunità ecclesiali ad essi affidate, a difesa dei valori religiosi, a tutela dell'uomo e dei suoi intangibili diritti, a sostegno della vera pace »⁽¹⁶⁾, il Papa domandava agli accademici di rispondere con generosità alla fiducia posta in loro dalla Chiesa e ad impegnarsi nella loro formazione morale e spirituale, « ove lo spirito avido di conoscere meglio il Cristo possa trovare l'alimento per la sua intima tensione verso la santità e la donazione alle anime... per andare incontro alla missione, qualunque essa sia, che la Chiesa vi vuole affidare »⁽¹⁷⁾.

Ribadendo ancora la assoluta necessità di mettere delle solide fondamenta alla formazione spirituale degli accademici, Paolo VI, nell'Udienza loro concessa nel mese di febbraio 1973, li esortava ad essere « umili, ma preziosi servitori del carisma di Pietro »⁽¹⁸⁾, di unità e di coesione per tutta la compagine ecclesiale, e li invitava a prepararsi a svolgere, nelle Rappresentanze Pontificie, un'azione discreta, sacrificata, spesso ignorata al servizio delle chiese locali e del bene dei vari popoli.

Stando alle apparenze, il servizio diplomatico della Santa Sede potrebbe essere giudicato da alcuni come una carriera umana facile e anche brillante. Nell'ultima Udienza accordata all'Accademia, nel

(15) Cfr. F. PETRONCELLI HUBLER, *Comentario exegetico al Código de Derecho Canónico*, vol. II, EUNSA (1996), 657.

(16) PAOLO VI, Discorso alla Pontificia Accademia Ecclesiastica (22-II-1971): *Insegnamenti IX* (1971), 133.

(17) PAOLO VI, Discorso alla Pontificia Accademia Ecclesiastica (22-II-1971): *Insegnamenti IX* (1971), 134.

(18) PAOLO VI, Discorso alla Pontificia Accademia Ecclesiastica (22-II-1973): *Insegnamenti XI* (1973), 155.

mese di marzo 1978, Paolo VI ammoniva severamente in proposito i suoi interlocutori nei seguenti termini: «ricordate che ciò che vi viene richiesto, in tanto riuscirà quanto più a fondo e più autenticamente vivrete il vostro sacerdozio. Il diplomatico della Santa Sede è anzitutto e soprattutto sacerdote: non ha miraggi, specialmente oggi, di vita comoda, di privilegi, tanto meno di grandezze umane»⁽¹⁹⁾.

Pare superfluo rilevare che, in queste esortazioni, ogni parola del Papa aveva il suo peso specifico, che conserva un attuale valore pure oggi per gli alunni della Pontificia Accademia.

Sin dall'inizio del suo Pontificato, il Santo Padre Giovanni Paolo II, che a molte riprese ha voluto incontrare la comunità sacerdotale dell'Accademia, ha voluto pure dare ai suoi insegnamenti agli accademici un senso prevalentemente spirituale e pastorale. Nel suo primo discorso, tenuto nel mese di marzo 1979, egli così si esprimeva: «il vostro infatti sarà un servizio eminentemente pastorale ..., in vista di rendere sempre più operante la unione delle Chiese locali con la Sede Apostolica ... Quanto sta, anzitutto, a cuore al Papa ... è la vostra vita sacerdotale esemplare ed animata da convinzioni profonde di fede, da una visione sempre teologica del mondo e della storia»⁽²⁰⁾.

Reduci dagli esercizi spirituali fatti ad Assisi, gli alunni dell'Accademia si sono recati dal Vicario di Cristo nel marzo 1980. Nel ricordo dell'esempio luminoso di San Francesco, il Santo Padre metteva in risalto che anche dai Rappresentanti Pontifici ci si attende un contegno di uomini evangelici, di amore appassionato senza riserve e senza critiche verso la Chiesa, di uomini che sappiano dare testimonianza di una povertà radicale, nella mansuetudine come strumenti della fratellanza universale e della pace⁽²¹⁾.

Un avvenimento del tutto particolare per l'Accademia fu la visita del Santo Padre, nel mese di maggio 1983. Nel dare notizia dell'avvenimento, «L'Osservatore Romano» così intitolava l'apposita cronaca: «Nella missione del sacerdote cattolico anche la diplomazia è apostolato». E infatti, nel discorso tenuto in tale occasione, il Papa

(19) PAOLO VI, Discorso alla Pontificia Accademia Ecclesiastica (6-III-1978): *Insegnamenti XVI* (1978), 191.

(20) GIOVANNI PAOLO II, Discorso alla Pontificia Accademia Ecclesiastica (17-III-1979): *Insegnamenti II* (1979), 670-671.

(21) Cfr. GIOVANNI PAOLO II, Discorso alla Pontificia Accademia Ecclesiastica (17-III-1980): *Insegnamenti III*, 1 (1980), 577-579.

segnalava che «la diplomazia ecclesiastica ha lo scopo, come ogni altro ministero sacerdotale, di estendere il Regno di Cristo, di servire la Chiesa e quindi il vero bene soprannaturale e terreno dell'uomo»⁽²²⁾. È l'uomo che costituisce il cammino della Chiesa e con ogni uomo di buona volontà essa vuole intraprendere un dialogo franco e sincero. Pensando alla natura del servizio della diplomazia pontificia, il Santo Padre ricordava la gigantesca figura del Pontefice Gregorio VII e sottolineava che, prima della sua elezione alla Cattedra di Pietro, egli aveva reso segnalati servizi ai Pontefici suoi predecessori con ambasciate presso popoli e sovrani per assecondare l'opera di riforma della Chiesa e di autonomia da poteri esterni, opera che il Pontefice continuò poi strenuamente una volta divenuto Papa⁽²³⁾.

In successive allocuzioni rivolte agli accademici, Giovanni Paolo II li invitava alla pratica di quelle virtù più necessarie e consone all'ufficio dei Rappresentanti Pontifici.

Nel gennaio 1984, il Santo Padre proponeva alcune considerazioni su una dote a cui deve tendere la formazione degli alunni dell'Accademia e che deve caratterizzare la loro personalità ed ispirare la loro futura missione e cioè il discernimento, che è appunto quella capacità di saper giudicare e interpretare la vita, le attività e le situazioni della Chiesa e del mondo alla luce di Cristo e del Vangelo. Per sviluppare il discernimento, proseguiva il Papa, occorre ben guardarsi dalla ricerca del prestigio, dall'ambizione della carriera, dall'interesse materiale, dall'apparire anziché dall'essere⁽²⁴⁾.

Un anno più tardi, il Papa rievocando l'amabile figura di Giovanni XXIII, invitava gli accademici a servire la Chiesa e il mondo nella libertà che è frutto dell'obbedienza, e segnalava che il delicato compito di rappresentare il Sommo Pontefice e la Santa Sede è una forma esigente di obbedienza, che non si può realizzare senza impegno, senza sacrificio e senza una progressiva maturazione spirituale⁽²⁵⁾.

(22) GIOVANNI PAOLO II, Discorso alla Pontificia Accademia Ecclesiastica (28-V-1983): *Insegnamenti* VI,1 (1983), 1387.

(23) Cfr. GIOVANNI PAOLO II, Discorso alla Pontificia Accademia Ecclesiastica (28-V-1983): *Insegnamenti* VI, 1 (1983), 1387-1388.

(24) Cfr. GIOVANNI PAOLO II, Discorso alla Pontificia Accademia Ecclesiastica (30-I-1984): *Insegnamenti* VII, 1 (1984), 200-203.

(25) Cfr. GIOVANNI PAOLO II, Discorso alla Pontificia Accademia Ecclesiastica (6-V-1985): *Insegnamenti* VIII, 1 (1985), 1205-1208.

In un'altra Udienza, accordata all'Accademia nel mese di giugno 1986, il Santo Padre, ribadendo il carattere innanzitutto ecclesiale della azione dei Suoi Rappresentanti, sottolineava che la medesima opera è un servizio agli uomini in quel campo particolarmente delicato che è l'attività diplomatica. « Un'attività che va intesa come fedele condivisione delle responsabilità apostoliche universali della Santa Sede nelle relazioni con gli Stati ed i poteri civili, collaborando per promuovere i grandi ideali della giustizia, della pace, della solidarietà, valori indispensabili per la piena tutela della dignità della persona umana »⁽²⁶⁾.

Negli anni più recenti è ormai prevalsa una maniera direi più intima di incontro con il Santo Padre, il quale benevolmente accoglie i Superiori e gli alunni dell'Accademia nella Sua Cappella privata e, dopo la concelebrazione della Santa Messa, si intrattiene con ognuno dei presenti.

III. *La Santa Sede e la pace.*

Sarebbe assai difficile, per non dire impossibile, nel corso di una conferenza come questa, descrivere i concreti e numerosi campi di azione della Santa Sede nei suoi rapporti con gli Stati e nella sua partecipazione nelle Organizzazioni internazionali.

Probabilmente possiamo tutti convenire che una delle priorità che caratterizza, nel momento in cui viviamo, l'attività diplomatica della Santa Sede è la sua azione, anzi la sua passione per la causa della pace, per la sua promozione, il suo mantenimento, il suo rafforzamento.

La Santa Sede desidera e si sforza per vivere in un pacifico rapporto con gli Stati, ardentemente vuole la pace interna delle Nazioni e la pace tra di esse e non cessa di adoperarsi in tale senso.

È a tutti voi ben nota la Mediazione svolta dalla Santa Sede tra le Repubbliche di Argentina e di Chile. In questo stesso Circolo di Roma, in occasione del decimo anniversario della morte del Cardinale Antonio Samoré, ebbi il privilegio e l'onore di tenere una Conferenza in proposito, nella quale, rilevando la coraggiosa decisione del Santo Padre di assumere il ruolo di Mediatore, sottolineavo l'a-

⁽²⁶⁾ GIOVANNI PAOLO II, Discorso alla Pontificia Accademia Ecclesiastica (2-VI-1986): *Insegnamenti* IX,1 (1986), 1744-1745.

zione saggia, ferma e paziente del Cardinale Samoré e la preziosa collaborazione offerta dagli allora Nunzi Apostolici in Chile e in Argentina, il Signore Cardinale Sodano e il Signore Cardinale Laghi.

Del resto conosciamo bene gli interventi posti dal Santo Padre e dalla Santa Sede a riguardo della guerra del golfo o di situazioni ancora più recenti come quelle della ex-Jugoslavia o di Rwanda, per citare solamente alcuni casi.

L'amore e la preoccupazione della Santa Sede nei riguardi della pace, amore sincero e senza riserve, obbedisce al suo amore verso l'uomo e alla sua fedeltà al Vangelo.

Forse alcuni di voi ricordate che qualche anno fa, il Cardinale Agostino Casaroli, allora Segretario di Stato, parlando su questo argomento ai Membri del Corpo Diplomatico accreditato presso la Santa Sede, affermava, tra l'altro, che la Santa Sede non si limita a proclamare dei principi, ad educare e a rivolgere inviti per la pace⁽²⁷⁾. Essa si impegna nell'opera di pace attraverso contatti diretti e personali del Santo Padre con i responsabili della vita internazionale, o ricorrendo agli abituali canali della diplomazia. Questa azione della Santa Sede, qualificata dal Cardinale intensa e infaticabile, che tenta di coprire l'insieme e i singoli problemi che sono in relazione con la pace, è tuttavia discreta e modesta. Discreta, diceva il Porporato, perché la Santa Sede rimane nella convinzione della grande efficacia dell'opera silenziosa e perseverante dei suoi Rappresentanti Diplomatici; modesta, poiché la stessa Santa Sede è ben cosciente dei limiti delle proprie possibilità. D'altra parte, essa è parimenti cosciente della sua alta autorità morale che gli è ampiamente riconosciuta anche da parte dei non cattolici e perfino dei non credenti. Inoltre, osservava il Cardinale Casaroli, la Santa Sede vede nella sua azione in favore della pace un valore in se stesso, non condizionato a considerazioni di altro genere, poiché essa non dimentica che il suo primo ed essenziale dovere è di natura religiosa ed ecclesiastica. Nei suoi rapporti con gli Stati e nelle altre sue attività, alla stessa Santa Sede preoccupa innanzitutto che sia garantita alla Chiesa e alla vita religiosa dei fedeli la dovuta libertà. Qualora non riuscisse, o non giungesse sufficientemente, in questo intento con qualche determinato governo, non per questo la Santa Sede si rifiuterebbe di

(27) Cfr. A. CASAROLI, *La Santa Sede e la Pace* (26-V-1971), in *Nella Chiesa per il mondo*, ed. Rusconi, 1987, p. 260.

mantenere con il medesimo un dialogo e una collaborazione che fossero in beneficio della pace. In questo caso, la prudenza non sarebbe mai troppa per evitare eventuali equivoci o erronee interpretazioni da parte dell'interlocutore o dell'opinione pubblica internazionale. Il Cardinale rilevava, infine, la particolare attenzione della Santa Sede per svolgere la sua opera di pace senza compromettere l'occorrenza imparzialità verso le parti eventualmente in conflitto⁽²⁸⁾.

Ciò non significa che la Santa Sede non si formi un suo proprio giudizio morale sulle singole situazioni. Esso però viene espresso agli interessati in maniera e in tempi opportuni proprio per rendere più efficaci gli interventi della Santa Sede.

Le situazioni di contrasto che spesso ancora oggi degenerano in conflitti armati sono purtroppo assai frequenti. Com'è ovvio la Santa Sede non può che incoraggiare e favorire la soluzione pacifica delle controversie. In questo campo, l'azione che è possibile svolgere, sia qui al centro, come nelle Rappresentanze Pontificie, non può seguire uno schema prefissato, atteso che le concrete circostanze sono assai varie e diverse. Tuttavia, vi sono alcuni criteri o priorità che illuminano l'opera di pace della Chiesa.

Innanzitutto, partendo dal semplice principio che, mentre sono in corso conversazioni e trattative, è sempre possibile evitare l'irreparabile, in ambito nazionale e internazionale, la Santa Sede incoraggia il dialogo e le negoziazioni. È superfluo osservare che il dialogo tra le Parti che si oppongono o potrebbero confrontarsi deve farsi in conformità alle norme del Diritto Internazionale. Tale dialogo, poi, presuppone la buona fede, la volontà di rispettare gli impegni presi e richiede inoltre un grande senso di responsabilità da parte di chi siede al tavolo del negoziato e dei loro mandanti.

In secondo luogo, e lasciando da parte la questione della legittima difesa, la Santa Sede si adopera al fine di ottenere che le Parti si astengano dalla minaccia o dall'uso della forza, le cui conseguenze sono sempre nefaste per le popolazioni civili, spesso indifese e contrarie alle azioni di forza.

Poiché la pace non è un dono che si raggiunge attraverso semplici desideri o dichiarazioni più o meno sincere, la Santa Sede vorrebbe favorire la promozione di una pedagogia della pace. La pace occorre crearla, anche e anzitutto quando essa è stata turbata e vi

(28) Cfr. A. CASAROLI, *op. cit.*, p. 261.

sono in corso dei conflitti armati, atteso che sfortunatamente gli uomini cedono con molta facilità alla logica della violenza e della vendetta.

Qualora le vie pacifiche fallissero e si giungesse allo scoppio del confronto armato, con gli orrori e le penose conseguenze che esso comporta — e di ciò abbiamo purtroppo esempi recenti e anche a noi vicini — il primo passo della Santa Sede sarebbe quello di chiedere ai contendenti di porre termine alle ostilità, di risparmiare le sofferenze alle popolazioni civili, di ritornare al tavolo delle trattative. Sfortunatamente è assai difficile fermare la spirale della violenza, quando questa prende il sopravvento e finora la Comunità Internazionale spesso non ricorre a dei criteri validi, o non sempre dispone dei mezzi necessari per fare recedere chi pretende di imporre le proprie ragioni con l'uso della forza. In ogni caso, la Santa Sede, esperta in umanità e ispirata da e a motivi superiori, non cessa di richiamare i popoli e gli individui al perdono e alla riconciliazione.

Mi auguro di avere assolto in qualche modo al compito richiestomi e di avere tracciato le grandi linee e i principi che informano la preparazione e l'opera dei Rappresentanti Pontifici. Infine, vi ringrazio ancora per la vostra pazienza e gentile attenzione.

GABRIEL MONTALVO

Pagina bianca

IN MEMORIAM STEPHAN KUTTNER.
A PROPÓSITO DEL «XTH INTERNATIONAL CONGRESS
OF MEDIEVAL CANON LAW» DE 1996
EN SYRACUSE (NEW YORK)

1. En la muerte de Stephan Kuttner. — 2. Cuarenta años de estudios sobre el Derecho Canónico Medieval. — 3. La ampliación temática del X Congreso. — 4. Una nueva conciencia sobre el *Ius commune*. — 5. Hacia una edición crítica del «Decreto» de Graciano. — 6. Las colecciones canónicas pre-gracianas. — 7. El derecho de familia: *acta et agenda*. — 8. Los proyectos futuros del *Institute of Medieval Canon Law*.

1. *En la muerte de Stephan Kuttner.*

Cuando el 16 de julio de 1992 el Prof. Peter Landau, como Presidente de la *Iuris Canonici Medii Aevi Consociatio* (= ICMAC) anunció que el Comité de Directores de esa asociación internacional había encargado al Prof. Kenneth Pennington (University of Syracuse, New York) la organización del Xth *International Congress of Medieval Canon Law*, quienes participamos entonces en la asamblea plenaria de la asociación nunca imaginamos la amplia dimensión y la importancia que llegaría a tener esa reunión científica, celebrada ya con indudable éxito en la Universidad de Syracuse entre los días 12 y 18 de agosto de 1996⁽¹⁾; pero en aquella jornada monacense no faltaban razones para conceder un significado especial al encuentro, entonces sólo proyectado, como continuación de la serie de *Congresos Internacionales* que desde 1958 organizaba el *Institute of Medieval Canon Law*.

La cronología misma, por ejemplo, invitaba a hacer balance: la cifra de diez congresos — a las puertas ya del tercer milenio

(¹) Vid. JOSÉ M. VIEJO-XIMÉNEZ, *La investigación sobre el Derecho canónico medieval: El 9th Congress of Medieval Canon Law, Munich 12 al 18 de julio de 1992*, *Ius Canonicum* 33 (1993) 737-754.

cristiano — aportaba la suficiente perspectiva como para sopesar los resultados de más de cuarenta años de investigación sobre la historia de las fuentes, las instituciones y la ciencia canónica de la Edad Media; por otra parte, el número y la calidad de los trabajos presentados durante el *IX Congreso* de Munich presagiaban nuevas y valiosas conclusiones sobre los proyectos en curso, impulsados ya por una nueva generación joven de estudiosos suficientemente maduros como para recoger el testigo de los grandes maestros. En fin, la cita americana se vislumbraba también como la consolidación definitiva del proceso de renovación iniciado en 1988 en las instituciones — y también en sus órganos directivos — que promueven y coordinan a nivel mundial esta investigación tan especializada.

Sin embargo, aunque esas y otras circunstancias realizaban *a priori* el encuentro de Syracuse, este *X Congreso Internacional de Derecho Canónico Medieval* será recordado siempre por coincidir, hasta en sus fechas, con la muerte del amigo común y maestro de todos: Stephan Kuttner (Bonn 1907- Berkeley 1996), el impulsor y promotor principal de la investigación histórica sobre esta parcela de la Ciencia jurídica en los últimos sesenta años, mentor y alma de estas reuniones cuadrianales. El martes 13 de agosto de 1996, Kenneth Pennington inauguraba estas sesiones en el auditorio del *College of Law* de la Universidad de Syracuse, ante los casi ciento sesenta congresistas reunidos de todo el mundo, con estas palabras: «Yesterday Stephan Kuttner has died at his home in Berkeley». Desde ese momento el *X Congreso* se convirtió en un espontáneo y emocionado homenaje al maestro, de recuerdo imborrable, cuya espiritual presencia se hacía sentir en todos los acontecimientos de las jornadas académicas: desde las sesiones ordinarias de trabajo, hasta el concierto de la *Schola Cantorum* de la Universidad, o la ceremonia en memoria de los miembros del ICMAC fallecidos desde 1992⁽²⁾. Como justo reconocimiento, aunque modesto, a la labor de toda una vida dedicada al estudio del Derecho canónico clásico, el 16 de agosto de 1996 se decidió por unanimidad ligar su nombre a la

(2) Gérard Fransen (Universidad de Lovaina), Anton J. de Groot (Universidad de Nijmegen), Michael M. Sheehan (*Pontifical Institute of Mediaeval Studies*, Toronto), John T. Gilchrist (Universidad de Trent, Ontario), Robert Louis Benson (Universidad de California, Los Angeles).

institución por él fundada, a partir de ahora denominada «*Stephan Kuttner*» *Institute of Medieval Canon Law*.

Estas líneas, que inicialmente se planearon como una crónica del X Congreso, desean contribuir también a realzar la memoria de quien ha sido maestro de varias generaciones de historiadores y de juristas, y cuyo nombre se inscribe para siempre, con letras mayúsculas, en la cultura occidental; me ha parecido oportuno, pues, recordar ahora uno de los aspectos más preciosos de su legado: el empeño por la renovación metodológica de los estudios histórico-canónicos y por la promoción institucional, coordinada internacionalmente, de ese movimiento de renovación científica. No intentaré hacer ninguna valoración crítica de tan monumental obra, que merece plumas más expertas que la mía, pues sólo el paso de los años contribuirá a destacar en su justa medida la contribución del llorado maestro; pero, con admiración y hondo respeto, tampoco debo eludir una mínima necrológica laudatoria.

La carrera académica del Prof. Kuttner se inicia en la Universidad de Berlín, donde obtuvo su primer doctorado en Derecho; hoy este dato biográfico es ya una anécdota, porque se cuentan por decenas sus doctorados «honoris causa» recibidos de las más prestigiosas Universidades de todo el mundo. En 1933 se traslada a Roma como profesor de la Universidad Lateranense; su exilio romano de Alemania no es ajeno a la persecución que tantos han padecido por su condición de judíos, y su inquietud por la elaboración de un *corpus glossarum et glossatorum* canónicos data ya de estos primeros años. En 1940 es nombrado profesor de Derecho canónico en la *Catholic University of America* de Washington, cargo que desempeñará hasta 1964; a partir de ese año ocupará la cátedra para estudios católicos de la Universidad de Yale (New Haven). Al concluir el año académico 1969-70 Kuttner acepta el ofrecimiento de la Universidad de California y se traslada a Berkeley como profesor ordinario de la *School of Law* — donde, con los años, será Profesor emérito — y como director de la *Robbins Collection*; en 1988 se retira definitivamente de ambos cargos, aunque continuará con su trabajo de investigación en Berkeley hasta el año 1994. Junto a esa extensa labor de magisterio, fecundo y generoso, el Prof. Kuttner aceptó importantes encargos en el servicio de la Iglesia Católica, donde fue recibido en 1940, como converso, poco antes de su llegada a Washington; baste recordar ahora su intensa participación en la Comisión para la reforma del Código de Derecho Canónico de 1917.

La obra científica de Stephan Kuttner constituye, hoy por hoy, el hito de obligada referencia para seguir los pasos del progreso alcanzado en el conocimiento riguroso del *Derecho canónico clásico*; a su abnegada dedicación se deben dos monografías, ya clásicas, cuya consulta habitual continúa siendo imprescindible para cualquier investigación que pretenda adentrarse en *el siglo de Graciano* (1140-1234), y los cuatro volúmenes que integran la edición crítica de la *Summa Coloniensis* de 1169, en colaboración con Gérard Fransen, nos quedan como un espléndido legado que instruye sobre la práctica de la metodología en este género de publicaciones⁽³⁾. Y, sin embargo, la labor del maestro de Berkeley no se reduce a la originalidad de sus incontables aportaciones científicas⁽⁴⁾, porque el eco de sus trabajos se multiplicó mediante la promoción de numerosas empresas en las que esa investigación histórica acabó recibiendo un impulso tan espectacular que no encuentra parangón en otras ramas de las Humanidades. Todas estas iniciativas estuvieron alentadas por una convicción clara y una nítida opción de método, a saber: el estudio crítico y la edición de fuentes, no como un fin en sí mismo, sino como un requisito previo para toda interpretación de la historia⁽⁵⁾.

(3) Cf. S. KUTTNER, *Kanonistische Schulldlehre von Gratian bis auf die Dekretalen Gregor IX. Systematisch auf Grund der handschriftlichen Quellen dargestellt* (Città del Vaticano 1935) y *Repertorium der Kanonistik (1140-1234). Prodromus Corporis Glossarum. I.* (Città del Vaticano 1937). Vid. también G. FRANSEN-S. KUTTNER, *Summa «Elegantius in iure diuino» seu Coloniensis*, MIC-A I.1-4 (Città del Vaticano 1969-1990).

(4) Sería materialmente imposible consignar ahora todos sus escritos científicos; la editorial *Variorum* ha recogido buena parte de su extensa bibliografía en cuatro volúmenes con *retractationes* finales: *Studies in the History of Medieval Canon Law* (Hampshire 1990), *The History of Ideas and Doctrines of Canon Law in the Middle Ages* (London 1990), *Medieval Councils, Decretals, and Collections of Canon Law* (Hampshire 1992) y *Gratian and the Schools of Law 1140-1234* (London 1983). Sobre esta última obra, que cuenta ya con una segunda reedición, vid. C. LARRAINZAR, *El siglo de Graciano (1140-1234). A propósito de una monografía de Stephan Kuttner*, *Ius Canonicum* 29 (1989) 725-733. Vid. además el utilísimo volumen S. KUTTNER, *Index titulorum Decretalium ex collectionibus tam privatis quam publicis conscriptus. Cura et studio Instituti Iuri Canonico Medii Aevii perquirendo* (Milano 1977) publicado por la Editorial Giuffrè en la serie «*Ius Romanum Medii Aevi. Subsidia II*».

(5) Cf. S. KUTTNER, *The Scientific Investigation of Medieval Canon Law: The Need and the Opportunity*, «*Speculum*» 24 (1949) 493-501 (= Gratian, o. c. nota 4, número I) donde justificaba esa tarea previa de filología jurídica: «The historian of medieval canon law is interested in texts first of all because they convey canonical doctrine; he will want to go beyond textual criticism and arrive at a classification of doctrinal positions, of me-

2. *Cuarenta años de estudios sobre el Derecho Canónico Medieval.*

Efectivamente, la persona de Stephan Kuttner está estrechamente ligada a todas las iniciativas y proyectos que han hecho posible el relanzamiento de los estudios sobre el Derecho canónico medieval en la segunda mitad de nuestro siglo⁽⁶⁾; entre ellos, se deben destacar ahora tres acontecimientos que están en el origen del nuevo impulso: 1) la conmemoración en Bolonia y Roma del VIII Centenario del Decreto de Graciano en 1952; 2) la fundación en Washington del *Institute of Research and Study in Medieval Canon Law* en 1955; 3) la organización del primer *Congrès de Droit Canonique Medieval*, celebrado en Lovaina - Bruselas en 1958.

En el mes de abril de 1952 se conmemoró el VIII Centenario del Decreto de Graciano con un encuentro internacional que reunió durante una semana, en Roma y en Bolonia, a un buen número de cultivadores de la Historia del Derecho. La primera resolución que contiene el acta definitiva del Congreso recoge cinco conclusiones, unánimemente aprobadas, que se refieren a los estudios sobre la historia de la canonística medieval; destaco ahora la tercera.

Puesto que la historia de las ideas y de las instituciones medievales — se dijo en aquella ocasión — que son el fundamento de la vida presente no se pueden estudiar sin un preciso y exacto conocimiento de las fuentes del derecho canónico clásico, el Congreso «considerando *a*) che le edizioni del Decreto e delle Decretali esistenti non corrispondono più, nonostante i loro grandi meriti, alle esigenze della scienza contemporanea; *b*) che una grandissima parte delle opere dei decretisti e dei decretalisti (*Summae, Glossae, Commenti, Quaestiones*, ecc.) è rimasta finora inedita, incarica il Comitato promotore (professori Kuttner, Le Bras, Forchielli) di provvedere coll'assistenza di un gruppo di consulenti di vari paesi (...) alla costituzione di un'organismo permanente per la realizzazione delle necessarie edizioni»⁽⁷⁾. La recuperación crítica de las fuentes

diaeval methods of inquiry, of literary influences and trends (...) Yet, all such aims of the historian will remain futile, given the present state of our source material».

(6) Para una visión crítica más amplia de los trabajos en este campo de la Ciencia canónica desde el siglo pasado hasta nuestros días, vid. S. KUTTNER, *Die mittelalterliche Kanonistik in der Forschung der letzten hundert Jahre*, ZRG Kan. Abt. 69 (1983) 1-14 (= *Studies*, o. c. nota 4, número IV).

(7) Vid. P. G. CARON, *In Margine al Congresso di Studi Canonistici per l'Ottavo*

aparece, pues, como la meta a la que se deberían dirigir todos los esfuerzos⁽⁸⁾; pero la magnitud de la tarea, y la necesidad de emprender ese camino con el más exigente rigor del método crítico, aconsejaron crear un foro internacional permanente para coordinar esos trabajos y asegurar además el respeto a unas mínimas pautas comunes de método.

Esta propuesta tuvo su eco de ejecución concreta en la creación del *Institute of Research and Study in Medieval Canon Law*, constituido en Washington D.C. en mayo de 1955 con la intención de servir « como un centro para promocionar y coordinar la investigación científica del derecho canónico medieval, en particular para preparar ediciones críticas de las obras de los decretistas y decretalistas medievales, junto con la nueva edición del *Decretum Gratiani* »⁽⁹⁾. La primera reunión de trabajo del Instituto tuvo lugar el 6 de septiembre de 1955 en la Biblioteca Apostólica Vaticana, con ocasión de la cele-

Centenario del «Decretum Gratiani», «Il Diritto ecclesiastico» 63 (1952) 545-563, donde la cita aparece en la p. 561. Las actas se publicaron posteriormente en *Studia Gratiana* 5 (1958): la crónica de esos días se redacta en pp. 51-94 y las sesiones se resumen en pp. 95-123; el congreso comenzó con una celebración académica en la que se confirió la *lauraea «ad honorem»* de la Universidad de Bolonia a los profesores Kuttner y Le Bras por la Facultad de Jurisprudencia y al profesor Landgraf por la Facultad de Filosofía.

(8) Al redactar la introducción a su monografía de 1935 sobre la doctrina penal canónica en la Edad Media, Stephan Kuttner afirmaba ya que «In der Geschichte der Strafrechtsdogmatik ist die Bedeutung des mittelalterlichen kanonischen Strafrechts bisher mehr geahnt als erforscht worden»; más adelante proponía una explicación de esta laguna: «Erst von der Zeit Gregors IX. ab liegt die Literatur des kanonischen Rechts in Drucken vor. Aber die Begründung der Wissenschaft des kanonischen Rechts erfolgte in der Zeit zwischen Gratian und Gregor IX». Cf. S. KUTTNER, *o. c.* nota 3, pp. v-vi.

(9) S. KUTTNER, *Institute of Research and Study in Medieval Canon Law. Bulletin for 1955. Presentation*, «Traditio» 11 (1955); el texto original de esas palabras de Stephan Kuttner dice: «The Institute of Research and Study in Medieval Canon Law, Inc. was founded in Washington D.C., in May 1955. It is an autonomus corporation, privately endowed, to serve as a center for promoting and coordinating the scientific investigation of medieval canon law and, in particular, the preparation of critical editions of the works of medieval decretists and decretalists, together with a new edition of the *Decretum Gratiani*» (p. 429). La cuarta resolución adoptada en la primera reunión de trabajo del Instituto se formuló en estos términos: «Directives for research methods and uniform technical standards for the edition of text will be worked out by the Institute in constant consultation with the international advisory board, corresponding members, and other scholars. In the common interest of all, each collaborator will not hesitate to conform with the final decisions reached in these matters» (p. 429).

bración en Roma del *Xth International Congress of Historical Sciences*. Para su primera «organización» se adoptaron un total de diez resoluciones y, en la cuarta, se formuló el propósito de que «el Instituto, en contacto permanente con su consejo internacional de asesores, con los miembros ordinarios y con otros especialistas de prestigio reconocido, elaborará las directrices generales sobre los métodos de investigación y también los protocolos estandarizados para la edición uniforme de textos»; por otra parte, los proyectos de investigación se centraban en cinco grandes campos, en cada uno de los cuales se fijaron ambiciosos objetivos.

Brevemente recordados, los temas de atención preferente fueron éstos: 1) Respecto del Decreto de Graciano, el propósito último de todos los trabajos sería la confección de una verdadera *edición crítica* ⁽¹⁰⁾; como primer paso se propuso la elaboración de un catálogo completo de los manuscritos que incluyera detalladas descripciones analíticas, según las líneas generales del trabajo iniciado por Jacqueline Rambaud y sus colaboradores sobre los manuscritos franceses ⁽¹¹⁾. 2) La edición de las *Abbreviationes* del Decreto, ya que este género de escritos canónicos posee un inestimable valor crítico respecto del texto de la *Concordia*; sin embargo, no se determinó la forma ni la extensión de este proyecto cara a la publicación de textos ⁽¹²⁾. 3) Respecto de las decretales y del *Liber Extra* singularmente, los proyectos del Instituto se centraron en las decretales de Inocencio III y las fuentes del *Liber Sextus*; en aquella ocasión se anunció la inmediata publicación de un *corpus* de textos y colecciones de decretales del siglo XII, resultado de los trabajos del Prof. Walter Holtzman. 4) Las obras de los decretistas y de los primeros decretalistas, los autores anteriores a Gregorio IX, cuyos escritos — *summae, dis-*

⁽¹⁰⁾ Las deficiencias de lo que algunos todavía denominan *edición crítica* del Decreto — la versión editada en el *Corpus Iuris Canonici* de E. Friedberg — fueron señaladas hace varios decenios por S. KUTTNER, *De Gratiani opere noviter edendo*, «Apollinaris» 21 (1948) 118-128.

⁽¹¹⁾ Vid. J. RAMBAUD-BUHOT, *L'étude des manuscrits du Décret de Gratien conservés en France*, SG 1 (1953) 119-145 y *Exemple de description de manuscrit*, «Bibliothèque de la Revue d'Histoire Ecclésiastique» 33 (1959) 49-63; vid. también su estudio *Les Legs de l'ancien droit: Gratien*, «Histoire du Droit et des Institutions de l'Église en Occident» VII (Paris 1965) 51-129.

⁽¹²⁾ Sobre el género vid. S. KUTTNER, *Repertorium der Kanonistik (1140-1234). Prodromus Corporis Glossarum. I.* (Città del Vaticano 1937) 257-271.

tincciones, brocarda, quaestiones redactae y summae quaestionum, y otros géneros — deberían ser objeto de ediciones críticas; en esta línea se consideró la posibilidad de editar los *apparatus* de glosas al Decreto de Graciano y a las *Compilationes antiquae*. 5) Por último, respecto de las colecciones canónicas del primer milenio, el Instituto fomentaría el estudio de las obras compuestas durante la centuria inmediatamente anterior a Graciano, pues sin su conocimiento sería imposible construir el «aparato de fuentes» de la nueva edición crítica del *Decretum* de Graciano.

Para coordinar a nivel internacional la investigación en estos campos de las ciencias histórico-jurídicas, además de sus normas internas de organización, el Instituto puso en marcha dos importantes instrumentos de trabajo. De un lado, el *Boletín anual* del Instituto donde su Director — Stephan Kuttner desde su fundación hasta el año 1992 — daba cuenta del gradual desarrollo de los proyectos en curso y también comunicaba, en forma de artículos breves, los resultados de las investigaciones realizadas⁽¹³⁾; de otro, las reuniones o *Congresos internacionales*, a celebrar con una periodicidad cuatrimestral.

El congreso de Lovaina-Bruselas inauguró la serie de estos encuentros internacionales, que desde entonces se han celebrado con regularidad, alternando sus sedes entre los continentes americano y europeo. En el *Avant-Propos* que introduce la publicación de las actas del *I Congreso Internacional de Derecho canónico medieval* (Lovaina-Bruselas, julio de 1958), por ejemplo, Stephan Kuttner, Henri Wagnon y Gérard Fransen, señalaban que el volumen «presenta un panorama completo del estado de las investigaciones y de los trabajos en la hora presente»; al mismo tiempo manifiestan su deseo de que contribuya a «proporcionar materias de reflexión sobre los aspectos del método aún no del todo perfilados y contribuir así a la elaboración de unas normas constructivas»⁽¹⁴⁾. De hecho, a lo largo

⁽¹³⁾ El *Boletín* del IMCL se publicó inicialmente como un apéndice de la revista *Traditio* de 1955 a 1970 (= *Traditio* nn. 11-26); coincidiendo luego con el traslado del *Institute of Medieval Canon Law* a California, apareció como publicación independiente bajo el título *Bulletin of Medieval Canon Law. New Series* (Berkeley 1970-1992).

⁽¹⁴⁾ Vid. *Actes du Congrès de Droit Canonique Médiéval. Louvain et Bruxelles, 22-26 Juillet 1958*, «Bibliothèque de la Revue d'Histoire Ecclésiastique» 33 (1959), donde el *Avant-Propos* aparece fuera de numeración; las frases consignadas dicen literalmente: «présente un panorama complet de l'état des recherches et des travaux à l'heure pré-

de esas jornadas, se discutieron todos los proyectos que animaban el impulso del Instituto⁽¹⁵⁾ y se trazaron en esbozo las primeras orientaciones metodológicas para la edición de las obras de los decretistas y de los primeros decretalistas⁽¹⁶⁾.

En su alocución a los congresistas, Stephan Kuttner insistió una vez más en lo que ha sido su empeño fundamental: el trabajo crítico sobre las fuentes; el paso del tiempo no ha restado fuerza ni sentido a la elocuencia de sus palabras: «¿Es necesario que añada que, si ponemos el énfasis en el estudio y en la edición de textos, es porque no ignoramos que esta tarea es el único camino que conduce al conocimiento de la sustancia del derecho canónico medieval? (...) precisamente porque queremos penetrar en la sustancia, comprender el desarrollo de la doctrina canónica, sus mutuas relaciones con el Derecho romano y todos los particularismos que surgieron en la práctica cotidiana de la Iglesia, tanto a nivel local como universal, nos damos cuenta de que antes es necesario desarrollar un arduo y preciso trabajo de filología jurídica».

sente»; y, más adelante: «fournir des sujets de réflexion sur les points de méthode non encore précisés et contribuer ainsi à la fixation de normes constructives».

⁽¹⁵⁾ Vid. por ejemplo los estudios de J. RAMBAUD-BUHOT, *L'Étude des Manuscrits du Décret de Gratien* (25-48); A. VETULANI, *L'origine des collections primitives de décrétales à la fin du XIIIe siècle* (64-72); J. RYAN, *Observations on the pre-Gratian canonical collections: Some recent work and present problems* (88-110); A. STICKLER, *Problemi di ricerca e di edizione per Ugucione da Pisa e nella decretistica classica* (111-128); G. FRANSEN, *Les Questions des Canonistes. Bilan provisoire et plan de travail* (129-136) y A. GARCÍA Y GARCÍA, *Los Comentarios de los canonistas a las Constituciones del Concilio IV de Letrán (1215)* (151-161). Las palabras de Stephan Kuttner que se recogen en el siguiente párrafo del texto principal dicen literalmente: «Need I add that, in placing the emphasis of this gathering on the study and edition of texts, we do not ignore that the edition of texts is only the gateway to a study of the medieval canon law itself in its substance? (...) just because we want to penetrate to the substance, to an understanding of the development of canonical doctrine, its interplay with Roman law, and all the particulars that grew out of the daily practice of the Church both on the local and the universal level, we realize that the hard and exacting work of juristic philology has to come first» (p. 4).

⁽¹⁶⁾ Cf. S. KUTTNER, *Notes on the Presentation of Text and Apparatus in Editing Works of the Decretists and Decretalists*, «Traditio» 15 (1959) 452-464, donde señala: «These notes have been prepared in compliance with a resolution taken in 1958 at the closing session of the Louvain Conference» (p. 452); las primeras orientaciones metodológicas de Kuttner se habían publicado como *Some Methodological Considerations*, «Traditio» 11 (1955) 435-439.

De 1958 hasta 1988 las intervenciones de Kuttner fueron el pódico de ocho encuentros internacionales — Boston (1963), Estrasburgo (1968), Toronto (1972), Salamanca (1976), Berkeley (1980), Cambridge U.K. (1984), San Diego (1988) y Munich (1992) — y su lectura todavía ofrece actualmente una orientación segura para los trabajos en curso. En 1984, por ejemplo, destacaba que todos los problemas de investigación planteados por los estudiosos de las últimas generaciones están conectados de un modo o de otro con la fijación de un texto de trabajo del Decreto que sea fiable; en consecuencia, el maestro actualizaba de nuevo el reto de preparar un texto crítico de la *Concordia* graciana «en donde el lector pueda distinguir los diversos estados en su redacción; pero un libro en el que se reconozca el texto tal como circuló y se llegó a estabilizar, desde la primera generación de decretistas hasta los comienzos del siglo XIII, cuando el comentario de la obra de Graciano cuajó en la *Glossa Ordinaria*»⁽¹⁷⁾. Su última intervención pública tuvo lugar el 13 de julio de 1992 en Munich durante la sesión de apertura del *IX Congreso Internacional*; sus palabras de entonces, breves pero emotivas, recordaron entrañablemente a los miembros fallecidos desde el congreso de San Diego, repasaron la labor del Instituto y contemplaron la panorámica de sus resultados.

¿Cuáles han sido los frutos de tanto empeño y de tantas iniciativas? Los estudios que siguen la senda trazada por Stephan Kuttner son muy variados, pero entre ellos evidentemente destaca el trabajo sobre los manuscritos del Decreto de Graciano y de los primeros decretistas del siglo XII; la identificación y descripción de los fondos jurídicos antiguos de las principales bibliotecas del mundo⁽¹⁸⁾ ha

(17) S. KUTTNER, *Research on Gratian: «Acta» and «agenda»*, MIC C-8 (1988) 3-26, donde el texto dice literalmente: «That edition, without attempting to reconstruct a hypothetical “original”, ought to produce a book, however, in which the reader could discern the stages of its making; a book, however, in which he could also recognize the text as it circulated and became standardized, from the first generation of decretists to the early thirteenth century when commenting on Gratian’s work coalesced in the *Glossa ordinaria*» (p. 26).

(18) Cf. J. RAMBAUD-BUHOT, o. c. nota 11; A. VETULANI, *Les manuscrits du Décret de Gratien et des oeuvres des Décretistes dans les Bibliothèques polonaises*, SG 1 (1953) 217-288; G. FRANSEN, *Manuscrits de Décretistes dans les Bibliothèques liégeoises*, SG 1 (1953) 289-302; L. GUIZARD, *Manuscrits du «Decretum Gratiani» conservé à l’Université de Paris, bibliothèques de la Sorbone et de Saint-Geneviève*, SG 3 (1955) 18-51; G. SCANO, *I manoscritti del Decreto di Graziano conservati nella Biblioteca Apostolica Vati-*

permitido, por ejemplo, avances insospechados hace apenas unos lustros y sin ellos no hubiera sido posible la magna obra de Weigand⁽¹⁹⁾, la conclusión de estudios tan sólidos como los de Titus Lenherr⁽²⁰⁾ o Enrique De León⁽²¹⁾, o las precisiones que busca Regula Gujer en sus estudios⁽²²⁾ y que cada vez nos acercan más al tan anhelado ideal de una *edición crítica de la Concordia* graciana. En el Congreso de Syracuse se ha cerrado tal vez una «primera fase» de tentativas, que en el fondo deberán ser reorientadas tras el sensacio-

cana, SG 7 (1959) 1-68; G. RABOTTI, *Elenco descrittivo dei codici del Decretum in Archivi e Biblioteche italiane e straniere*, SG 7 (1959) 69-124; F. EHEIM, *Die Handschriften des Decretum Gratiani in Österreich*, SG 7 (1959) 125-174; J. SYDOW, *Die Dekret-Handschriften der Bayerischen Staatsbibliothek in München*, SG 7 (1959) 175-232; H.L. PINK, *Decretum manuscripts in Cambridge University*, SG 7 (1959) 233-250; J. KEJR, *Les manuscrits du Decret de Gratien dans les Bibliothèques Tchécoslovaques*, SG 8 (1962) 1-114; y A. GARCÍA Y GARCÍA, *Los manuscritos del Decreto de Graciano en las Bibliotecas y Archivos de España*, SG 8 (1962) 159-194. Vid. también las obras coordinadas por S. KUTTNER, *A Catalogue of Canon and Roman Law Manuscripts in the Vatican Library I* (Città del Vaticano 1986) y *A Catalogue of Canon and Roman Law Manuscripts in the Vatican Library II* (Città del Vaticano 1987); y C. VAN WIJBERGEN - H. ZAPP, *Verzeichnis kanonistischer Handschriften in den Niederlanden* (Würzburg 1988).

(19) Cf. R. WEIGAND, *Die Glossen zum Dekret Gratians. Studien zu den frühen Glossen und Glossenkompositionen. Teil I und II*, SG 25 (1991) y *Teil III und IV*, SG 26 (1991) y sus numerosos trabajos sobre manuscritos reseñados en pp. 1004-1008; vid. también su *Die Dekretabbreviatio «Quoniam egestas» und ihre Glossen*, «Fides et Iura. Festschrift für G. May zum 65. Geburtstag» (Regensburg 1991) 249-266.

(20) Vid. la monografía T. LENHERR, *Die Exkommunikations- und Depositionsgewalt der Häretiker bei Gratian und den Dekretisten bis zum Glossa Ordinaria des Johannes Teutonicus* (München 1987), y sus estudios: *Feblende «Paleae» als Zeichen eines überlieferungsgeschichtlich jüngeren Datum von Dekret-Handschriften*, AKKR 151 (1982) 495-507; *Arbeiten mit Gratians Dekret*, AKKR 151 (1982) 140-166 y *Die Summarien zu den Texten des 2. Laterankonzils von 1139 in Gratians Dekret*, AKKR 150 (1981) 528-551.

(21) Vid. E. DE LEÓN, *La «cognatio spiritualis» según Graciano* (Milano 1996); en pp. 134-168 presenta una edición del «texto de trabajo» para la C.30 qq. 1, 3 y 4, precedida de una discusión sobre *Los manuscritos básicos para la edición* (pp. 114-126) y una valoración de *Los principios críticos para la fijación del texto* (pp. 127-133). Aparte otras consideraciones, me parece un gran acierto la solución adoptada para la presentación formal del texto; el diseño tipográfico no es una cuestión menor cuando se debe transmitir tanta información en tan poco espacio.

(22) Vid. el estudio de R. GUJER, *Zur Überlieferung des Decretum Gratiani*, cuyo borrador fue entregado a los participantes en el IX Congreso de 1992; la compleja problemática de la tradición manuscrita de la *Concordia* graciana se considera ahí, referida a la D.16, para formular unos principios plenamente válidos en la fijación de un *texto de trabajo* seguro y de esta manera iniciar la tan deseada «edición crítica» de la obra.

nal descubrimiento de la «primera recensión» del Decreto — esto es, el Decreto *original* de Graciano — comunicado por Anders Winroth; sobre el asunto volveré más adelante, por su importancia.

Pero la investigación sobre las fuentes se ha extendido también a otras etapas de la historia del Derecho canónico; el interés mismo por la obra de Graciano ha fomentado estudios críticos sobre las colecciones canónicas del primer milenio en cuanto fuentes de la *Concordia* ⁽²³⁾, un aspecto de los estudios gracianos donde la contribución de Peter Landau es el punto de encuentro de todas las hipótesis y de las nuevas aportaciones ⁽²⁴⁾. Por otra parte, el análisis de los textos de la *época clásica* se viene completando con el estudio de las colecciones de decretales de finales del siglo XII y de cuantos fragmentos llegaron a formar parte del *Corpus Iuris Canonici* ⁽²⁵⁾.

En fin, este movimiento de reconstrucción científica de las fuentes documentales, cuyo principal motor sin duda alguna ha sido Stephan Kuttner, permite ya la elaboración de trabajos monográficos, de innegable calidad, que superan todo apriorismo hipotético, ideológico o convencional, porque se centran en la interpretación segura de la historia a partir de una estricta valoración filológica de las fuentes manuscritas. La temática de estos trabajos es enormemente variada pues, mientras unos se centran en la descripción de alguna

⁽²³⁾ Vid. H. HOFFMANN - R. POKORNY, *Das Dekret des Bischofs Burchard von Worms. Textstufen. Frühe Verbreitung. Vorlagen* (München 1991), J. MÜLLER, *Untersuchungen zur Collectio Duodecim Partium* (Ebelsbach 1989), U. HORST, *Die Kanonesammlung Polycarpus des Gregor von S. Grisogono. Quellen und Tendenzen*, MGH Hilfsmittel 5 (München 1980), H. MORDEK, *Kirchenrecht und Reform. Die Collectio Verus Gallica* (Berlin - New York 1975), H. FUHRMANN, *Einfluss und Verbreitung der pseudoisidorischen Fälschungen. Von ihrem Auftauchen bis in die neuere Zeit*, MGH Schriften 24.1-3 (Stuttgart 1972-1974) y G. PICASSO, *Collezioni canoniche milanesi del secolo XII* (Milano 1969).

⁽²⁴⁾ Cf. los estudios de P. LANDAU, *Neue Forschungen zu vorgratianischen Kanonesammlungen und den Quellen des gratianischen Dekrets*, «Ius Commune» 11 (1984) 1-29; *Gratian (von Bologna)*, TRE 14 (1985) 124-130; *Quellen und Bedeutung des gratianischen Dekrets*, SDHI 52 (1986) 218-235 y *Gratians Arbeitsplan*, «Iuri Canonici Promovendo. Festschrift für Heribert Schmitz zum 65. Geburtstag» (Regensburg 1994) 691-707.

⁽²⁵⁾ Vid. R. SOMERVILLE, *Papacy, councils and canon law in the XIth-XIIth centuries* (Hampshire 1990), W. HOLTZMANN - CH. DUGGAN, *Decretales ineditae saeculi XII* (Città del Vaticano 1982) y *Studies in the collections of twelfth century decretals* (Città del Vaticano 1979); también C.R. CHENEY, *The Papacy and England in the XIIIth-XIVth centuries* (London 1982).

institución canónica particular o del *ius commune*, otros consideran las mutuas influencias entre Derecho, moral y teología, como también son numerosas las obras que describen los conflictos y las relaciones entre el poder temporal y el poder espiritual en las diversas etapas de la historia occidental⁽²⁶⁾. En cierto modo la variedad y pluralidad de ponencias y comunicaciones presentadas al X Congreso de Syracuse es una buena muestra de esa dinámica de enriquecimiento de los estudios medievales, suscitada por el maestro común; no es mi intención ofrecer ahora un resumen completo de todas ellas, porque alargaría en exceso estas líneas, pero a continuación intentaré transmitir la panorámica general de esta reciente convención científica, subrayando los trabajos que probablemente son de interés común para los lectores de esta revista.

3. *La ampliación temática del X Congreso.*

El programa definitivo del congreso quedó articulado en torno a nueve argumentos: 1) *Ius commune*; 2) *The Papal Revolution in Law*; 3) *Marriage, Children and Family*; 4) *Textual Traditions and medieval Canon Law*; 5) *Pope Innocent III*; 6) *Custom and Law*; 7) *Rights in Medieval Law and Political Theory*; 8) *Criminal Procedure, Witchcraft and Social Control*; 9) *Canon Law and Modern Judicial Procedure*. Desde el punto de vista organizativo cada uno de estos temas generales se comentaron en las *plenary lectures*, que ocuparon las tres primeras horas de trabajo de los días 13, 14 y 15; luego se discutieron las demás ponencias y comunicaciones en dos grupos de cuatro sesiones, paralelas en cada jornada. El horario fue ciertamente intenso; tal vez el único reproche que se puede hacer a los organizadores es que no ordenaron las intervenciones según los núcleos temáticos, al menos en todos los casos, y a veces esto provocó la incompatibilidad entre temas análogos por razón de horarios simultáneos.

(26) Vid. O. CONDORELLI, *Clerici Peregrini* (Roma 1995), J.P. McINTYRE, *Customary Law in the Corpus Iuris Canonici* (San Francisco 1991), G. HARTMANN, *Der Bischof. Seine Wahl und Ernennung. Geschichte und Aktualität* (Graz-Wien-Köln-Styra 1990), G. MINNUCCI, *La capacità processuale della donna nel pensiero canonistico classico. I: Da Graziano a Ugucione da Pisa* (Milano 1989) y *II: Dalle scuole d'oltralpe a S. Raimundo di Pennaforte* (Milano 1994); vid. también H. MÜLLER, *Der Anteil der Laien an der Bischofswahl* (Amsterdam 1977).

El panorama de cuestiones tratadas fue amplísimo: asuntos directamente relacionados con las líneas de investigación específicas del *Institute of Medieval Canon Law*, otros numerosos temas que ya fueron objeto de discusión en los congresos precedentes⁽²⁷⁾, y en general una nueva gama de problemas que efectivamente conllevarían una ampliación temática y cronológica de estos congresos, pues ya ni todos los asuntos tenían relación exclusiva con el Derecho canónico ni tampoco todos quedaron circunscritos a la Edad Media. Esta variedad de materia, el crecido número y la heterogénea procedencia nacional y académica de los participantes en este *X Congreso* fueron destacados por Kenneth Pennington, quien consideró entonces como objetivo común de los congresistas el rastrear las bases intelectuales e institucionales del «first European common law»; de hecho, los trabajos presentados comprenden numerosas áreas de estudio, cuyo objeto fue el derecho «enseñado en las Universidades y aplicado por los tribunales europeos entre los siglos XI y XVII»⁽²⁸⁾. En suma, el rótulo de este último congreso «de Derecho canónico medieval» no se corresponde ya con la amplia variedad de cuestiones discutidas, cuyo denominador común comienza a ser la preocupación por la ciencia del *utrumque ius*, ese *ius commune* donde el Derecho canónico aparece como uno de los pilares básicos en los que se

(27) Cf. S. KUTTNER - J. JOSEPH RYAN, *Proceedings of the Second International Congress of Medieval Canon Law. Boston College, 12-16 august 1963*, MIC C-2 (Città del Vaticano 1965); S. KUTTNER, *Proceedings of the Third International Congress of Medieval Canon Law. Strasbourg, 3-6 september 1968*, MIC C-3 (Città del Vaticano 1971); S. KUTTNER, *Proceedings of the Fourth International Congress of Medieval Canon Law. Toronto, 21-25 august 1972*, MIC C-4 (Città del Vaticano 1976); S. KUTTNER - K. PENNINGTON, *Proceedings of the Fifth International Congress of Medieval Canon Law. Salamanca, 21-25 september 1976*, MIC C-6 (Città del Vaticano 1980); S. KUTTNER - K. PENNINGTON, *Proceedings of the Sixth International Congress of Medieval Canon Law. Berkeley, California, 28 july - 2 august 1980*, MIC C-7 (Città del Vaticano 1985); P. LINEHAN, *Proceedings of the Seventh International Congress of Medieval Canon Law. Cambridge, 23-27 july 1984*, MIC C-8 (Città del Vaticano 1988) y S. CHORODOW, *Proceedings of the Eighth International Congress of Medieval Canon Law. San Diego, 21-27 august 1988*, MIC C-9 (Città del Vaticano 1992).

(28) Cf. *Syracuse University to host International Congress of Medieval Canon Law*, «Syracuse Record» 27.1 (22 julio 1996), donde Kenneth Pennington dice literalmente: «The work of the Congress will touch many areas of study. We are examining the law taught in the universities and practiced in the courts of Europe from the 11th to the 17th centuries» (p. 6).

asienta la cultura jurídica de la vieja Europa y también la formación misma de los juristas occidentales.

¿Cuáles son las razones del «nuevo» planteamiento de estos congresos «canónicos-medievales»? Personalmente pienso que es uno de los frutos, tácitos o silenciosos, de la obra promovida por Stephan Kuttner; el trabajo crítico sobre las fuentes ha permitido la elaboración de serios estudios que, por encima de apriorismos ideológicos, han demostrado que no pocos de los principios considerados como innovaciones de la ciencia jurídica del siglo XVIII tienen su origen en la reflexión sobre los textos canónicos del período clásico. Y estas conclusiones no han pasado inadvertidas a los estudiosos de la Historia del Derecho occidental, quienes cada día manifiestan mayor interés por los proyectos del Instituto y desde hace años participan habitualmente en sus foros científicos de debate. Los estudios sobre el Derecho canónico medieval, pues, no se han cerrado sobre sí mismos, en un círculo de cuestiones sectoriales; al contrario, han servido para que la multiseccular tradición canónica recupere el lugar que le corresponde en el campo de las ciencias humanas, cuando lo que interesa es — como ahora — comprender las claves de la civilización occidental⁽²⁹⁾.

Efectivamente, la impronta de la doctrina canónica se puede detectar en instituciones tan arraigadas de la cultura contemporánea como el concepto mismo de «derechos humanos»; en Syracuse quedó patente constancia del hecho. El Comité organizador del congreso encargó a Brian Tierney (Cornell University, Ithaca), por ejemplo, la redacción de una ponencia sobre *Rights in Medieval Law and Political Theory*, cuyo argumento central quedó planteado en estos términos: ¿cómo adquirió la noción de *ius naturale* el sentido de *derecho subjetivo natural*, fundamento del moderno concepto de los derechos humanos? En opinión de Tierney el origen de la noción se debe buscar en la ciencia jurídica del siglo XII, y su intervención destacó los momentos fundamentales en la formación teórica del concepto hasta la actualidad⁽³⁰⁾.

⁽²⁹⁾ En el Congreso de Lovaina Stephan Kuttner se dirigió a los participantes en estos términos: «in any effort at understanding the foundations of our civilization; at understanding the development of its laws and institutions in all their pluralistic variety, from the smallest social units to the international level; and above all, in any effort at finding the principles of a just and peaceful order, the study of the medieval canonical tradition must hold a significant place» (o. c. nota 14, p. 2).

⁽³⁰⁾ En su intervención Brian Tierney advirtió que utilizaría el material de su pró-

Desde luego, los canonistas medievales utilizaron a menudo la palabra *ius* para designar un poder subjetivo — facultad, fuerza de actuación — de la persona. Cuando Guillermo Ockham desarrolla la idea de *derecho natural* en el ámbito de la ciencia política, sorprende la abundancia de materiales canónicos que aparecen en sus escritos. Alrededor del 1400, Gerson escribió sobre los derechos individuales de los cristianos y explicó la naturaleza de la Iglesia como una comunidad orgánica. La doctrina de los derechos naturales era ya tradicional en 1500, pero las controversias intelectuales sobre el derecho de propiedad ahogaron el asunto en un juego de palabras; sin embargo, los graves problemas que planteó el descubrimiento de América sirvieron para reavivar la tradición de los derechos naturales. La tradición medieval continúa, pues, sin solución de continuidad en las obras de Suárez y de Grocio, cuando ambos utilizan una definición subjetiva de *ius*; es decir, Suárez y Grocio no inventaron la teoría moderna de los derechos naturales: sólo demostraron cómo las viejas ideas podían ser aplicadas a las nuevas circunstancias.

En fin, para el Prof. Tierney una mirada a la historia del pensamiento jurídico occidental puede ayudar a salvar los desacuerdos, radicales a veces, sobre el concepto de *derecho*; además sirve para valorar críticamente las modernas objeciones de las que es objeto: desde el relativismo cultural, para el que no existen normas o derechos comunes a todos los pueblos, hasta el comunitarismo crítico que ve en el concepto de derecho subjetivo una exaltación del individualismo⁽³¹⁾. Realmente su discurso fue premiado con los aplausos

ximo libro *The Idea of Natural Rights. Studies on Natural Rights, Natural Law and Church Law, 1150-1625* (Atlanta 1997) Ed. Scholar's Peter; en todo caso vid. también su monografía *Religion, Law, and the Growth of Constitutional Thought, 1150-1650* (Cambridge, Mass. 1982).

(31) La relación de ponencias conectadas básicamente con el tema es: L. DUGGAN (University of Delaware), *The Clergy's Right to Bear Arms*; B. MCMANUS (Sunny-Oneonta, New York), *The Quarter-Subvention of «funeralia» and «relicta» to the Friars established by «Super cathedram» in the Fourteenth-Century Jurisprudence*; T.E. MORRISSEY (Sunny-Fredonia, New York), *Natural Rights, Natural Law and the Canonist Franciscus Zabarella 1360-1417*; F.S. PAXTON (Connecticut College, New London), «*Oblationes defunctorum*»: *The Poor and the Dead in Early Medieval Canon Law*; M. SANZ GONZÁLEZ (Universidad Pontificia de Salamanca), *El derecho canónico y la participación de los clérigos en las cruzadas*; J.W. STIEBER (Smith College, Northampton), *The Judicial and Financial Privileges of the Members of the Council of Basel and their «Rights» under*

más intensos y afectuosos que se oyeron en todas las sesiones de Syracuse.

Por otra parte, suele ser una afirmación común en la historiografía contemporánea que la disciplina canónica medieval influyó decisivamente en la configuración de las instituciones más características del Derecho procesal y del Derecho penal. El programa del congreso preveía dos «lecciones plenarias» sobre estas cuestiones: primera, la ponencia de Edward Peters (University of Pennsylvania), *Criminal Procedure, Witchcraft and Social Control*, que sirvió de pórtico a los distintos trabajos que analizaron aspectos del derecho penal⁽³²⁾; segunda, la intervención de Knut Wolfgang Knörr, bajo el título *Canon Law and Modern Judicial Procedure*⁽³³⁾, quien por desgracia no pudo participar finalmente en la reunión de Syracuse.

Pero sin duda la tradición canónica se proyectó con mayor fuerza sobre los acontecimientos que conformaron el orden político

the «*Modus procedendi*» y S.G. SWANSON (Butler University), *The Right to Subsistence in the Twelfth and Thirteenth Centuries*.

(32) Las ponencias relacionadas con este tema son: B. BOLTON (University of London), *A Case of Fraudulent Identity at the Turn of the Twelfth Century: Palmerius of Perugia, an Earlier Martin Guerre?*; N. LONZA (Zagreb), *Criminal Procedure in Medieval Dubrovnik*; E. MONTANOS FERRÍN (Universidad de La Coruña), *Maleficium de die et maleficium de nocte*; G. MOULE (University of Wisconsin), *Jurisdiction and Criminal Procedure in the Censure of Academic Heresy at Paris: The Contribution of Corporate Theory*; W. MÜLLER (Universität Augsburg), *Canon Law versus Common Law: The Case of Abortion in late Medieval England*; F. RUSSELL (Rutgers University-Newark), *Religious Coercion in Augustine and Gratian*; H.J. SCHMIDT (Universität Gießen), *Die Provinz des Inquisitors: Ketzerinquisition und territoriale Herrschaft*; G. SPECIALE (Universidad de Catania), *Fures, latrones publici, decocti fraudulentii: Il confugium per i falliti da Innocenzo III a Gregorio XIV*; L. STERN, *A Comparison between Gian Pietro Ferrari's Roman Law «Practica» and Lorenzo Priori Venetian «Prattica»* y T. VANN (St. John's University), *Private Murders and Public Retribution: Castilian Foral Law and the Blood Feud*.

(33) Cf. los estudios presentados por: A. MURRAY (University of Toronto), «*Pax et disciplina*»: *Roman Public Law and the Frankish State*; H. MÜLLER (Bornheim), *Benefizienversprechen normannischer Arbeiten in Prozessen vor päpstlichen Delegaten (12.-Anfang 13. Jahrhundert)*; R. PUZA, *Der Beitrag der Konzilscongregation zur Entwicklung des kirchlichen Prozessrechtes*; J. SAYERS (University College, London), *How Far Did Judges Delegate Make Law?*; D. STAROSTINE, *A Monastery in Court: The Case of St. Denis according to Merovingian Courts Records*; R. STOCKING (Southern Illinois University), *Isidore, the Third Council of Seville, and the Conciliar Procedure in Visigothic Spain* y N. TAYLOR (Harvard University), *Testamentary Publication and the Afterlife of Ancient Probate Procedure in Carolingian Septimania*.

medieval, como se demuestra en el complejo sistema de relaciones entre los dos poderes que gobernaron la Cristiandad; dentro de este campo del análisis histórico, de una forma u otra siempre presente en todos los congresos anteriores, el Comité científico del X Congreso seleccionó dos períodos decisivos en las transformaciones de Europa: la reforma gregoriana y el pontificado de Inocencio III. Respecto del primero, Rudolf Schieffer, actual Presidente de *Monumenta Germaniae Historica*, criticó con fundamento los argumentos que en la conocida obra de Harold Berman pretenden describir la transición del siglo XI al siglo XII como una verdadera «revolución papal»⁽³⁴⁾; en su ponencia titulada *The Papal Revolution in Law*⁽³⁵⁾ advirtió que sólo una interpretación unilateral de las fuentes y, en ocasiones, vacía — estos fueron términos empleados por Schieffer en su crítica a Berman — permite equiparar la querrela de las investiduras y la reforma gregoriana con las grandes revoluciones de la historia de la humanidad, esto es: la rebelión inglesa de 1640, las revoluciones americana y francesa de finales del siglo XVIII y la revolución rusa de octubre a comienzos del siglo XX. Por su parte, Werner Maleczek (Universität Wien) desarrolló una interesante ponencia sobre el gran Pontífice de los siglos medios, *Pope Innocent III*; en el contexto de su intervención se insertaron numerosas comunicaciones sobre diversos aspectos de este pontificado (1198-1216): desde los principios que orientaron sus relaciones con los diversos Reinos cristianos, hasta el desarrollo del proceso inquisitorial, o el delicado

(34) Vid. H. BERMAN, *Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition* (Cambridge, Mass. 1983) que, entre otras afirmaciones, escribe: «The Western legal tradition has been transformed in the course of its history by six great revolutions» (p. 18) y una de ellas fue la *Papal Revolution* de 1075-1122, que «involved not only the creation of new forms of government but also new structures of social and economic relations, new structures of relations between church and state, and new structures of law, as well as new visions of the community, new perspectives on history, and new sets of universal values and beliefs» (p. 20).

(35) Las ponencias más directamente relacionadas con este tema son: K. CUSHING (University of Manchester), *Anselm of Lucca's Views on Papal Primacy*; J. DÖRRIG, *Am Anfang der päpstlichen Revolution des Rechts: Rechtsetzung und Selbstdarstellung der frühen Reformpäpste 1046-1085*; D. GIRGENSOHN (Max Planck Institut für Europäische Rechtsgeschichte), *Das Recht der Kirche gegenüber dem irrenden Papst: Juristisches und theologisches Doktrin im späteren Mittelalter* y J. LAUDAGE (Nettersheim), *Folgt sie den Spuren der Väter? Geschichte und Gegenwart auf den päpstlichen Reformkonzilien (1049-1123)*.

asunto del matrimonio de Felipe II Augusto con Ingeburg de Dinamarca⁽³⁶⁾.

4. *Una nueva conciencia sobre el «Ius commune».*

En la línea de esa reorientación temática de estos congresos medievales, no deja de ser significativo que la primera lección plenaria tuviera por tema el *Ius commune* y que el ponente fuese Manlio Bellomo, Profesor de la Universidad de Catania y Director de la *International School of «Ius commune»* de Erice (Sicilia). En su opinión el estudio riguroso de la cultura jurídica de la Edad Media y comienzos de la Edad Moderna proporciona los elementos de juicio necesarios para incoar la deseada renovación de la Ciencia jurídica europeo-continental de nuestros días⁽³⁷⁾, todavía lastrada por los efectos del movimiento codificador y la visión positivista; en concreto, su reflexión consideró dos aspectos del *ius commune* cuya experiencia se proyecta sobre los problemas actuales: primero, el modo en que las normas alcanzaban «juridicidad» dentro de aquel sistema europeo y, segundo, la actividad misma del jurista formado en el *utrumque ius*.

Bellomo caracterizó la actividad de los juristas medievales como un complejo proceso de *interpretación* en el que se conjugaban factores muy diversos que trascendían la mera *interpretatio iuris*; éstos fueron, entre otros, la reconstrucción del *factum* según los criterios selectivos propios del jurista, el conocimiento contextual de las leyes humanas y de los preceptos divinos, y la ponderación de la realidad a

(36) Vid. G. CONKLIN (Northwestern State University), «*Ludibrii fabula*»: *Pope Innocent III and the Marriage of Ingeborg of Denmark, Queen of France 1193-1223*; C. EGGER (Universität Wien), *Die Taufe bei Innocenz III. Theologische und kanonistische Probleme*; P. PIXTON (Brigham Young University), *Cardinal Bishop Conrad of Porto and the Implementation of Innocent III's Conciliar Decrees in Germany (1224-1226)*; C. ROUSSEAU (Providence College), *A Papal Matchmaker: Principle and Pragmatism during Innocent III's Pontificate*; I. RIEDEL-SPANGENBERGER (Universität Mainz), *Die Entwicklung des Inquisitionsverfahrens durch Papst Innozenz III. und ihre Bedeutung für das kirchliche Strafrecht* y H. WALTHER (Universität Jena), *Innocenz III. und die Bekämpfung der Ketzer im Kirchenstaat*.

(37) Vid. la obra de M. BELLOMO, *L'Europa del Diritto Comune* (Roma 1994), que ha sido traducida al inglés como *The Common Legal Past of Europe, 1000-1800* (Washington 1995) y más recientemente se ha publicado en español con el título de *La Europa del Derecho común* (Roma 1996) y una breve presentación de Emma Montanos Ferrín.

la luz de aquellos preceptos y de las Sagradas Escrituras. Considerando la naturaleza de las normas del sistema medieval, el Profesor de Catania criticó duramente la expresión *Kaiserrecht*, todavía presente en buena parte de la historiografía contemporánea, porque induce a pensar que la estructura mental del intérprete medieval venía determinada por la idea de que sólo la norma promulgada por el legislador alcanzaba rango jurídico y, por tanto, era la única digna de ser considerada como objeto de la *interpretatio iuris*; y esto es rigurosamente falso: tales ideas impiden comprender, por ejemplo, que el *Corpus Iuris Civilis* fuese considerado como un complejo de normas *vigente* después de seis siglos de abandono y olvido; y, en idéntica secuencia, que el Decreto de Graciano fuera «Derecho» sin que jamás hubiera sido «promulgado» por un legislador y sin que la mayor parte de sus *auctoritates* alcanzaran nunca el carácter de «ley».

Prácticamente la generalidad de los trabajos de este X Congreso se podrían ordenar en torno a esta primera lección plenaria — que tuvo su magistral complemento en la pronunciada por Anne Lefèbvre Teillard (Univesité «Panthéon-Assas» Paris II) *Custom and Law*⁽³⁸⁾ — porque todos los estudios se interesaron directa o indirectamente por algún aspecto del sistema jurídico-político que caracterizó la «Europa del Derecho común». Sin embargo, la presencia en el programa de asuntos más sectoriales revela un propósito claro del Comité científico del congreso: ofrecer otras perspectivas de acceso a la temática común; y éstas fueron el estudio de las fuentes y la consideración particular de la institución familiar. Brevemente, pues, comentaré ahora el contenido de aquellas comunicaciones que — a mi entender — están más directamente relacionadas con la noción del *ius commune* que con otras de las materias propuestas.

⁽³⁸⁾ Algunos aspectos de esa particular tensión entre «costumbre y derechos particulares» - «ley y *ius commune*» se consideraron en las ponencias: G. HAMZA, *Customary Law and Legal Developments in Medieval Hungary*; D. KAGAY (Albany State College), *The King's Right Must be Preferred to the Lord's: Sovereignty and Suzerainty in the Treatises of Pere Albert*; F. MICHAUD (University of Calgary), *Culture juridique orale et coutumière en pays de droit écrit: Marseille à la fin du XIIIe siècle*; H. PRYCE (University of Wales-Bangor), *Welsh Custom and Canon Law, 1150-1300*; N. USKOV (Universidad de Moscú), *Monastische Consuetudines und Kirchenrecht im 9.-11. Jahrhundert* y O. VERVAART (Utrecht), *Argumentations in Practice: Nicolaus Everardi (1462-1532) on Canon Law and Custom in the Low Countries*.

El derecho común fue ante todo un *droit savant* explicado en las Universidades europeas según unos *curricula* uniformes — por encima de particularismos y fronteras — que eran los mismos *libri legales*. La ponencia del Prof. E.C. Coppens (Universidad Católica de Nijmegen), presentada como *Teaching of Roman and Canon Law at the University of Paris in the First Quarter of the Thirteenth Century*, se refirió a la enseñanza de ese cuerpo doctrinal en la Universidad de la Sorbona durante el período anterior a la difusión de las *Decretales* gregorianas. Pero la influencia del «derecho culto» no quedó circunscrita a los claustros académicos, ni se proyectó exclusivamente sobre los aspectos socio-políticos del mundo medieval; en este sentido fueron muy ilustrativas las comunicaciones de Matthew Balensuela (De Pauw University) y de Timothy M. Thibodeau (Nazareth College, Rochester): mientras que el primero habló del *Law as an Intellectual Source for Music Theory in the Middle Ages and Renaissance*, el segundo consideró *The Influence of Canon Law on Liturgical Exposition c. 1100-1300*; se destacó, por ejemplo, cómo el tratado *Rationale divinatorum officiorum* — culmen de los escritos litúrgicos de la Edad Media — fue escrito por un canonista, Guillermo Durando (1230-1296), y además las glosas que conservan todos los manuscritos conocidos se elaboran básicamente con citas de textos de ambos *Corpus Iuris*. En fin, la influencia y eficacia del *derecho común* trasciende incluso el conflicto moderno sobre las convicciones religiosas; así se desprende al menos de la intervención de Johanna Will, titulada *Canonisches Recht und reformierte Konfessionalisierung im Kanton Bern im 16. Jahrhundert: Die «Sententiae. Ex Decretis Canonicis Collectae» des Berner Dekans Johannes Haller*, que analizó los motivos que llevaron a Johannes Haller (1523-1575) a componer un excerptum del Decreto de Graciano.

Entre los estudios que se centraron sobre la realidad del *ius commune*, cuatro ponentes consideraron la producción científica de alguno de los numerosos juristas medievales. En efecto, Timothy G. Sistrunk (California State University-Chico), bajo el título de «*Rector civitatis*» and the «*Ius commune*», disertó sobre la cuestión *Rector civitatis*, escrita en 1322 por Cino de Pistoia (1270-1336/7), con ocasión de una *disputatio* sobre la potestad del Rector de Siena para juzgar y castigar a una persona no sometida a su jurisdicción; el opúsculo ha merecido la atención de los historiadores modernos porque desarrolla la doctrina expuesta por Clemente V en la bula *Pastoralis cura*, a propósito de la controversia entre el emperador Enrique

VII y Roberto de Anjou, Rey de Nápoles. Por su parte, Joseph Canning (University of Wales-Bangor) examinó el lenguaje de los *Commentaria* de Baldo de Ubaldis a las Decretales sobre el ejercicio del poder, en su intervención titulada *Baldus' Commentary on the «Liber Extra Decretalium» as an Example of the «Ius commune» Approach*; en su opinión, el concepto canónico de *plenitudo potestatis* contribuyó decisivamente al desarrollo de la terminología sobre el poder en el lenguaje de la ciencia jurídica medieval. La comunicación titulada «*Pro concivium animarum salute comuni*»: Lorenzo Ridolfi *on the Public Debt of Florence* de Lawrin Armstrong (Simon Fraser University) resumió la doctrina del *Tractatus de usuris* de Lorenzo Ridolfi (1362-1443), a la luz del contexto socio-político que envuelve la ciudad de Florencia entre los años 1382 a 1434. Y tuvo un especial interés la intervención de Vincenzo Colli (Max Planck Institut für Europäische Rechtsgeschichte) cuando afirmó, al exponer su trabajo *New Light on the «Speculum iudiciale»*, que había descubierto un ejemplar «autógrafo» del *Speculum* de Guillermo Durando.

La ponencia de Giovanni Rossi *Teorie di canonisti per la definizione dello «ius feudi»* fue la primera de una serie de intervenciones cuyas materias eran los escritos canónicos de algunos comentadores del *Corpus Iuris*. En su conferencia titulada *Adam and Eve in Medieval Canon Law*, John Phillip Lomax (Ohio Northern University) puntualizó cómo los canonistas medievales utilizaron la referencia a la primera pareja humana para fundamentar importantes normas sociales, legales y sacramentales; Eva aparece en las discusiones sobre el *status* del hombre y de la mujer, mientras que la figura de Adán se invoca en la reflexión sobre los efectos del pecado original, la capacidad jurídica, la culpabilidad y los sacramentos. Por su parte, Pier V. Aimone (Misericorde Université, Friburgo) disertó sobre *Gratian, the Decretists and Astrology*; los escritos de Paucapalea, del maestro Rolando, Esteban de Tournai, Rufino, Simón de Bisignano así como de la *Glossa Ordinaria* al Decreto y las *Summae Coloniensis* y *Lipsiensis*, fueron el apoyo adecuado para su rigurosa exposición desde las fuentes manuscritas.

El género dialéctico de las *distinctiones* fue una de las técnicas más recurrentes empleadas por los autores medievales — en la Teología, el Derecho romano y el Derecho canónico — durante el siglo XII y su base teórica se debe buscar en la *Logica vetus*, esto es, en los escritos dialécticos atribuidos a Aristóteles y a Boecio. Respecto del Derecho canónico, y hablando de las «*Distinctiones*» in *Twelfth-*

Century Canon and Roman Law: The Transmission of a Technique from the « artes » to the Lerner Laws, Christoph H.F. Meyer (Universität Münster) distinguió tres etapas para describir el proceso de consolidación de este peculiar género científico-literario⁽³⁹⁾. En su opinión, con anterioridad a Graciano las *distinctiones* no jugaron un papel relevante si se compara con la actividad de quienes rubrican y sistematizan los textos jurídicos, pues durante el primer tercio del siglo XII la calidad de las « distinciones canónicas » estaba muy por debajo de las teológicas; a partir de la difusión de la *Concordia discordantium canonum* los canonistas inician un proceso de « puesta al día »: de un lado, las palabras *distinctio* y *distinguere* alcanzan un significado técnico en la obra de Graciano y, de otro, un buen número de *dicta* se construyen al modo de tales distinciones; según Meyer, el año 1180 señala el comienzo de una época dorada para las *distinctiones* canónicas.

En cierto modo, estas últimas consideraciones confirman las intuiciones de Stephahn Kuttner, que ya en su *Repertorium* intentó confeccionar un primer catálogo de distinciones canónicas, en cuanto género específico de escritos sobre el Decreto de Graciano⁽⁴⁰⁾; en ese grupo encuadraba las *Distinctiones carnotenses*, las *cantabrigienses*, las *palatinae*, las *monacenses*, las *oxonienses*, las *parisienses*, la *Summa Gallicana-Bambergensis* y las distinciones de Petrus Blesensis, de Ricardus Anglicus, así como el opúsculo que conserva los *fragmenta Londinensia*. En esta línea nos felicitamos por la comunicación de Rosalba Sorice (Universidad de Catania), que comentó las *Distinctiones Monacenses*, al tiempo que anunciaba la próxima aparición de su edición crítica; a su entender, esta obra pertenece al tipo de las *solutiones contrariorum* y utiliza como modelos las sumas de Rufino y de Esteban de Tournai, y la *Summa Parisiensis*.

En esta línea de trabajos sobre fuentes, también la ponencia de Péter Erdő *Grosse Synodalbüchern mitteleuropäischer Kirchenprovin-*

(39) La noción utilizada por Meyer se toma de E. SECKEL, *Distinctiones Glossatorum*, « Festschrift der Berliner Juristischen Fakultät für Ferdinand von Martitz » (Berlin 1911) 277; según Meyer: « This generic term is broken down to its specific terms which are found in the sources using contry attributes (distinguere) ».

(40) S. KUTTNER, *o. c.* nota 12, donde dice: « Wie in der Legistik, bildet in der Kanonistik die Glosse den Ausgangpunkt der Distinktionen und durchziehen Distinktionen das gesamte Schriftum der Dekretisten » (p. 209); a continuación comenta las diferencias entre las distinciones de los canonistas y de los legistas (pp. 209-211).

zen (*Gnesen, Prag, Salzburg*) valoró algunos *libros sinodales* de algunas regiones del centro y del este europeos; como compendios de cuestiones pastorales orientados a la cura de almas, estas obras habitualmente eran aprobadas por los sínodos particulares pero, cuando fueron recibidas en las distintas regiones eclesiásticas, se convirtieron ciertamente en una fuente de inspiración para escritos posteriores y desplegaron un amplio influjo en la vida social europea. Según Erdö, estos libros muestran a las regiones eclesiásticas del centro y del este europeos como *ecclesiae sui iuris* aunque sometidas a la disciplina de la Iglesia Católica latina; desde esta perspectiva, pues, se ilustró uno de los aspectos más singulares del sistema del *Ius commune*: la tensión entre los derechos locales particulares y el derecho universal. Por su parte, Orazio Condorelli (Universidad de Catania) disertó sobre *Ordinare - Iudicare: Note sulle potestà dei vescovi nella Chiesa antica e altomedievale (secoli V-IX)* acercándose a uno de los más complejos temas de la canonística y de la eclesiología contemporáneas, la relación entre las potestades de orden y jurisdicción.

Por último, la ponencia de Michael Hoeflich (University of Kansas), que disertó sobre *Charles Butler, Canon Law, and Nineteenth-Century English Scholarship on the «Ius Commune»*, aportó la singular perspectiva del interés por la realidad del *ius commune* «continental», en el mundo cultural anglosajón, ya que en realidad aquél es una prolongación adaptada de una común tradición jurídica compartida; ciertamente, cada día se percibe con mayor claridad que la unidad europea de nuestros días se asienta en una realidad cultural, más que política, cuyos contenidos emergen de la común experiencia histórica.

5. *Hacia una edición crítica del «Decreto» de Graciano.*

El profesor Antonio García y García (Universidad Pontificia de Salamanca) era uno de los pocos congresistas presentes en Syracuse que habían participado en todas las reuniones celebradas desde 1958; en esta ocasión su lección plenaria *Textual Traditions and Medieval Canon Law* introdujo los trabajos cuyo argumento central era el estudio crítico de alguna fuente canónica, esto es, el núcleo específico de los estudios que justificaron la creación del *Institute of Medieval Canon Law*. El encuentro de Syracuse era esperado en gran medida para valorar el sensacional descubrimiento de la «primera re-
censión» del Decreto de Graciano, comunicado por Anders Win-

roth (Columbia University, New York), con el título *The Two Recensions of Gratian's «Decretum»*. Vale la pena considerar despacio esa intervención, pues el joven discípulo de Robert Somerville puso en conocimiento de la comunidad científica internacional — precisamente a los pocos días de la muerte de Stephan Kuttner — este formidable hallazgo: los MSS Admont, *Stiftsbibliothek* 23 y 43 (Aa) ⁽⁴¹⁾, Barcelona, *Arxiu de la Corona d'Aragó*, Ripoll 78 (Bc) ⁽⁴²⁾ y Florencia, *Biblioteca Nazionale Centrale*, Conventi Soppressi A 1402 (Fd) ⁽⁴³⁾, contienen la «primera versión» del Decreto de Graciano, un texto sustancialmente más reducido que la *Concordia discordantium canonum* que conocemos.

Para demostrar esa tesis el investigador sueco siguió dos líneas de argumentación paralelas: de un lado, el análisis de lecturas en los tres manuscritos que resultan propias o particulares de la versión original y, de otro, el examen del orden en que Graciano usó sus fuentes formales y las secuencias en que incorporó *auctoritates* al *Decretum*. Según las comprobaciones de Winroth — los ejemplos que comentó en su relación oral se referían a la inscripción de la C.24 q.1 c.4 y al texto de C.11 q.3 c.50 — las lecturas de los tres mencionados manuscritos son más fieles a las «fuentes formales» de Graciano, las fuentes *inmediatas* en la terminología de Landau ⁽⁴⁴⁾, y a

⁽⁴¹⁾ Vid. R. WEIGAND, *o. c.* nota 19, pp. 662-663; H. SCHADT, *Die Darstellungen der Arbores Consanguinitatis und der Arbores Affinitatis, Bildschemata in juristischen Handschriften* (Tübingen 1982) pp. 149 y 153; W. STELZER, *Gelehrtes Recht in Österreich, von den Anfängen bis zum frühen 14. Jahrhundert* (Wien 1982) pp. 22-44, especialmente sobre Admont 43 fol. 198r-236v; F. EHEIM, *Die Handschriften des Decretum Gratiani in Österreich*, SG 7 (1959) 125-173, pp. 129 y 132 y S. KUTTNER, *o. c.* nota 12, p. 112.

⁽⁴²⁾ Vid. R. WEIGAND, *o. c.* nota 41, pp. 686-687; A. MELNIKAS, *The Corpus of the Miniatures in the Manuscripts of Decretum Gratiani*, SG 16-18 (1975) 6 ilustraciones; A. GARCIA, *Los manuscritos del Decreto de Graciano en las Bibliotecas y Archivos españoles*, SG 8 (1962) 159-193, especialmente p. 165; G. FRANSEN, *Manuscripts canoniques conservés en Espagne (II)*, RHE 49 (1954) 152-156, sobre todo p. 152; S. KUTTNER, *o. c.* nota 41, p. 114.

⁽⁴³⁾ Vid. R. WEIGAND, *o. c.* nota 41, pp. 748-752; W. HOLTZMANN, *Kanonistische Ergänzungen zur Italia Pontificia* (Tübingen 1959) pp. 192 y 196 y S. KUTTNER, *An Interim Checklist of Manuscripts (III)*, «Traditio» 13 (1957) 466-471, en especial p. 466.

⁽⁴⁴⁾ Cf. P. LANDAU, *Gratians Arbeitsplan*, «Iuri Canonici Promovendo. Festschrift für Heribert Schmitz zum 65. Geburtstag» (Regensburg 1994) 691-707, donde dice: «Danach muss man von einer relativ eng begrenzten Zahl der fontes formales (unmittelbaren Quellen) bei der Redaktion des Gratianischen Dekrets ausgehen» (p. 691).

la «tradición» de las colecciones canónicas del primer milenio, más que las lecturas de la generalidad de los manuscritos antiguos que contienen la «segunda recensión».

La segunda línea de reflexión aprovecha las hipótesis y los análisis de Titus Lenherr sobre el «proceso de redacción» del Decreto; Winroth examinó detenidamente el texto de la C.24 en los manuscritos Aa, Bc y Fd, y obtuvo interesantes resultados que arrojan mayor claridad sobre su tesis. En la «segunda recensión» del Decreto la Causa 24 contiene 91 cánones, de los que 16 derivan de la colección *Tripartita* de Ivo de Chartres y 29 de la *Colección en Tres Libros*; Winroth no encontró ninguno de éstos en Fd ni en Aa, y Bc carece del texto de esa Causa. Y, al contrario, los textos de la C.24 cuya fuente formal es la *Panormia* y el *Polycarpus* — 14 y 23 respectivamente — se recogen todos en los manuscritos de la «primera recensión»; en definitiva, el texto de la Causa 24 en los manuscritos de Admont y Florencia muestra cómo era el *Decretum* en su «estado original», antes de que al primer núcleo de *auctoritates* se añadieran — ¿el mismo Graciano?, ¿otros autores? — los textos provenientes de la *Colección en Tres Libros* y de la *Collectio Tripartita*.

¿Hasta qué punto este descubrimiento de la «primera recensión» altera «lo que se sabía» sobre el Decreto y su autor? Sin duda cambia nuestra percepción de las cosas; pero, como el texto más moderno que aparece en la «primera recensión» es del II Concilio de Letrán (1139) y como los primeros intérpretes de Graciano — Paucapalea entre ellos — usaron la «segunda recensión» al comienzo de los años cincuenta del siglo XII, Winroth opina que ambas recensiones debieron estar completas en el corto espacio de tiempo que media entre el año 1139 y el 1150⁽⁴⁵⁾. Para situar el Decreto en Bolonia Winroth llamó la atención sobre las epístolas de la C.2 relativas a la disputa entre Adelmus de Reggia Emilia y el arzobispo de Rávena: esos textos aparecen en la primera recensión y probablemente se copian de una colección de epístolas compuesta en la escuela boloñesa del *ars dictaminis*; el hecho de que Graciano acuda al mismo ejemplo no se puede considerar una mera coincidencia. Por último, hay más

⁽⁴⁵⁾ Sobre la fecha de composición del Decreto, además de los estudios de A. Vetulani y J. Rambaud citados en nota 47, vid. también: J. GAUDEMET, *Adam Vetulani et le Décret de Gratien*, RHD 69 (1990) 394-399; R. METZ, *La Date et la Composition du Décret de Gratien (A propos des travaux de M. A. Vetulani)*, RDC 7 (1957) 62-85 y G. FRANSEN, *La date du Décret de Gratien*, RHE 51 (1956) 521-531.

de un indicio para pensar que el autor de la «primera recensión» es distinto de quien adiciona complementos en la segunda⁽⁴⁶⁾; para Winroth son determinantes las bruscas interrupciones en el discurso de la obra original, alterando la sencillez y coherencia de los *dicta*, que tienen su causa precisamente en la posición en que se adicionan los nuevos materiales introducidos en la «segunda recensión».

La tesis de Winroth es el resultado de un trabajo sobre lugares bien seleccionados del Decreto y, por tanto, sólo el análisis completo de los tres manuscritos permitirá su aceptación definitiva; por otra parte, su relación de Syracuse no consideró otros aspectos de la tradición manuscrita, cuya valoración se debe integrar cuando se pretenden resolver los «enigmas» del *Decretum* de Graciano; en este sentido, por ejemplo, el estudio completo de las variantes textuales y de las fuentes formales de la «primera recensión» — que en definitiva conduciría a su edición crítica — se debe coordinar con el de las glosas, las *paleae* y las adiciones que puedan presentar los tres manuscritos Aa, Bc y Fd, en el contexto de los manuscritos más antiguos. Con todo, los datos que aporta esta comunicación confirman aspectos de las hipótesis de Adam Vetulani, Jacqueline Rambaud y del mismo Stephan Kuttner sobre la formación del *Decretum*⁽⁴⁷⁾; al mismo tiempo confirman con nuevas evidencias algunos análisis

(46) Sobre el autor del Decreto vid. los estudios de S. KUTTNER, *Gratien, canoniste du XIIe siècle*, DHGE 21 (1986) 1235-1239, P. LANDAU, *Gratian (von Bologna)*, TRE 14 (1985) 124-130, R. METZ, *Regard critique sur la personne de Gratien d'après les résultats des dernières recherches*, *Revue des Sciences Religieuses* 58 (1984) 64-76, C. MESINI, *Postille sulla biografia del «Magister Gratianus»*, *Apollinaris* 54 (1981) 509-537 y J. NOONAN, «*Gratian Slept Here*»: *The Changing Identity of the Father of the Systematic Study of Canon Law*, *Traditio* 35 (1979) 145-172. A pesar de su generalidad, continúan siendo sugerentes las reflexiones de S. KUTTNER, *Graziano. L'Uomo e l'Opera*, SG 1 (1953) 15-30, y *The Father of the Science of Canon Law*, *The Jurist* 1 (1941) 1-19.

(47) Cf. A. VETULANI, *Gratien et le droit romain*, RHD 24 (1946-1947) 11-49, *Les Nouvelles de Justinien dans le Décret*, RHD 15 (1936) 461-479 y 16 (1937) 674-692 y, además, *Encore un mot sur le droit romain dans le Décret de Gratien*, *Apollinaris* 16 (1948) 129-134; estos estudios se han recogido en la edición de Variorum de A. VETULANI, *Sur Gratien et les Décrétales* (London 1990) nn. III, II y IV. Vid. también los estudios de J. RAMBAUD-BUHOT, *Le «Corpus Iuris civilis» dans le Décret de Gratien d'après le manuscrit lat. nouv. acq. 1761 del BNP*, BEC 111 (1953) 54-64 y *Gratien et le Droit romain. Influence d'Ives de Chartres*, RHD 35 (1957) 290-300, y de S. KUTTNER, *New Studies on the Roman Law in Gratian's Decretum*, «Seminar» 11 (1953) 12-50 y *Additional Notes on the Roman Law in Gratian*, «Seminar» 12 (1954) 68-74, ambos publicados con *retractationes* en *Gratian, o. c.* nota 4, números IV y V.

de estos últimos años, sobre todo de Peter Landau, que intentaban aclarar el complejo proceso de su elaboración⁽⁴⁸⁾.

No obstante, la tesis de Winroth cuenta ya con el parecer favorable del Prof. Rudolf Weigand (Universität Würzburg), que indudablemente es el mejor conocedor de la tradición manuscrita del Decreto de Graciano; textualmente dijo en Syracuse: «Ich halte seine These, auch auf Grund eigener seitdem angestellten Forschungen, für ein gesichertes Ergebnis: In der drei Handschriften Aa, Bc, Fd, liegt nicht eine Dekretabbreviation vor, die zugleich zu einer Vollhandschrift erweitert wurde, sondern (im jeweiligen ersten Teil) die erste originäre Rezension des Dekrets, die sporadisch auch schon zum Gegenstand der beginnenden Glossierung wurde»; esto es, Weigand dice: «Considero su tesis — también sobre la base de algunas investigaciones que he realizado desde entonces — como un resultado seguro: en los tres manuscritos Aa, Bc, Fd, no se contiene una abreviación del Decreto que simultáneamente fue ampliada en un manuscrito completo, sino (en las respectivas primeras partes) la primera y original recensión del Decreto, que esporádicamente llegó a ser objeto del comienzo de la actividad glosadora». En definitiva, el maestro de Würzburg acepta la conclusión fundamental de Winroth en lo sustancial; además públicamente manifestó que, tras conocer el descubrimiento en noviembre de 1995, decidió cambiar el objeto de su intervención en el Congreso de Syracuse: lo que en los programas provisionales aparecía como «Algunos problemas a la vista de una edición crítica del Decreto de Graciano», se transformó en un título más optimista, *Chancen und Probleme einer baldigen kritischen Edition des Dekret Gratians*, pues — en su opinión — efectivamente los tiempos están ya maduros⁽⁴⁹⁾ para intentar la tan deseada edición crítica del Decreto de Graciano.

(48) Vid. P. LANDAU, *o. c.* nota 44, donde distingue tres series de textos en el Decreto: 1) los tomados de la *Tripartita* y la *Panormia* de Ivo; 2) los provenientes de la colección de Anselmo de Lucca; 3) aquellos recibidos de la *Colección en Tres Libros* y del *Polycarpus* de Gregorio de san Grisógono. En su opinión, cada una de estas series señala otros tantos momentos diversos en la tarea de incorporación de nuevos materiales.

(49) Cf. G. FRANSEN, *Introduction dans l'histoire des sources et de la littérature du droit canonique medieval cuyo texto se entregó a los congresistas del IX Congreso celebrado en 1992*; ya entonces decía Fransen: «Les études de Titus Lenherr étaient extrêmement prometteuses et il faudrait pouvoir les prolonger et les étendre. Une édition

En la primera parte de su intervención Rudolf Weigand aportó nuevos datos para corroborar la tesis de Winroth; sin ánimo de alargar este comentario, me referiré sólo a alguno de los más claros: el caso, por ejemplo, de las interrupciones en el discurso lógico de Graciano por la introducción de nuevas *auctoritates*. Así sucede en lugares como el *dictum* final de la actual D.6 p.c.3, que enlaza con la D.5 sin solución de continuidad, y en la D.25; aquí se aprecia en efecto otro « corte », pues la primera frase del *dictum* p.c.1 continúa mejor en el *dictum* p.c.3. Por otra parte, Weigand comentó la existencia de duplicaciones de textos en la « primera recensión » que fueron corregidas en la segunda; así en la C.11 q.1 Graciano toma de la Tripartita 2.28.30 un canon del sínodo de Agde por dos veces (c.17 y c.47), aunque con sumarios distintos, pero la mayor parte de los manuscritos de la « segunda recensión » eliminarán esa « palea - duplicación ».

Aparte de estos indicios en la actual versión del *Decretum* que avalan la existencia de una *primera recensión*, o bien los textos duplicados corregidos en la segunda, el maestro de Würzburg quiso destacar otros aspectos: 1) algunos textos propios de esa « primera recensión »; 2) las peculiaridades de los manuscritos del Decreto como resultado posterior de la « primera recensión »; 3) los problemas de la sistematización de los nuevos materiales incorporados en la « segunda recensión »; 4) la determinación de los textos auténticos de la « segunda recensión » considerando la gran variedad de particularidades de la tradición manuscrita. Y, en este contexto, subrayó también algunas variantes más tardías de la C.27 q.2 p.c.15 hasta c.17. En sus conclusiones, el Prof. Weigand propuso orientaciones bien concretas para las futuras ediciones de las dos recensiones del Decreto.

Ante todo, se debería realizar cuanto antes la edición crítica de la « primera recensión »; el manuscrito florentino (Fd) serviría como « manuscrito-base », mientras que Bc y Aa se podrían utilizar para corregir sus lagunas y errores. Respecto de las fuentes formales, cuya tradición manuscrita sería necesario contrastar, Weigand consideró la *Panormia* y el *Policarpus* como las principales fuentes de Graciano; pero añadió también la *Colección de Anselmo de Lucca* y la *Tripartita*, aunque advirtió que probablemente estas colecciones fueron utili-

critique du Décret serait-elle en vue? Pourquoi pas? N'est-elle pas le préalable de tout travail précis sur les sources?».

zadas con más intensidad en la «segunda recensión». Para la edición crítica de esta «segunda versión» del Decreto, Weigand piensa que bastaría una docena de manuscritos bien elegidos, aunque no especificó cuáles⁽⁵⁰⁾; en su opinión, en este caso no se podrá considerar un único manuscrito como «manuscrito-base», pues precisamente en los manuscritos más antiguos y más seguros es donde aparecen las «contaminaciones originales», según la terminología de Peitz, o donde los copistas han cometido más equivocaciones⁽⁵¹⁾. Obviamente el número de las fuentes formales a consultar se debería ampliar con la *Colección en Tres Libros*.

Aunque las valoraciones de Winroth y Weigand deberán ser objeto de nuevas verificaciones, sin duda marcan ya claramente las líneas generales del camino a recorrer para llegar a esa anhelada *edición crítica* del Decreto de Graciano; desde luego, el trabajo sobre la «primera recensión» no parece demasiado complejo. Ciertamente, los problemas están en la edición de la «segunda recensión» por la naturaleza de *texto vivo* que caracteriza a esa *Concordia*; la investigadora suiza Regula Gujer y el Prof. Carlos Larrainzar (Univer-

(50) Los autores que hasta hoy han intentado ofrecer *ediciones de trabajo* del Decreto, con el rigor que nos permite el estado actual de nuestros conocimientos críticos sobre la *Concordia*, son: a) Titus Lenherr, que seleccionó 14 manuscritos para la edición del texto de la C.24: Aa, Bi, Br, Hk, In, Ka, Kb, Mc, Me, Mm, Mk, Pf, Sa y Sb, según la terminología de Weigand. b) Regula Gujer que trabaja sobre 18 manuscritos para la edición de la D.16, esto es: los catorce de Lenherr con otros cuatro más: Cd, Mz, Pk y Tr; pero utiliza Pk como segundo «manuscrito-base» junto al Mk usado por Lenherr. c) Enrique De León, que ha publicado el texto de la C.30 q.1, 3 y 4 utilizando 20 manuscritos: los dieciocho de Gujer más Bm y Cg; sin embargo usa el manuscrito Pf como segundo «manuscrito-base». Y, después de estos estudios realizados siempre en relaciones con el maestro de Würzburg, ¿cuál es esa *docena* en que piensa Weigand?, ¿acaso no sería esto simplificar demasiado las cosas?; con tan reducidos elementos ¿es posible ofrecer la imagen del *texto vivo* que deseaba Kuttner?

(51) En su recensión al estudio monográfico *Die Exkommunikations- und Depositionsgewalt der Häretiker bei Gratian und den Dekretisten bis zum Glossa Ordinaria des Johannes Teutonicus* de T. LENHERR, publicada en AKKR 155 (1987) 646-652, Weigand valoró muy positivamente la selección de 14 manuscritos que el autor utilizó para editar su *texto de trabajo* de la C.24, pero igualmente lamentó el apeigamiento del autor a un único «manuscrito-base» por una incorrecta interpretación de los criterios metodológicos publicados en 1959; en este sentido vid. E. DE LEÓN, *o. c.* nota 21 donde dice: «en este caso Lenherr contaba con buenos manuscritos, del mismo valor, y podía realizar una *recensio mixta* sin mengua del rigor crítico, sobre todo en algunos casos concretos en que el mismo autor se percató de que la versión que ofrece Mk claramente no es la *versión original*» (p. 121).

sidad de La Laguna) consideraron aspectos de esta segunda tradición manuscrita del Decreto.

Con el título «*Concordia discordantium codicum manuscriptorum? Eine Untersuchung zur D.16 des Decretum Gratiani und zur Textentwicklung einiger ausgewählter Handschriften*», Gujer comentó los avances de sus estudios para la edición de la D.16 sobre la base de los 18 manuscritos seleccionados entre los manuscritos de la segunda mitad del siglo XII; para su agrupación por familias y la edición del texto, considera que puede ser muy útil distinguir tres conceptos: el estado de desarrollo del texto del Decreto, la forma de su literalidad y la calidad del mismo. Por su parte, el Prof. Larrainzar presentó una minuciosa descripción de uno de esos 18 códices, no utilizado por Lenherr, en su disertación *El manuscrito Cd (Cambridge, Mass. Harvard Law School Library MS 64) del Decreto de Graciano*, y según las pautas del método que hace años propuso Jacqueline Rambaud; comentó las peculiaridades del código de Harvard respecto del texto de Friedberg, identificó las paleas y valoró e identificó las *additiones* finales *extravagantes* del Decreto que cierran el código Cd.

Los datos obtenidos en ese cotejo con la *editio Lipsiensis* son de diverso tipo, pero entre ellos destaca la presencia en Cd de numerosas *ampliaciones* de texto, que no existen en la versión de Friedberg y que hacen *peculiar* al código en la transmisión de la *Concordia* durante el siglo XII; según Larrainzar, la valoración de las relaciones entre los manuscritos antiguos, precisamente en sus *aspectos peculiares*, aportaría una orientación precisa para la fijación del *stemma* de los manuscritos en la evolución *viva* del *Decretum* durante la segunda mitad del siglo XII, y esto no menos que la comprobación de similitudes textuales en la literalidad de los cánones, porque tales coincidencias no se pueden atribuir al azar. Las *paleas* y las adiciones *extravagantes* — las «pequeñas colecciones de decretales», según la expresión de Rambaud — tienen un importante papel en la determinación de esas correlaciones, sobre todo cuando sus textos contienen realmente una *integración docta* de la *Concordia* en conexión con los debates doctrinales de la incipiente Escuela de decretistas; tales datos permiten sopesar la antigüedad misma del texto transcrito en el código, más cuando sus adiciones acabarán integradas en el *corpus* canónico, bien como paleas del *Decretum* o bien como capítulos en las futuras colecciones de decretales nuevas. Estos manuscritos ofrecen en efecto un texto de las etapas más tempranas, porque se puede

suponer que en el momento de su transcripción todavía no se había consolidado la segunda fuente formal del derecho canónico clásico y así la copia pertenecería a un incipiente momento de la Escuela; el códice Cd de Harvard, contemplado desde la perspectiva de sus *additiones* finales, es justamente uno de estos casos.

En suma, el Prof. Larrainzar llamó la atención sobre la urgente necesidad de una descripción analítica de los códices antiguos del siglo XII para determinar sus *peculiaridades* y así estar pronto en condiciones de reconstruir el *proceso vivo* de su conexión o de su transmisión textual; la investigación paleográfica y filológica debería superar las limitaciones del método lachmanniano, y de los resultados que se puedan obtener según las sabias reglas de Paul Maas, integrando en el análisis el contexto histórico de los hechos, como Giorgio Pasquali sugirió hace tiempo. En este sentido, a efectos prácticos, sus propuestas coincidieron con la sugerencia final de Regula Gujer, quien también consideró imprescindible analizar en detalle todos los manuscritos del siglo XII para evitar elegir y utilizar como manuscritos principales los que en realidad, a pesar de su antigüedad, no desempeñaron un papel crucial en la tradición del texto. En definitiva, tras la reunión de Syracuse, parecen cumplirse las previsiones de Kuttner, quien en 1984 decía en la Universidad de Cambridge que el reto de proyectar la adecuada edición crítica del Decreto «debe quedar para la esforzada vanguardia de una generación más joven»⁽⁵²⁾.

6. *Las colecciones canónicas pre-gracianaeas.*

La renovación de los estudios sobre el Derecho canónico medieval alcanza también a las colecciones del «primer milenio» cristiano, una parcela de la historia de las fuentes canónicas donde resulta obligado mencionar la obra de otro de los grandes maestros desaparecidos en este último cuatrienio, Gérard Fransen⁽⁵³⁾. La preparación

(52) S. KUTTNER, *o. c.* nota 52, MIC C-8 (1988) 3-26, donde dice: «The challenge with the planning of such edition holds I must pass on to the task force of a younger generation» (p. 26); este trabajo se incluye también en el volumen *Studies*, *o. c.* nota 4, número V, con *retractationes* muy escasas.

(53) Cf. el estudio de A. GARCÍA Y GARCÍA, *Balance de la aportación científica de Gérard Fransen*, de próxima aparición en los números de la ZRG Kan. Abt.; en todo caso vid. los trabajos de G. FRANSEN, *Les Collections Canoniques*, «Typologie des sour-

del eventual *apparatus fontium* de la edición crítica de la *Concordia* graciana — término *ad quem* de las colecciones que transmitieron la antigua disciplina de la Iglesia — fue el motor y el motivo de las recientes investigaciones sobre este período, pero sus conclusiones han llevado además a un mejor conocimiento de otros aspectos de la tradición canónica pre-graciana; estos estudios han puesto de relieve, por ejemplo, las notables insuficiencias de las ediciones del Decreto de Burcardo de Worms⁽⁵⁴⁾, de las colecciones de Ivo de Chartres⁽⁵⁵⁾ o de Anselmo de Lucca⁽⁵⁶⁾, que hasta hace poco se venían utilizando sin especiales reservas. Y desde hace tiempo se espera con interés la publicación de otras ediciones críticas que se vienen preparando por diversos equipos de trabajo en el continente europeo; así sucede con la edición de la *Colección en Tres Libros* en la que trabaja Giuseppe Motta, con la edición del *Polycarpus* ultimada ya por los *Monumenta Germaniae Historica*, o con la edi-

ces du Moyen âge Occidental» 10 (Turnhout 1973) actualizado en 1985; *Principes d'édition des collections canoniques*, RHE 66 (1971) 125-136 y *Réflexions sur l'étude des collections canoniques à l'occasion de l'édition d'une lettre de Bruno de Segni, Studi Gregoriani* 9 (1972) 517-533 entre otros. Cf. también con H. FUHRMANN, *Reflections on the principles of editing texts: The Pseudo-Isidorian Decretals as an example*, BMCL 11 (1981) 1-7.

⁽⁵⁴⁾ G. FRANSEN-TH. KOLZIER, *Burchard von Worms, Decretorum Libri XX. Ergänzter Neudruck der Editio Princeps Köln 1548* (Aalen 1992) y G. FRANSEN, *Le Décret de Burchard de Worms. Valeur du texte de l'édition. Essai de classement des manuscrits*, ZRG Kan. Abt. 63 (1977) 1-20.

⁽⁵⁵⁾ Vid. B. BRASINGTON, *A note on Johannes Molinaeus, editor of Ivo of Chartres*, BMCL 20 (1990) 74-77; G. FRANSEN, *La tradition manuscrite de la Panormie d'Ives de Chartres*, BMCL 17 (1987) 91-95; P. LANDAU, *Das Dekret des Ivo von Chartres. Die handschriftliche Überlieferung im Vergleich zum Text in den Editionen des 16. und 17. Jahrhunderts*, ZRG Kan. Abt. 70 (1984) 1-44 y *Die Rubriken und Inschriften von Ivos Panormie. Die Ausgabe Sebastian Brants im Vergleich zur Löwener Edition des Melchior de Vosmédian un der Ausgabe von Migne*, BMCL 12 (1982) 31-49.

⁽⁵⁶⁾ Vid. G. MOTTA, *La redazione A «Aucta» della Collectio Anselmi Episcopi Lucensis*, «*Studia in honorem eminentissimi Cardinalis Alphonsi M. Stickler*» (Roma 1992) 375-449; G. FRANSEN, *Anselme de Lucques canoniste?*, «*Sant'Anselmo vescovo di Lucca (1073-1086) nel quadro delle trasformazioni sociali e della riforma ecclesiastica. Atti del Convegno internazionale di studio, Lucca 25-28 settembre 1986*» (Roma 1992) 143-155; P. LANDAU, *Erweiterte Fassungen der Kanonensammlung des Anselm von Lucca aus dem 12. Jahrhundert*, «*Sant'Anselmo, Mantova e la lotta per le investiture. Atti del convegno Mantova 1986*» (Bologna 1987) 323-338 y *Die Rezension C der Sammlung des Anselm von Lucca*, BMCL 16 (1986) 17-54.

ción de los dos últimos libros de la *Colección en Cinco Libros* que actualmente se prepara en el *Pontificio Ateneo della Santa Croce*.

En el Congreso de Syracuse, Martin Brett (Cambridge University, Robinson College) presentó un informe sobre el estado actual del proyecto cuyo objetivo es la edición de la *Colección Tripartita* de Ivo de Chartres; su ponencia, titulada *Textual Tradition of the «Tripartita»*, recordó los datos que enmarcan la importancia de esta colección: la *Tripartita* se conserva en 21 manuscritos — es decir, el número más elevado de copias respecto de cualquier otra colección entre Burcardo y Graciano, exceptuada la *Panormia* — de diferente proveniencia geográfica y es la principal fuente de un buen número de colecciones, entre ellas también el Decreto de Graciano; a continuación comentó los principales problemas que dificultan su definitiva edición.

La naturaleza de esta fuente es en sí misma problemática, pues comprende en realidad dos colecciones distintas: la *Tripartita A* (TrA) y la *Tripartita B* (TrB), según la terminología de Paul Fournier. La primera recoge en orden cronológico decretales del Papa Clemente hasta Urbano II (TrA, libro I) y cánones conciliares desde Nicea al tercer sínodo de Braga (TrA, libro II), y la fuente principal de ambas series es el *Pseudoisidoro*; la segunda es una colección sistemática de 29 títulos, cuyos materiales proceden del *Decretum* del mismo Ivo de Chartres. Por otra parte, la tradición manuscrita ha conservado dos versiones de la colección: *a*) La versión más antigua⁽⁵⁷⁾ se caracteriza por la ausencia o la brevedad de las rúbricas, la inexistencia de divisiones entre las diversas secciones, y también porque no presenta una numeración interna de los capítulos; además el orden de los cánones sigue fielmente el de sus fuentes formales. *b*) Al contrario, la segunda versión⁽⁵⁸⁾ presenta rúbricas completas y extensas, marca claramente la diferencia entre las diversas secciones y a me-

(57) Según Martin Brett se conserva en estos manuscritos: Alençon, Biblioteca Municipal 135; Cambridge, Gonville and Caius College 393 (455); Berlín, Hamilton 345; París, Biblioteca Nacional lat. 13656; Oxford, Bodleian Library d'Orville 46; París, Biblioteca Nacional lat. 4282; Copenhague, Thott 40 555; París, Biblioteca Nacional lat. 3858.

(58) Según Martin Brett se conserva en estos manuscritos: París, Biblioteca Nacional lat. 3858A; París, Biblioteca Nacional lat. 3858B; Admont 162; Berkeley, Law Library, Robbins Collection 102; Olomouc, CO 205; Munich, Staatsbibliothek Clm 12603; Gnesko, Bibliotheka Kapitulna 25; Krakow, Cap. lib. 84; Vatican, Reg. lat.

nudo ordena los textos en series que no se corresponden con sus fuentes formales. ¿Qué versión elegir como base para la edición? En la duda, Martin Brett se inclina por la segunda, pues — según parece — es seguro que la primera versión tuvo menor difusión, muchas copias están seriamente dañadas o son incompletas, y el texto es tan inestable que sus subdivisiones deberían ser insertadas por el editor a partir de los modelos de la segunda recensión; por si todo esto no bastara, apuntó al final que Graciano parece utilizar la segunda versión, como fuente formal, probablemente mediante la consulta de alguna copia italiana hoy desconocida.

La conferencia de Bruce C. Brasington (West Texas A&M University) «*Amplificatio sententie*»: *A Study of the Glosses to Two Manuscripts of Ivo of Chartres* «*Panormia*» describió las glosas de los MSS Munich BSB Clm 4545 y Evreux, Biblioteca Municipal 25L, que contienen la *Panormia* de Ivo de Chartres. El manuscrito monacense, de la segunda mitad del siglo XII y originario del sur de Alemania, está glosado por una mano contemporánea, y la mayor parte de las glosas añaden frases o palabras que completan lagunas del texto ayudando al lector con el contexto de los fragmentos más complicados; el manuscrito de Evreux proviene del norte de Francia y puede ser fechado en la primera mitad del siglo XII: sus glosas están escritas por una segunda mano, contemporánea a la principal, que incluso llega a corregir el texto y a sugerir lecturas alternativas en varios puntos. Para Brasington, ambos documentos testimonian la vitalidad de los estudios jurídicos durante el siglo XII en dos distintos monasterios, bien distantes uno del otro; pero, al mismo tiempo, recuerdan la importancia de esas casas religiosas como centros de enseñanza y de transmisión del derecho durante el «renacimiento jurídico del siglo XII».

Aparte las colecciones Ivo de Chartres, en el congreso de Syracuse se consideraron también colecciones canónicas de otras etapas históricas. Al período de las falsificaciones del siglo IX se refirió Gerhard Schmitz (*Monumenta Germaniae Historica*), cuya disertación *Die Überlieferung des Benedictus Levita: Überlegungen zur Präsentation des Textes* describió la tradición manuscrita del capitular de Benedicto Levita; y, por su parte, Horst Fuhrmann (Bayeris-

973; Berlín, Staatsbibliothek Preussischer Kulturbesitz lat. fol. 197; Voraú 350; Wolfenbüttel, Herzog-August Bibl. Helmst. 180.

che Akademie der Wissenschaften) analizó algunos aspectos escriturísticos en su conferencia *Pseudoisidor und die Bibel*, sobre la colección de decretales pseudoisidorianas, a las que desde hace años ha dedicado gran parte de sus esfuerzos.

A un suplemento de la colección Dacheriana se refirió el estudio presentado por Abigail Firey (Villanova University) con el título de *A Carolingian Lyonnaise Supplement to the «Collectio Dacheriana»*; la colección Dacheriana se conserva en 52 manuscritos y, aunque no se tiene certeza sobre su autor, la fecha y el lugar de composición, lo más probable es que fuese redactada en Lyon por el diácono Floro. La colección está dividida en 3 libros, salvo en cinco manuscritos del sur de Francia — Albi, B. Municipal 43; Lyon, B. Municipal 571; París, B. Nacional 1927, 10741 y 3879 — que añaden un libro cuarto; aunque las materias tratadas en ese «cuarto libro» tienen un marcado carácter teológico, sus fuentes son textos jurídicos antiguos y así, según Firey, el dato muestra de modo elocuente que los juristas carolingios tomaron parte activa en las discusiones doctrinales de la época.

Por último, Herbert Schneider (Monumenta Germaniae Historica) presentó un estudio sobre la *Collectio Burdegalensis*, que se conserva completa en el manuscrito respectivo de la Biblioteca de la Universidad de Würzburg. Hasta hoy sólo se conocían los fragmentos del MS 11 de la Biblioteca Municipal de Burdeos, descrito por Joseph Tardif hace ahora casi cien años; en su ponencia, titulada *Rezeption - Reform - Gegenreform? Bemerkungen zur Sammlung der Handschrift von Bordeaux MS 11*, Schneider ofreció un examen paleográfico del manuscrito alemán para luego comparar su contenido con el código francés. Las conclusiones principales de su estudio fueron tres: 1) el manuscrito es de finales del siglo XI o comienzos del XII y procede de Aquitania; 2) su principal fuente es el Decreto de Burcardo de Worms, aunque también se tomaron textos de la *Colección en 74 títulos*; 3) la *Collectio Burdegalensis* posee un marcado carácter conservador y no desarrolla seriamente los temas de la reforma gregoriana.

7. *El derecho de familia: acta et agenda.*

La lección plenaria del congreso sobre el «Derecho medieval de la familia» fue impartida por el Prof. Charles Donahue (Harvard University), quien eligió como tema central de sus consideraciones una cuestión de fondo: la metodología del trabajo. La historia del

Derecho canónico matrimonial y de la familia se puede escribir desde tres perspectivas distintas: la del historiador de las ideas y de las doctrinas jurídicas, la del historiador-sociólogo, y la del historiador de las instituciones. En su opinión, sólo combinando esos tres enfoques se alcanzará una visión comprensiva del Derecho canónico sobre la familia en la Edad Media; y, si bien estamos aún lejos de poseer una «panorámica definitiva», la meta está hoy más cerca que nunca. ¿Qué se ha hecho hasta ahora?, ¿hacia dónde se debe caminar en el futuro?; esta reflexión primera y elemental fue el objeto de una magistral síntesis del profesor de Harvard, cuya penetrante disertación motivó, convenció, e incluso divirtió a sus oyentes en el *College of Law* de Syracuse.

En el terreno de la doctrina y de las ideas el panorama es claro: mientras que el estudio del período comprendido entre el *Decretum* y el *Liber Extra* necesita una urgente puesta al día, la etapa que sigue — esto es, desde las Decretales gregorianas hasta el Concilio de Trento — carece por completo de un adecuado estudio doctrinal. En el primer caso Donahue considera que el logro más importante de la moderna historiografía ha sido resaltar la creatividad canónica en la formulación del principio consensual que genera el matrimonio, un asunto crucial tal como demuestran también los trabajos sobre los registros eclesiásticos medievales; su propuesta para este período es ciertamente ambiciosa: poner al día los clásicos estudios de Freisen, Esmein y Dauvillier. En su opinión, las líneas de trabajo para la consecución de ese objetivo son dos: de un lado, analizar en profundidad el desarrollo de las ideas sobre el matrimonio en las obras de los decretistas y de los primeros decretalistas; de otro, aclarar las implicaciones doctrinales de la mutua interacción entre canonistas y teólogos⁽⁵⁹⁾.

(59) Algunos estudios antiguos continúan siendo útiles; por ejemplo vid. G. LE BRAS, *Mariage. La doctrine du mariage chez les théologiens et les canonistes depuis l'an mille*, DTC 9 (Paris 1927) 2133-2317 que tiene su continuación en *Le mariage dans la théologie et le droit de l'Église du XIe au XIIIe siècle*, «Cahiers de Civilisation Médiévale Xe - XIIe Siècles» (1968) 191-202; H. REINHARDT, *Die Ehelehre der Schule des Anselms von Laon. Eine theologische- und kirchenrechtsgeschichtliche Untersuchung zu den Ehetexten der frühen pariser Schule des 12. Jahrhunderts. Anhang: Edition des Ehetraktates der Sententie Magistri A* (Münster 1974) y M. ABELLÁN, *El fin y la significación sacramental del matrimonio desde San Anselmo hasta Guillermo de Auxerre* (Granada 1939).

Aunque las reglas básicas sobre la formación y la disolución del matrimonio permanecen invariables desde la promulgación del *Liber Extra* en 1234 hasta el Concilio de Trento, no se puede desconocer que durante este segundo período se redactaron una gran cantidad de escritos jurídicos, no sólo como *commentaria* a los *libri legales* sino también como *consilia*; según Donahue, las recientes incursiones en este rico material muestran que los movimientos doctrinales sobre el matrimonio en la etapa del *ius commune* fueron complejos y sutiles, y reclaman un estudio general a gran escala, que debe incluir también los análisis de las innumerables obras que no llegaron a la imprenta durante el siglo XVI.

Por otra parte, en los últimos treinta años hemos presenciado una profusión de estudios sobre la historia social del matrimonio y de la familia; la mayor parte de los trabajos de los historiadores-sociólogos son *locales*, esto es, se basan en los registros de tribunales feudales y se refieren a los matrimonios de los campesinos o de las personas con un *status* económico y social relativamente bajo. Para tener una visión completa de la realidad social Charles Donahue propuso estudiar también los documentos que recogen las negociaciones matrimoniales de las «personas ricas» y los registros de los tribunales eclesiásticos; con todo, el gran problema de la historia social continúa siendo el trabajar con modelos estadísticos que se elaboran sobre datos numéricos no siempre fiables y, más en concreto, Donahue mostró sus dudas sobre la validez del marco diseñado en estos últimos años advirtiendo contra el peligro de extrapolar conclusiones cuando se realizan valoraciones de carácter general con tales métodos.

Para reconstruir la historia del derecho de familia desde la perspectiva de las instituciones medievales Donahue considera necesario el ofrecer primero una historia de los tribunales eclesiásticos medievales; aunque el primer paso continúa siendo la bibliografía sobre cada uno de los tribunales particulares, sugirió coordinar el estudio de los registros por períodos y por tribunales eclesiásticos y, a partir de ahí, se deberían promover investigaciones tribunal por tribunal, para luego intentar una síntesis comparativa de los resultados obtenidos. Ciertamente, hay campo de trabajo aquí para toda una generación de juristas e historiadores.

En relación con el Derecho de familia en la Edad Media, ¿cuáles fueron los trabajos presentados al X Congreso de Syracuse? La sólo lectura de los títulos del programa permite su agrupación en dos

grandes núcleos temáticos: unos se interesaron por la capacidad y el *status* de las personas en relación con el matrimonio, y otros se centraron en cuestiones particulares del derecho familiar; la original conferencia de Frederik Pedersen (University of Aberdeen) *Romeo and Juliet of Sonagate: A Fourteenth-Century York Marriage in Crisis* escapa a cualquier intento de clasificación.

Al asunto de la capacidad para contraer matrimonio se refirieron Enrique De León y Joan Carreras (Pontificio Ateneo della Santa Croce), quienes destacaron un singular aspecto en el proceso de formación de *La glossa «impossibilitas coeundi est triplex» v. «Quod autem»* (C.33 q.1 pr.); el rastreo histórico del texto conduce hasta la obra de Rufino, que en su *Summa* incluye la *impossibilitas conveniendi* entre los impedimentos matrimoniales al comienzo de la C.27. El dato importante es que esa *impossibilitas* de carácter general posee una triple dimensión según que su origen sea *animo, corpore*, o bien *animo et corpore* a un tiempo; es decir, el maestro boloñés no se refiere de forma directa a la cópula conyugal — tal como parece interpretar la *Glossa Ordinaria* — sino, más bien, a la misma unión conyugal en su conjunto, entendida como un vínculo jurídico. En suma, según estos autores, la expresión *impossibilitas conveniendi* se podría traducir hoy como *incapacidad para contraer matrimonio*, no tan sólo como *incapacidad para el consentimiento* o como *incapacidad para la cópula*, en el amplio sentido en que se ha redactado el canon 1095 del vigente Código latino. La *Summa Coloniensis* (1169), la *Summa* de Juan de Faenza (posterior al 1171) y la *Summa de matrimonio* de Bernardo de Pavía (1173-79) repiten la terminología de Rufino; sin embargo fue Huguccio de Pisa quien cambió su sentido, transformando el *conveniendi* en sólo *coeundi*, un concepto que encuentra entonces su lugar de desarrollo en el comentario de la C.33 q.1 y no al comienzo del *tractatus de matrimonio* de la C.27. A partir de ese momento, la discusión sobre el contenido de la «capacidad - incapacidad» que sugiere la noción de *impossibilitas conveniendi* quedó reducida a la reflexión sobre los diversos tipos de impotencia, la *impossibilitas coeundi*, tal como se lee en las glosas de Juan Teutónico y en la *Editio Romana*.

Junto a la capacidad natural, la *conditio* de las personas jugaba un importante papel al contraer matrimonio; la mayor parte de las legislaciones feudales, por ejemplo, consideraron la servidumbre como un *status* que implicaba serias limitaciones al ejercicio del *ius connubii*, pero la Iglesia no fue ajena a esta situación y desde antiguo

buscó introducir principios más favorables para las personas, basados en la igualdad entre los bautizados: las reglas del *Corpus Iuris* — la C.29 del Decreto y el título *de coniugio servorum* de las Decretales gregorianas — suponen un importante progreso en este campo. En Syracuse, Antonina Nina Sahaydachny (Columbia University, New York) se interesó por determinar hasta qué punto las «sumas penitenciales» divulgaron a nivel local los puntos de vista de los decretistas y de los decretalistas sobre aquellos textos, esto es: sobre la validez de los matrimonios de esclavos, la necesidad del permiso del señor y las consecuencias de tales matrimonios en su prole; su disertación *Penitentials: Our Window on the State of the Law of Marriage by Unfree Persons, 1200-1500* repasó el contenido de un buen número de obras: el *Liber poenitentialis* de Robert de Flamborough (ca. 1208-1213), la *Summa confessorum* de Thomas de Chobham (ca. 1216-1220), la *Summa de Poenitentia* de Raimundo de Peñafort (ca. 1230), la *Summula Magistri Conradi* (1226-1229), la *Summa «Quia non pigris»* (ca. 1234), la *Summa confessorum* de Johannes de Erfurt (ca. 1317) y la *Summa de casibus conscientiae* de Bartholomaeus de Sancto Concordio (ca. 1338). En esta misma línea argumental la intervención de Susan Mosher Stuard (Harverford College), bajo el título *Female Unfree Persons in the Ius commune*, centró su análisis en las repercusiones que el hecho de contraer matrimonio tenía sobre el *status* legal de los esclavos.

Por otra parte, la legislación canónica latina prohibió el ejercicio del *ius connubii* a quienes ingresaban en el estado clerical; así el cumplimiento de las disposiciones sobre el celibato fue uno de los grandes tópicos en todos los movimientos de reforma eclesiástica, tal como explicó Georg Denzler (Universität Bamberg) al examinar *The History and Problems of Celibacy*. También Federico Aznar Gil (Universidad Pontificia de Salamanca), en su ponencia titulada *Clérigos y Barraganas en la Península Ibérica durante la Baja Edad Media*, presentó la normativa canónica particular de la Península Ibérica que, entre los siglos XIII y XVI, pretendió erradicar las relaciones estables entre clérigos y barraganas. En su opinión, esta historia se desarrolla según tres etapas: *a*) En un primer momento, los concilios de Valladolid (1228) y Lérida (1229) aplicaron las penas y sanciones establecidas por la legislación general, esto es: la suspensión del oficio, la excomunión y la privación del beneficio para los clérigos; para sus barraganas, la excomunión y la privación de sepultura eclesiástica. *b*) Ante la ineficacia de estas medidas y las graves irregu-

laridades que suscitó su aplicación, el 24 de junio de 1251 los obispos hispanos obtienen de Roma la facultad de conmutar las penas antedichas por otras de carácter pecuniario. c) En un momento posterior, los concilios hispanos legatinos de los siglos XIV y XV — Valladolid 1322, Palencia 1388 y Tortosa 1429 — levantan de hecho las excomuniones y suspensiones y las conmutan por penas de carácter pecuniario; sin embargo no parece que esta praxis mejorase la situación del clero hispano: los sínodos de finales del siglo XV y del siglo XVI vuelven a recordar y urgir el contenido de las leyes canónicas particulares y así bien se puede deducir la persistencia del concubinato de los clérigos. Por su parte, en un contexto menos especializado, la comunicación de Pia Denzler se refirió al problema de *The Children of Priests. Then and Now*, obviamente no referido de modo particular al contexto de los Reinos hispánicos.

Como decía anteriormente, otro grupo de ponencias consideraron aspectos diversos y particulares de la disciplina familiar; entre éstas, James A. Brundage (University of Kansas) comentó la *Adoption in the Medieval «Ius commune»*. Algunos historiadores y antropólogos han mantenido que la adopción desapareció casi completamente durante la Edad Media y no se volvió a contemplar en las legislaciones europeas hasta el siglo XIX; incluso se ha llegado a decir que las autoridades eclesiásticas condenaron la adopción como pecaminosa, porque privaba a la Iglesia de las herencias que hubiera recibido de los matrimonios sin descendientes naturales. En contra de estos burdos tópicos, que no resisten la más mínima crítica histórica, Brundage demostró su falsedad: si bien parece cierto que la adopción desapareció en algunos lugares de Europa, esto no parece haber ocurrido hasta bien entrado el siglo XVII; durante la Edad Media la adopción, tanto de niños como de adultos, fue una práctica habitual, contemplada además en el *ius antiquum* y en el *ius novum* canónico.

Los datos que aportó la investigación de Franck Roumy (Université «Panthéon-Assas», Paris II) titulada «*Venerandae romanae leges*»: *La parenté adoptive en Droit Canonique de Nicolas I^{er} à Gratien (866-1140)* confirmaron las afirmaciones del Profesor de Kansas y además se acompañaron de algunas valiosas reflexiones sobre la recepción canónica de las leyes romanas en materia de impedimentos matrimoniales; la influencia de las instituciones romanas en la configuración del derecho medieval de familia estuvo presente también en la intervención de Norbert Brieskorn (Hochschule für Philosophie,

München) presentada con el título «*Patria potestas*» und das kano-nische Recht im 13. Jahrhundert, y en ella desarrolló los conceptos ju-rídicos de *paterfamilias* y *patria potestas*. Por su parte, Florence De-moulin (Université Paris XI) consideró otro interesante aspecto de las mutuas influencias entre ambos derechos, la «*Exceptio temporis*»: *Prescription romaine et dispense en matière matrimoniale au dé-büt du XIII^{ème} siècle*; en su opinión, es doctrina común que la im-prescriptibilidad de la acción de nulidad tiene su origen en el canon 50 del IV Concilio de Letrán (1215), relativo a los matrimonios in-cestuados, y hasta ese momento una prescripción penal de origen ro-mano limitaba su ejercicio temporalmente. Y, sin embargo, los textos canónicos del *ius antiquum* presentados por Demoulin demuestran que la influencia del Derecho romano en este punto se limitó a la pu-nición del incesto, sin llegar a introducir una prescripción revalida-toria del matrimonio.

Por último, en el ámbito de la «disciplina familiar», se ha repe-tido con frecuencia que tanto el derecho canónico como los antiguos derechos consuetudinarios reconocían al marido el derecho de gol-pear a su mujer; pero, al contrario, Henry Ansgar Kelly (University of California) demostró — en su ponencia titulada *Wife-Beating and the other Corrective Violence in Medieval Law and Literature* — que tal afirmación es falsa, al menos respecto del derecho canó-nico medieval, pues documentar el aserto «el derecho canónico per-mitía la violencia contra la esposa» no es tarea fácil. Los criterios de la *Glossa Ordinaria* al Decreto — los textos que motivaron las refle-xiones de Kelly fueron C.7 q.1 c.39, C.23 q.4 c.35, C.33 q.2 c.10 y C.33 q.5 c.13 — son precisos: aunque se permite al marido castigar a su mujer de forma moderada por las faltas que ésta cometa y que no merezcan ser reprendidas por el derecho, nunca se justificaba el empleo de la violencia contra ella, su encierro o la privación de ali-mentos; no obstante, esta posición de la *Glossa Ordinaria* fue enmen-dada por algunos juristas posteriores, pero no se puede olvidar que fueron los canonistas quienes consideraron la crueldad del marido como causa suficiente para decidir en los tribunales la separación de los cónyuges.

En resumen, llegando al final de estas líneas, se puede afirmar que la reunión de Syracuse no ha defraudado las expectativas puestas en ella, al menos por la calidad y la variedad de los estudios y resul-tados comentados; para concluir ahora esta panorámica queda por aludir, aunque sea brevemente, a los asuntos valorados en las reunio-

nes de los órganos directivos del Instituto y de la ICMAC, en la medida que orientan el trabajo de los próximos años.

8. *Los proyectos futuros del «Institute of Medieval Canon Law».*

Al igual que sucedió en Munich durante el IX Congreso, en Syracuse no se adoptaron resoluciones concretas sobre los programas de trabajo; ciertamente, hasta ahora se han producido importantes avances, pero todavía queda mucho por hacer para alcanzar las metas fijadas hace casi cuarenta años. Por otra parte, las discusiones de las ponencias de Weigand, Winroth, Brett, Larrainzar y Gujer replantearon algunas cuestiones de método para el trabajo sobre el Decreto de Graciano y sus fuentes; sin embargo, a pesar de los matices, sustancialmente continúan siendo válidas las orientaciones metodológicas de 1959 para el trabajo sobre los decretistas y los decretalistas. El informe del Prof. Landau ante la asamblea plenaria de la ICMAC consideró, pues, únicamente cuestiones relativas a la organización del Instituto y los asuntos ordinarios más inmediatos. Un breve resumen de los datos relevantes es éste:

a) El traslado de los microfilms del *Institute of Medieval Canon Law* o de las copias de la *Robbins Collection* a la nueva sede en Munich todavía no se ha realizado, pero el destino provisional de ese material — al que se añadirán los microfilms personales de Stephan Kuttner, donados por su viuda al Instituto — será la Facultad de Derecho de la «Ludwig Maximilian Universität».

b) La publicación de los *Proceedings del IX Congreso Internacional* celebrado en 1992 está prevista para el otoño de 1996 y en Syracuse se presentó ya el índice del nuevo tomo incluido en la serie C de los *Monumenta Iuris Canonici*; también se presentó el último volumen de la serie *Studia Gratiana*, que reúne valiosos estudios en homenaje al Prof. Weigand: en el acto de entrega del libro, el maestro alemán tuvo emocionadas palabras de agradecimiento, que fueron rubricadas con aplausos tan intensos como afectuosos.

c) El *Bulletin of Medieval Canon Law* reanudará su publicación, interrumpida en 1992, a partir del año 1997; será editado por la casa *Il Cigno Galileo Galilei* de Roma, con una periodicidad semestral, y probablemente sin incluir el elenco de bibliografía ya que la *Rivista Internazionale di Diritto Comune* cumple de momento esa función.

d) En fin, el Presidente de la ICMAC confirmó el encargo de la organización del XI Congreso al Prof. Manlio Bellomo, que convocó

ya a los presentes en Syracuse para la reunión del año 2000 en la Universidad de Catania (Sicilia).

En suma, el «*Stephan Kuttner*» *Institute of Medieval Canon Law* y los *Congresos Internacionales* cuadrianuales de la ICMAC continuarán siendo en el futuro el cauce de coordinación internacional para la investigación sobre el *Derecho europeo clásico*, en cuyo marco los estudios sobre la milenaria tradición canónica no quedan circunscritos a un reducido grupo de eruditos y especialistas; tal vez hemos comenzado a avanzar ya por el camino que permitirá superar las negativas consecuencias de la codificación y, en el campo del Derecho canónico, conviene siempre recordar el juicio de Stephan Kuttner: «en la historia de la Iglesia no se había conocido nunca una legislación que absorbiera completamente toda la disciplina precedente y aboliera formalmente todas las colecciones anteriores. El *Codex* lo hizo por vez primera y produjo el resultado, ciertamente no querido, del divorcio entre la historia y el Derecho vigente, que hoy se puede constatar, salvo pocas excepciones, aunque notables excepciones, en la enseñanza y en la aplicación del Derecho canónico»⁽⁶⁰⁾. En este final de siglo, pues, la renovación de los estudios histórico-canónicos, que encontró en Stephan Kuttner su principal motor, comienza a ser una punta de lanza para la revisión del concepto y los métodos de estudio sobre *lo jurídico* en la cultura occidental; cada día resulta más claro que ni el método dogmático-jurídico (positivista) es el único válido para la Ciencia del Derecho, como tampoco el conocimiento de *lo canónico* se agota en la descripción formal de sus aspectos positivos.

JOSÉ M. VIEJO-XIMÉNEZ

⁽⁶⁰⁾ Cf. S. KUTTNER, *El Código de Derecho canónico en la historia*, REDC 24 (1968) pp. 301-314; este discurso fue leído por su autor en la sesión conmemorativa del cincuentenario de la promulgación del Código de Derecho Canónico de 1917 y publicado como *Il Codice di Diritto Canonico nella Storia*, «Commemorazione del cinquantesimo anniversario della promulgazione del *Codex iuris canonici*, celebrata alla augusta presenza del Santo Padre Paolo VI il 27 maggio 1967» (Roma sine data) 17-39; fue reeditado posteriormente en «Jus» 18 (1967) 239-254 y traducido al inglés como *The Code of Canon Law in the Historical Perspective* en *The Jurist* 28 (1968) 129-148.

LA TUTELA GIUDIZIARIA DEI SOGGETTI SENZA PERSONALITÀ GIURIDICA CANONICA (*)

1. Premessa. — 2. La risposta autentica del 1987 e le prime decisioni della Segnatura Apostolica. — 3. La capacità di essere parte dei soggetti collettivi nella dottrina successiva al CIC 1917 ed analisi di alcuni precedenti giurisprudenziali. — 4. La dottrina canonica successiva al CIC del 1983. — 5. La capacità processuale degli enti associativi privi di personalità. — 6. Possibili soluzioni.

1. Premessa.

Come è noto, fra le novità del CIC del 1983 vi è quella dell'estensione del riconoscimento della capacità di essere parte⁽¹⁾ a tutte le persone fisiche fatta dal can. 1476⁽²⁾. Per quanto riguarda le per-

(*) Questo testo è stato presentato come comunicazione al XXVIII congresso nazionale di diritto canonico dell'associazione canonistica italiana, *La giustizia nella Chiesa: fondamento divino e cultura processualistica moderna*, Cagliari, 9-12 settembre 1996 e verrà pubblicato nei relativi atti.

(¹) Data la mancata uniformità terminologica sulle capacità riguardanti la tutela giudiziaria adopererò in queste pagine la terminologia proposta da Llobell, il quale distingue tre livelli nelle suddette capacità: « Il primo livello corrisponde alla capacità giuridica *stricto sensu*, denominata in sede processuale *capacitas in iudicio agendi* (cf. can. 1476), intesa come generica attitudine ad essere titolare di diritti e doveri, in questo caso processuali ». Questa capacità consente di essere parte — attore o convenuto — in un processo. « Il secondo livello fa riferimento alla *capacità processuale* (chiamata *capacitas in iudicio standi*) che comporta la *disponibilità* sul bene oggetto del contraddittorio (manifestare la volontà di iniziare il processo, di rinunciare tramite la transazione o il compromesso). Tale disponibilità comporta quindi la capacità di agire ». Al terzo livello, vi è la *capacitas postulandi*, che consente di produrre in giudizio atti processuali utili per il processo. Cfr. J. LLOBELL, *Il patrocinio forense e la « concezione istituzionale » del processo canonico*, in AA.VV., *Il processo matrimoniale canonico*, nuova ed. aggiornata ed ampliata, Città del Vaticano 1994, p. 440-441. Per la terminologia adoperata da altri autori, cfr. G. RICCIARDI, *La costituzione del curatore processuale*, in AA.VV., *Il processo matrimoniale canonico*, cit., p. 406-410.

(²) Benché tale riconoscimento, esigenza della dignità dell'uomo, sia stato accolto

sone giuridiche non è nuovo invece il riconoscimento di tale capacità, bensì la presenza delle persone giuridiche private, le quali anche possiedono tale capacità⁽³⁾. Dati questi presupposti potrebbe sembrare che l'ordinamento canonico sia giunto a provvedere sufficientemente alla tutela giudiziaria dei soggetti di diritto nella Chiesa⁽⁴⁾. Tuttavia l'esistenza dei soggetti privi di personalità giuridica nati dall'iniziativa dei fedeli⁽⁵⁾ solleva la questione della loro *capacitas in iudicio agendi* e delle altre capacità in ambito processuale che hanno come presupposto quella di essere parte.

molto favorevolmente dalla canonistica, ci sono alcune voci isolate che esprimono qualche perplessità al riguardo, come ad es. García Failde, il quale afferma: «Extraña que expresamente les sea reconocida esta legitimación a los no bautizados que por ser no bautizados están sujetos a la jurisdicción de la Iglesia indirectamente» (J.J. GARCÍA FAILDE, *Nuevo Derecho Procesal Canónico*, 2ª ed., Salamanca 1992, p. 42). Per l'evoluzione della legislazione canonica e il progressivo riconoscimento della capacità in *iudicio agendi* dei non battezzati nei processi matrimoniali, vid. F. DANEELS, *Il diritto di impugnare il matrimonio (cann. 1674-1675)*, in AA.VV., *Il processo matrimoniale canonico*, cit., p. 394-397.

(3) Cfr. can. 1480. Sulle persone giuridiche private cfr. can. 116-123; P. LOMBARDÍA, *Persona jurídica en sentido lato y en sentido estricto (Contribución a la teoría de la persona moral en el ordenamiento de la Iglesia)*, in *Acta Conventus Internationalis Canonistarum diebus 20-25 maii 1968 celebrati*, Typis Polyglottis Vaticanis 1970, p. 163-183; ID., *Persona jurídica pública y privada en el ordenamiento canónico*, in *Apollinaris*, 63 (1990), p. 137-152; ID., *Personas jurídicas públicas y privadas*, in *Estudios de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico en homenaje al profesor Maldonado*, Madrid 1983, p. 321-334; V. PRIETO SANCHIS, *Iniciativa privada y personalidad jurídica: las personas jurídicas privadas*, in *Ius Canonicum*, 25 (1985), p. 527-573; A. GAUTHIER, *Juridical Persons in the Code of Canon Law*, in *Studia canonica*, 25 (1991), p. 77-92; e R. BOTTA, *Persone giuridiche pubbliche e private nel nuovo Codice di diritto canonico*, in *Il diritto ecclesiastico*, 96 (1985) I, p. 336-352.

(4) «Si può dire che nel nuovo Codice di diritto canonico non esistono limitazioni alla capacità di essere parte nei processi della Chiesa. Anche le persone giuridiche, costituite a norma del can. 114, possono essere parte in un processo, in quanto per il can. 1480 possono stare in giudizio per mezzo dei loro legittimi rappresentanti. La capacità di essere parte non si perde quando manca la capacità processuale o la legittimazione processuale, essendo essa legata alla capacità giuridica generale di cui è espressione» (G. RICCIARDI, *La costituzione del curatore processuale*, cit., p. 406-407).

(5) Benché vi siano anche altri soggetti senza personalità giuridica che nascono mediante un atto dell'autorità ecclesiastica (ad es. le regioni ecclesiastiche possono essere prive di personalità giuridica, perché l'erezione in persona giuridica non è preceptiva, cfr. can. 433 § 2), in questo intervento mi soffermerò soprattutto sugli enti nati dalla volontà dei privati, e in particolare su quelli associativi.

Nelle pagine che seguono, intendo approfondire la posizione processuale di questi enti alla luce della dottrina canonica, della risposta della Commissione Pontificia per l'interpretazione autentica del CIC, del 1987 e di alcuni orientamenti giurisprudenziali. In primo luogo, mi soffermerò sulla suddetta risposta, perché costituisce il punto di riferimento più prossimo sulla capacità *in iudicio agendi*. Poi tratterò alcuni aspetti delle prime decisioni della Segnatura Apostolica che fecero riferimento ad essa. Da questi interventi emerge quale sia attualmente la posizione processuale di tali enti. Poi, presenterò la dottrina canonica post codiciale sugli enti non personificati, sia nel Codice del 1917 che in quello del 1983, col fine di sottolinearne la corrispondenza o meno con quanto disposto dalla Pontificia Commissione per l'interpretazione autentica del CIC. Infine, indicherò alcune possibili soluzioni che si adeguano meglio ai soggetti privi di personalità dell'impostazione contenuta nella citata risposta.

2. *La risposta autentica del 1987 e le prime decisioni della Segnatura Apostolica.*

La risposta della Commissione Pontificia per l'interpretazione autentica del CIC, del 20 giugno 1987, afferma che un gruppo di fedeli privo di personalità giuridica o della *recognitio statutorum* di cui al can. 299 § 3 non possiede la legittimazione attiva, in quanto gruppo, per proporre un ricorso gerarchico contro un decreto del Vescovo diocesano⁽⁶⁾. Nei commenti successivi alla risposta⁽⁷⁾ è

(6) «Utrum christifidelium coetus, personalitatis iuridicae, immo et recognitionis de qua in can. 299 § 3, expers, legitimationem activam habeat ad recursum hierarchicum proponendum adversus decretum proprii Episcopi dioecesiani.

R. Negative, qua coetus; affirmative, qua singuli christifideles, sive singillatim sive coniunctim agentes, dummodo revera gravamen passi sint. In aestimatione autem huius gravaminis, iudex congrua discretionalitate gaudeat oportet» (P. COMMISSIONE PER L'INTERPRETAZIONE AUTENTICA DEL CIC, *Risposta del 20.6.1987*, in AAS 80 [1988], p. 1818).

(7) Cfr. E. LABANDEIRA, *La defensa de los administrados en el Derecho Canónico*, in *Id.*, *Cuestiones de Derecho administrativo canónico*, Pamplona 1992, p. 467-490; J. MIRAS, *Respuesta de la C.P. para la interpretación auténtica del CIC 20.VI.1987*, in *Ius Canonicum*, 31 (1991), p. 211-217; P.A. BONNET, *Responsa Pontificiae Commissionis Codici Iuris authentice interpretando*, I, in *Periodica*, 78 (1989), p. 261-268. Hanno anche fatto riferimento alla risposta nei loro scritti P. MONETA, *I soggetti nel giudizio amministrativo ecclesiastico*, in AA.VV., *La giustizia amministrativa nella Chiesa*, Città del Vaticano 1991, p.

stato giustamente messo in rilievo, da un lato, che la domanda non è ben formulata perché più che sulla legittimazione attiva si avrebbe dovuto centrare l'attenzione sulla capacità processuale del gruppo e di conseguenza su quella di essere parte⁽⁸⁾, e dall'altro, che dalla risposta non risulta chiaro se i gruppi che hanno ricevuto la *recognitio statutorum* di cui al can. 299 § 3 sono in possesso di tale capacità⁽⁹⁾.

Il riferimento alla mancata *recognitio* dell'autorità ecclesiastica competente può significare infatti che la Pontificia Commissione intende che gli enti che la abbiano ottenuta possiedono la capacità di essere parte nel processo.

Nelle prime risoluzioni in cui è stato applicato quanto disposto nella risposta autentica, la Segnatura Apostolica ha negato la capacità di essere parte nel processo contenzioso-amministrativo ai gruppi di fedeli non eretti in persona giuridica⁽¹⁰⁾. Nel decreto definitivo del

55-70; ID., *La giustizia nella Chiesa*, Bologna 1993, p. 205, nota 60 e p. 214; J. LLOBELL, *Aspetti del diritto alla difesa, il risarcimento dei danni e altre questioni giurisdizionali in alcune recenti decisioni rotali*, in *Ius Ecclesiae*, 1 (1989), p. 606-607; A.M. PUNZI NICOLÒ, *Dinamiche interne e proiezioni esterne dei fenomeni associativi nella Chiesa*, in *Ius Ecclesiae*, 4 (1992), p. 507-510; e I. ZUANAZZI, *La legittimazione a ricorrere «uti fidelis» per la tutela dei diritti comunitari*, in AA.VV., *Diritto 'per valori' e ordinamento canonico*, a cura di R. BERTOLINO, S. GHERRO, G. LO CASTRO, Torino 1996, p. 417-421.

(8) Cfr. E. LABANDEIRA, *La defensa de los administrados en el Derecho Canónico*, cit., p. 473 e 475; e J. MIRAS, *Respuesta de la C.P. para la interpretación auténtica del CIC 20.VI.1987*, cit., p. 213.

(9) «Il responso non chiarisce se la legittimazione a ricorrere in via amministrativa (e quindi, a maggior ragione, in via giudiziaria) debba essere negata a qualunque ente che non risulti formalmente eretto in persona giuridica o se possa essere riconosciuta a quelle associazioni private i cui statuti hanno ricevuto la *recognitio* dell'autorità ecclesiastica, ma nei cui confronti non vi è stato un decreto di erezione in persona giuridica. (...) Non è chiaro però nel responso se il riferimento alla *recognitio* di cui al can. 299 § 3 sia stato fatto soltanto per rimarcare l'assoluta carenza di legittimazione da parte del *coetus fidelium* che sia privo, oltre che della personalità giuridica, anche di questo requisito, oppure possa, anche da solo, conferire all'associazione una, sia pur ridotta, soggettività che la renda capace di agire per la tutela dei diritti di cui si fa portatrice» (P. MONETA, *I soggetti nel giudizio amministrativo canonico*, cit., p. 57-58).

(10) Vi sono notizie di due decreti della Segnatura Apostolica, uno del 21 novembre 1987, coram Castillo Lara (*Demolitionis ecclesiae*) Prot. N. 17447/85 C.A.; l'altro del 21 maggio 1988, coram Rossi (*Demolitionis ecclesiae*) Prot. N. 17914/86 CA. Il primo è stato pubblicato su *Communicationes*, 20 (1988), p. 88-94 e su *Ius Ecclesiae*, 1 (1989), p. 197-203. Del secondo decreto sono stati pubblicati soltanto alcuni brani in I. ZUANAZZI, *La legittimazione a ricorrere «uti fidelis» per la tutela dei diritti comunitari*, cit., p. 418-420.

21 novembre 1987, di cui fu ponente il Cardinale Castillo Lara, oltre a escludere la capacità processuale di un gruppo di fedeli, si esprimono alcuni principi che stanno alla base di tale decisione. Fra quelli che ci interessano, vi sono questi due:

a) Il riconoscimento della capacità processuale di tutte le persone fisiche, battezzate e non battezzate, non comporta che esso sia estensibile alle persone giuridiche civili: non è accertato che queste abbiano capacità processuale canonica⁽¹¹⁾.

b) La condizione di soggetto capace per ricorrere in via gerarchica contro un decreto dell'autorità ecclesiastica va collegata ad un certo riconoscimento giuridico⁽¹²⁾, che, nel caso dei soggetti diversi dalla persona fisica, può avvenire, oltre che dall'attribuzione della personalità giuridica (pubblica o privata) tramite la *recognitio statutorum*⁽¹³⁾. La mancanza di questi atti comporterebbe l'irrilevanza giuridica del gruppo.

In queste risoluzioni si adopera uno schema troppo formalistico della personalità e della soggettività, perché, da una parte, si presuppone che l'assenza di *recognitio* comporta l'inesistenza del soggetto, e

(11) «Iuxta can. 1476 “quilibet, sive baptizatus sive non baptizatus, potest in iudicio agere”. Hic indicatur capacitas processualis quae in novo Codice pro personis physicis amplissime statuitur, adeo ut agendum non amplius requiratur ut quis sit baptizatus, id est ut sit persona seu subiectum iurium et obligationum in ordinatione canonica. Diximus pro personis physicis quia compertum non est praescriptionem Codicis extendi posse ad personas iuridicas civiles» (n. 3, in *Communicationes*, 20 [1988], p. 90).

(12) A proposito del can. 1737 § 1, afferma: «Praescriptione huiusmodi, sat amplia, agnoscitur facultas recursum hierarchicum proponendi; nullo tamen modo praetermittuntur supracitatae exigentiae capacitatis processualis et legitimationis activae. Etsi non expresse statuatur, subintelligitur agi de subiecto capace, id est quaedam agnitione in iure gaudente» (n. 4, in *Communicationes*, 20 [1988], p. 91).

(13) Ciò si può dedurre da quanto si afferma nell'*in facto*: «Consilium pro servanda Ecclesia S.E. personalitate iuridica sive publica sive privata in ordinatione canonica caret (cc. 114, 116, 313, 322 § 1). Caret etiam agnitione ut consociatio privata ecclesiastica. Nullibi constat eius statuta recognita esse ab auctoritate ecclesiastica, ut requirit can. 322 § 2» (n. 6, in *Communicationes*, 20 [1988], p. 92). L'altro decreto è ancora più esplicito: «Hoc enim Consilium, in ordinatione canonica, caret personalitate, sive publica sive privata ... Caret etiam simplici agnitione in Ecclesia ut consociatio privata, quae acquiritur per recognitionem seu approbationem statutorum ab auctoritate ecclesiastica (cfr. cann. 299 § 3; 322 § 2). Ideo praedicto Consilio, qua coetus, non agnoscitur capacitas processualis ad normam Interpretationis authenticae supra memoratae» (decreto c. Rossi, 21 maggio 1988, cit., p. 418, n. 68). Per altri rilievi critici sulla risoluzione di Castillo Lara, vid. A.M. PUNZI NICOLÒ, *Dinamiche interne e proiezioni esterne dei fenomeni associativi nella Chiesa*, cit., p. 508.

dall'altra, che il riconoscimento della capacità processuale dei non battezzati non attribuisce loro la condizione di persona, di soggetto di diritti e doveri nell'ordinamento canonico, condizione che sarebbe esclusiva di coloro che hanno ricevuto il sacramento del battesimo⁽¹⁴⁾.

3. *La capacità di essere parte dei soggetti collettivi nella dottrina successiva al CIC 1917 ed analisi di alcuni precedenti giurisprudenziali.*

Contrariamente a quanto abbiamo visto nel punto precedente, in altri momenti non tanto lontani, la capacità *agendi in iudicio* non è stata negata a gruppi di fedeli ed a soggetti privi di personalità.

Fra la giurisprudenza della Rota Romana degli anni immediatamente precedenti la promulgazione del Codice del 1917, vi sono alcune cause in cui furono ammessi, come attori gruppi di fedeli, senza che fosse messa in discussione la loro *capacitas in iudicio agendi*⁽¹⁵⁾, pur trattandosi di fedeli scomunicati, in uno di questi casi⁽¹⁶⁾.

(14) Tale tesi è collegata ad una interpretazione prettamente esegetica del can. 96 del CIC, messa in discussione da un ampio settore della canonistica, il quale ritiene che anche i non battezzati sono persone in senso giuridico nell'ordinamento canonico. Questi autori individuano nelle norme codicili in cui si attribuiscono capacità giuridiche ai non battezzati la manifestazione della loro personalità giuridica nella Chiesa. In merito, cfr. P. LOMBARDIA, *Lezioni di diritto canonico*, Milano 1985, p. 176-181; G. LO CASTRO, *Il soggetto e i suoi diritti nell'ordinamento canonico*, Milano 1985, p. 92-99. Un'ampia bibliografia sulla questione si trova in P.A. BONNET, v. *Capacità. IV) Diritto canonico*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma 1989.

(15) ROTA ROMANA, *Bobien. dismembrationis*, coram Lega, 4 marzo 1911, in SRRD, vol. III, p. 103-114; e ROTA ROMANA, *Sedunen. dismembrationis paroeciae*, coram Perathoner, 2 aprile 1912, in SRRD, vol. IV, p. 149-161. Dai dati riportati in queste sentenze non risulta che i fedeli abbiano dovuto costituire un litisconsorzio attivo, benché nella prima causa gli attori erano i parrochiani e gli amministratori della fabbrica («Quod tamen decretum iudicialiter impetere institerunt tum parrochiani Alpispianenses, tum fabricae ecclesiae administratores; quam instantiam introductam in S.C. Concilii, apud S.H. Tribunali ex commissione Ssmi Domini Nostri prosequuti sunt»: p. 105). Su queste due cause vid. P. MONETA, *I soggetti nel giudizio amministrativo ecclesiastico*, cit., p. 69, dove vi è anche informazione su alcuni ricorsi amministrativi decisi dalla S.C. del Concilio nel secolo scorso.

(16) Erano stati scomunicati per essersi rivolti alla giurisdizione civile col fine di risolvere il conflitto con il loro Vescovo. Poi chiesero alla Santa Sede di levar loro la scomunica e di giudicare la loro causa. «Imo incolae Innerbalenses, ab avvocato quodam anticatholico instigati, eo processerunt ut apud civilem potestatem de episcopaliibus decretis conquerebantur, et peterent ut erectio paroeciae in Balen nulla declararetur.

Della capacità *in iudicio agendi* dei soggetti privi di personalità, come parte convenuta, si trattò in un'altra causa, riguardante un caso di diffamazione⁽¹⁷⁾. La Redazione di una rivista era stata chiamata in giudizio dall'attore. Nella sentenza si dichiara che la redazione non ha capacità processuale, mentre si sarebbe dovuto indicare nel libello come convenuto il direttore della pubblicazione o il gestore responsabile. La motivazione è la seguente: la Redazione non è una persona morale (*universitas personarum o rerum*) perché non è stata eretta dall'autorità civile o ecclesiastica competente; e la suddetta Redazione nemmeno è una persona collettiva, che sia davvero soggetto di diritti e di doveri. È questa mancanza della capacità di essere parte (*in iudicio agendi*) — e non solo la mancanza di capacità processuale (*in iudicio standi*) — la causa per la quale la Redazione non può essere citata in giudizio⁽¹⁸⁾. Da tale argomentazione si possono desumere quali enti sono capaci di essere parte: da un lato, quelli eretti in persona morale (sia ecclesiastica che civile); dall'altro, gli enti collettivi che siano soggetti di diritti e di doveri⁽¹⁹⁾.

Quam petitionem tamen foederale Tribunali, utpote serius propositam, reiecit. Iidem qui recursum Tribunali foederali exhibuerant, die 12 septembris 1910 supplices adierunt S.C. Concilii absolutionem implorantes ab excommunicatione quam incurrerant, simul autem postulantes ut eorum querela contra paroeciae dismembrationem apud S. Sedem disceptaretur. Unde controversia, a Summo Pontifice H.S.T. demandata, hodie sub his inter partes concordatis dubiis dirimenda proponitur» (ROTA ROMANA, *Sedunen. dismembrationis paroeciae*, coram Perathoner, cit., p. 151-152).

(17) ROTA ROMANA, *Treviren. Diffamationis*, coram Many, 7 febbraio 1913, in SRRD, vol. V, p. 116-126.

(18) « Verum "Redactio" praefatae ephemeridis non est persona moralis proprie dicta, quae ius habeat standi in iudicio; non est enim, in sensu iuris, universitas personarum (qualis est civitas, capitulum, collegium, etc.), nec universitas honorum (veluti fundationes, pia opera, etc.), quae ab auctoritate civili vel canonica competente erecta fuerit ad dignitatem personae iudicariae seu moralis. Insuper dicta "Redactio" non est persona collectiva, quae sit vere subiectum iurium et onerum. (...) Unio quaedam habetur inter ipsos "Redactionis" socios, quatenus singulorum labor ad unum aliquid (scilicet fasciculum ephemeridis edendum) conducit, sicut unio habetur inter opifices diversarum artium fabrilium in domo aedificanda; sed unio ista non sufficit ad constituendos illos tamquam unum corpus morale, subiectum iurium et onerum respectu aliarum personarum, quarum interesse potest. Unde "Redactio" ephemeridis Trevirensis citari non potuit ut persona collectiva, ut dicitur "responsabilis", et ideo, in actione contra ipsam intentata, citari omnino debuit persona privata determinata » (*ibid.*, p. 122-123).

(19) Si ricorda nella sentenza che la parte convenuta deve essere chiaramente determinata nel libello, indicandosi anche il modo di farlo nei casi in cui la parte convenuta sia una persona morale o un soggetto privo dell'erezione. A tale scopo, oltre a richiamare

Dopo la promulgazione del CIC del 1917, i soggetti collettivi privi di personalità morale rimasero in una situazione poco chiara, perché, adoperando gli schemi concettuali propri degli ordinamenti secolari dell'epoca, il Codice favorì l'identificazione del soggetto di diritti con la persona morale⁽²⁰⁾, e quindi lasciò nell'ombra gli enti non eretti in persona giuridica o morale. La dottrina canonica successiva, nell'analizzare la situazione canonica degli enti non personificati, si divise in due posizioni contrastanti: una favorevole alla loro capacità giuridica; l'altra, contraria.

Fra i sostenitori della prima tesi, un gruppo di autori considerava che il diritto di associazione, inteso come diritto naturale, rende i fedeli capaci di creare nuovi enti. Questi enti associativi di natura privata potevano essere inseriti nell'ordinamento canonico allora vigente: alcuni perché ricevevano l'approvazione dell'autorità ecclesiastica, altri perché si proponevano fini di pietà o di carità. Per questi autori tali enti avevano una personalità giuridica, benché questa fosse imperfetta o limitata ad alcuni ambiti⁽²¹⁾.

la dottrina di alcuni autori, si riporta un testo di Reiffenstuel (in tit. *De oblatione libelli*, n. 57): «Quod si vero communitas aliqua vel civitas aut collegium citari debeat, tunc sufficit generalis citatio, v.g., citando consules et senatores illius civitatis, aut abbatem et priorem talis monasterii: siquidem huiusmodi nomina collectiva certum corpus representant, illudque totum determinant. (...) si autem citanda sit persona moralis, quae ius habeat standi in iudicio, vel saltem quae sit vere subiectum iurium et onerum, sufficit citatio generalis, scilicet citando administratores aut directores» (*ibid.*, p. 121-122. Il corsivo è nostro).

⁽²⁰⁾ In fondo si riteneva che la personalità era l'unico strumento adeguato a creare nuovi soggetti. Se non vi era l'atto di erezione dell'autorità, mediante il quale veniva conferita la personalità giuridica o morale, non vi era un soggetto di diritti e di doveri. Sul punto vid. G. LO CASTRO, *Personalità morale e soggettività giuridica nel diritto canonico*, Milano 1974, p. 137-138.

⁽²¹⁾ Pur essendoci sfumature fra di loro, Maroto e Conte a Coronata coincidono nell'attribuire una certa personalità ad enti associativi privati. Maroto si caratterizza per stabilire una distinzione fra le *persone collettive*, le *persone morali naturali*, e le *persone morali codiciali*. Da questa distinzione si evince la rilevanza da lui attribuita al diritto naturale nell'ordinamento canonico: «Persona moralis in iure naturali sive in sua generica notione significat societatem cuius ius distinctum est a iure singulorum, scil. quae constituit subiectum iuridicum diversum a membris quibus componitur. Inde differt a persona collectiva in qua non congregatio ipsa, sed personae quae coadunantur sunt verum subiectum iurium. Personae moralis naturalis ad bonum commune sociorum, eorum saltem qui in societate perseverant, dirigitur, ita ut praescindere non possit ab omnibus membris simul sumptis, quia fine et subiecto careret, potest tamen a pluribus praescindere, donec societas vere (moraliter) perseveret, quia singuli, dum collegium ingrediun-

In ambito specificamente processuale, il Roberti dedicò spazio alla situazione degli enti non personificati. Pregio del suo studio sulla questione è che non soltanto analizzò la capacità di essere parte degli enti associativi, ma anche la situazione processuale di altri enti nati dalla volontà dei privati, compresi quelli civili. Gli enti privi di personalità che, secondo Roberti, hanno capacità di essere parte nel processo canonico sono: *a*) le associazioni semplicemente approvate⁽²²⁾, *b*) le *consociationes mere privatae*⁽²³⁾, e *c*) le persone morali civili, le associazioni di fatto e i patrimoni autonomi⁽²⁴⁾. La sua argomenta-

tur, in favorem omnium iura sua vel bona aut cooperationem ita afferunt sive promittunt ut his rebus vel iuribus reapse qua personae singulares, expolientur. (...) Haec practica utilitate non carent. Etenim: 1° nihil repugnat quod etsi Ecclesia alicui associationi personalitatem iuridicam completam, quae in iure describitur, non tribuat, quoad aliqua tamen recognoscat in ea veram personalitatem moralem sed imperfectam, seu ad quasdam determinatas res circumscripam; 2° non adeo facile concludi potest associationes quae in nostro iure personalitate iuridica ad sensum Codicis non gaudent, esse meras personas collectivitas» (Ph. MAROTO, *Institutiones Iuris Canonici*, t. 1, Romae 1918, p. 437-438). Conte a Coronata parla invece di *personae privatae* o *collectivae* «quae secundum rei naturam ex qualibet personarum physicarum aggregatione exurgit indipendenter a qualibet humana auctoritate publica». Egli considera che esse hanno una certa capacità giuridica: «Aliqualem autem personalitatem seu capacitatem iuridicam etiam personas morales privatas seu collectivitas habere etiam in iure nostro omnino affirmandum putamus: immo et varios gradus huiusmodi personalitatis imperfectae ex ipso Codice distinguere possumus» (M. CONTE A CORONATA, *Institutiones Iuris canonici*, vol I, Taurini 1928, p. 148). In seguito presenta una classificazione delle associazioni dotate di personalità imperfetta: quelle che perseguono un fine onesto temporale collegato col fine della Chiesa, quelle costituite per fini di carità e di pietà, e infine quelle che sono approvate e alle quali si riconoscono alcuni diritti e vengono dati privilegi (cfr. *ibid.*, p. 148-149).

⁽²²⁾ «Associationes simpliciter adprobatae etiam in Codice recensentur (c. 708, 686 § 1, etc.). Codex expresse negat has pias uniones esse personas iuridicas, sed eadem declarat capaces obtinendi gratias spirituales ac praesertim indulgentias (c. 708). Ergo ex parte saltem recognoscit; et hae consociationes quae, praeter ea quae sunt ordinis naturalis, possunt quaedam saltem iuria spiritualis acquirere, eadem iura procul dubio possunt urgere in processu; ideo quoad iura ipsis recognita capacitatem partis habent» (F. ROBERTI, *De processibus*, vol. I, Città del Vaticano 1956, p. 513).

⁽²³⁾ «Adsunt quoque consociationes mere privatae, ad finem pietatis vel caritatis in Ecclesia constitutae e.g. pii coetus (cfr. can. 2003 § 1), comitatus ad finem religionis vel caritatis quae nec erectionem nec adprobationem receperunt. (...) Quamvis eiusmodi associationes non possint sibi adscribere iura quae tantum ex erectione vel adprobatione adquiruntur, nihilominus uti associationes fidelium existunt et ob finem pietatis vel caritatis moderamini Ecclesiae subiucuntur. Igitur quoad iura quorum sunt naturaliter capaces, et ipsae privatae consociationes possunt in iudicio tamquam partes consistere» (*ibid.*, p. 513).

⁽²⁴⁾ «Personae morales civiles legitimae constitutae, itemque consociationes de

zione poggia su queste basi: 1° se l'ordinamento canonico attribuisce alcuni diritti di natura *spirituale* ad un ente (e ciò accade nel caso delle associazioni approvate), questo potrà esigere processualmente tali diritti; 2° tutti gli enti citati sono *naturaliter* capaci di alcuni diritti, e quindi nelle cause riguardanti tali diritti possono essere parte in giudizio. Nel caso degli enti civili, ammette comunque che tale capacità di essere parte possa essere limitata dal diritto naturale, da quello divino o da quello canonico⁽²⁵⁾.

Da una prospettiva più normativista e meno iusnaturalistica, si raggiungono anche conclusioni simili. Condorelli, in un lavoro ormai diventato classico, sulla base della normativa codiciale, dimostra che nel diritto della Chiesa, oltre alle persone morali sono soggetti di diritto, intesi in senso tecnico, i titolari di alcune situazioni giuridiche soggettive⁽²⁶⁾. Questa constatazione gli fa concludere che la personalità giuridica non è altro che un tipo speciale di soggettività⁽²⁷⁾, tesi accolta pacificamente in alcuni ordinamenti giuridici secolari che cercano di superare rigidismi legati ad una concezione troppo formalistica della personalità, secondo cui soltanto sarebbero soggetti in senso giuridico gli enti a cui sia stata attribuita o riconosciuta la qualifica formale di persona giuridica.

Benché Condorelli nel suo lavoro non tratti in particolare della capacità processuale dei soggetti senza personalità, la conclusione del suo lavoro non può essere diversa da quella a cui è pervenuta

facto quibus vel ex mandato aut negotiorum gestione aliqua capacitas partis iure civili agnoscitur, itemque patrimonium autonoma (e.g. hereditas iacens) legitime administrata, eandem quam in foro civili, in foro ecclesiastico capacitatem servant, nisi quid iure naturali aut divino aut canonico obstet» (*ibid.*, p. 514).

(25) Più recentemente Figueroa ammette anche la capacità processuale di enti privi di personalità. Trattando della possibile nullità della sentenza per mancanza della capacità processuale, egli afferma: «La falta de personalidad moral no es necesariamente causa de nulidad, ya que existe una opinión, según la cual, ciertas asociaciones piadosas meramente privadas, tienen capacidad de parte, de modo que ellas pueden acusar y ser acusadas en los tribunales eclesiásticos» (R. FIGUEROA, *La «persona standi in iudicio» en la legislación eclesiástica*, Roma 1971, p. 115). Vid. anche M. CABREROS DE ANTA, *Comentarios al Código de Derecho Canónico*, vol. III, Madrid 1964, p. 373.

(26) Cfr. M. CONDORELLI, *Destinazione di patrimoni e soggettività nel diritto canonico. Contributo allo studio degli enti non personificati*, Milano 1964, p. 133.

(27) Nel pensiero di Condorelli la persona giuridica non esaurisce il novero dei soggetti di diritto diversi dalla persona fisica, e il diniego di personalità giuridica non comporta sempre negazione di soggettività (cfr. *ibid.*, p. 137-139).

Punzi Nicolò: « Anche nella Chiesa, queste entità organizzate, siano patrimoni di destinazione o associazioni ecclesiastiche non riconosciute, devono trovare nel processo lo spazio di tutela proporzionato agli interessi e alle situazioni che di fatto la realtà del diritto riconosce loro. Va dunque riconosciuta la possibilità che gruppi di fedeli, legittimi *christifidelium coetus*, siano ammessi ad agire in giudizio per la tutela di interessi spirituali o patrimoniali riferibili al gruppo come entità unitaria »⁽²⁸⁾.

La seconda posizione dottrinale, che nega la capacità giuridica e quindi quella di essere parte agli enti collettivi, è stata quella maggioritaria nella dottrina successiva al Codice piobenedettino. In questo non si prevedeva una *norma specifica* che proclamasse la capacità giuridica e processuale di enti collettivi non eretti in persona morale. Di conseguenza, per un ampio settore dottrinale, soltanto i battezzati e le persone morali (erette *ipso iure* o mediante decreto della competente autorità ecclesiastica) sono persone in senso giuridico⁽²⁹⁾. Nella trattazione degli enti collettivi da parte di questi autori si può individuare una duplice costante: da un lato, quella di riconoscere che essi sono enti esistenti in virtù del diritto naturale e di conseguenza i loro diritti naturali devono essere riconosciuti dall'autorità ecclesiastica, quantunque alcuni ne possano essere approvati, lodati, raccomandati dall'autorità, ecc.; dall'altro, sottolineare ripetutamente che tali enti non sono persone morali, e che quindi non possono avere ciò che è caratteristico della personalità. Così il Michiels, uno dei più prestigiosi autori in materia di personalità morale, benché riconosca che prima dell'atto di concessione della personalità morale « *associatio vel institutio sane, in quantum legitime condita, gaudet iuribus essentialibus vi ipsius legis naturalis omni societate et institutioni legitime conditae qua tali competentibus (quae jura, ut patet, ab auctoritate publica ecclesiastica, aequae ac ab auctoritate publica civili, recognoscenda sunt et reverenda)*; quinimo, si positive approbata est ab auctoritate ecclesiastica competente, vere ecclesiastica est et qua talis regimini ecclesiastico subjecta », afferma subito che « *non autem est persona moralis in Ecclesia, ac proinde non gau-*

(28) A.M. PUNZI NICOLÒ, v. *Parte (dir. can.)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. 31, Milano 1981, p. 982-983.

(29) Cfr. cann. 87 e 100 del CIC del 1917.

det statu juridico solis personis moralibus in Ecclesia specificè propriis»⁽³⁰⁾.

Se si considera che le persone morali sono «determinatorum iurium et obligationum subjecta, a personis physicis actualiter eam constituentibus vel regentibus distincta, ad proprium finem Ecclesiae stabiliter obtinendum apprimè ordinata»⁽³¹⁾, e che tale personalità si ottiene unicamente mediante l'atto costitutivo dell'autorità ecclesiastica⁽³²⁾, allora si può intendere che la soggettività degli enti non personificati si debba ricondurre all'insieme di membri che li compongono⁽³³⁾. Infatti, le *personae mere collectivae in Ecclesia*, create dalla libera volontà dei fedeli, sono ammesse nel diritto canonico, possono essere lodate e raccomandate, «et quadam capacitate juridica plus minusve extensa donantur, numquam tamen capacitate juridica solis personis moralibus propria, ut capacitate bona propria possidendi»⁽³⁴⁾. A questa capacità patrimoniale, dovrebbe aggiungersi la capacità di esercitare la tutela processuale, la quale è ritenuta indizio tipico della personalità morale⁽³⁵⁾.

(30) G. MICHIELS, *Principia generalia de personis in Ecclesia*, ed. altera, Paris-Torino-Roma 1955, p. 394-395. Vid. anche p. 397, dove l'autore ribadisce che le associazioni di fedeli non erette non possiedono la personalità morale. Cfr. la bibliografia citata nelle stesse pagine.

(31) *Ibid.*, p. 396.

(32) «In Ecclesiae enim non agnoscitur nisi una personalitas moralis proprie dicta, ad quam acquirendam non sufficit mera recognitio auctoritatis competentis, sed requiritur actus ipsius personalitatis moralis constitutivus» (*ibid.*, p. 395, nota 1). Ciò sarebbe conseguenza del carattere eminentemente pubblico della personalità morale nella Chiesa: «omnis personalitas juridica sit essentialiter publica aut non sit» (*ibid.*, p. 397, nota 2).

(33) Per J. TORRUBIANO RIPOLL, la persona collettiva «es aquella en la cual los derechos sociales no son sino la suma de los derechos de cada uno de los socios, los cuales se ejercen en común en nombre de cada uno» (J. TORRUBIANO RIPOLL, *Novísimas instituciones de Derecho canónico*, Madrid 1919, n. 293, p. 223).

(34) G. MICHIELS, *Principia generalia de personis in Ecclesia*, cit., p. 396. In nota questo autore cerca di chiarire la situazione di tali beni: «Dicimus "bona propria", a bonis sociorum distincta et personae collectivae qua tali propria; quapropter, si quae bona possideant, ea possident nomine eorum qui bona dederunt et nomine eorum administrant; soluta autem societate, bona inter socios dividuntur» (*ibid.*, p. 396, n. 3). Dello stesso parere sono J. TORRUBIANO RIPOLL, *Novísimas instituciones de Derecho canónico*, cit., n. 294, p. 224 e M. CONTE A CORONATA, *Institutionis iuris canonici*, vol. I, cit., p. 149. Comunque c'è da segnalare che la situazione prospettata è alquanto strana: da un lato, sembra che i soci possiedono e amministrano beni che non sono loro propri, e dall'altro, che in caso di scioglimento si distribuiscono i beni fra di loro.

(35) «Haec capacitas, in iure canonico antiquo aequè ac in iure vigenti indubi-

Questa posizione dottrinale si riflette anche fra alcuni cultori del diritto processuale canonico, per i quali le *personae collectivae* possono agire unicamente in giudizio mediante litisconsorzio, riconducibile alla soggettività *uti singulis*. Così, ad es., Eichmann ritiene che le società e le unioni prive di personalità giuridica possono agire come compagni del litigio⁽³⁶⁾. Tuttavia, in un caso viene ammessa, come eccezione, una certa soggettività di gruppi di fedeli, anche se privi della personalità: si riconosce loro la capacità di introdurre una causa di beatificazione o di canonizzazione, perché così è previsto esplicitamente dalla normativa canonica⁽³⁷⁾.

tanter admissa, revera haberi debet tamquam characteristicum personalitatis indicium; ea enim cuicumque personae morali sine ulla exceptione competit» (G. MICHIELS, *Principia generalia de personis in Ecclesia*, cit., p. 461). Pur non negando esplicitamente la capacità *standi et agendi in iudicio* delle persone collettive, lo stretto collegamento con la personalità morale fa che si possa supporre che tale capacità sia esclusiva delle persone morali. Comunque, desta qualche perplessità che il Michiels colleghi così strettamente tale capacità alla persona morale non facendo riferimento alla capacità dei soggetti non personificati quando cita come precedente nel diritto antico la Decretale di Innocenzo III nella quale ad una *universitas scholarium* gli si riconosce la capacità di agire e di difendersi tramite un procuratore, senza che a quell'epoca si potesse parlare di persone morali: «Quia in causis, quae contra vos et pro vobis moventur, interdum vestra universitas ad agendum et respondendum commode interesse non potest, postulastis a nobis, ut procuratorem instituere super hoc vobis de nostra permissione liceret. Licet igitur de iure communi hoc facere valeatis, instituendi tamen Procuratorem super his auctoritate praesentium vobis concedimus facultatem» (*Quia in causis*, X.1.38.7).

⁽³⁶⁾ «Gesellschaften, Vereine (z.B. Kirchenbauvereine), welche nicht juristische Persönlichkeit besitzen, können nur als Streitgenossen auftreten» (E. EICHMANN, *Das Prozeßrecht des Codex Iuris Canonici*, Paderborn 1921, p. 92). In un altro manuale questo autore mette in evidenza le conseguenze della mancanza di personalità giuridica: «Von dem organisierten Personenverband mit eigener Rechtssubjektivität unterscheidet sich der gewöhnliche Verein. Rechte und Verbindlichkeiten des Vereins sind gemeinsame Rechte und Verbindlichkeiten der Vereinsmitglieder, der Verein ist als solcher nicht rechts-, vermögens-, erwerbs-, partei-, prozeß — und deliktstfähig. Der Verein kann sich auflösen und eine Aufteilung des Vermögens vornehmen. Im Prozeß treten die Vereinsmitglieder als aktive bzw. passive Streitgenossen auf usw.» (E. EICHMANN, *Kirchenrecht*, vol I, Paderborn, 1929, p. 98).

⁽³⁷⁾ «Als *legitimus coetus Christifidelium*, welcher nach c. 2003, § 1 zur Antragstellung behufs Eröffnung eines Beatifikations — oder Kanonisationsprozesses berechtigt ist, wird nicht bloß eine juristische Person des kirchlichen Rechts, z. B. ein Orden, zu verstehen sein, sondern jeder erlaubte Verein und jede Versammlung von Katholiken auch wenn der Verein oder die Versammlung keine juristische Persönlichkeit besitzen» (E. EICHMANN, *Das Prozeßrecht des Codex Iuris Canonici*, cit., p. 92, nota 2).

4. *La dottrina canonica successiva al CIC del 1983.*

Il testo del can. 113 § 2 potrebbe far sembrare che anche nel CIC del 1983 sono soltanto soggetti di diritti e obblighi le persone fisiche e quelle giuridiche. Tuttavia l'insieme del Codice mette in luce la presenza dei soggetti senza personalità⁽³⁸⁾. Si tratta secondo Lombardía di centri di attribuzioni di alcune situazioni giuridiche attive o passive, ai quali spetta una capacità giuridica. Fra questi centri, individua le associazioni private di fedeli. Svolgono in pratica la condizione di soggetto, pur non essendo riconosciute come persone giuridiche⁽³⁹⁾. Già durante i lavori della codificazione latina, Condorelli evidenziò che le associazioni prive di personalità erano veri soggetti⁽⁴⁰⁾. Questa realtà ha portato ad affermare riguardo alla distinzione fra enti riconosciuti come persona giuridica e gli enti che non hanno ricevuto tale qualifica che «per quanto in sé ricca di conseguenze giuridiche rilevanti, questa distinzione (...) va relativiz-

⁽³⁸⁾ Cfr. G. LO CASTRO, *Il soggetto e i suoi diritti nell'ordinamento canonico*, cit., p. 110, il quale sottolinea il fatto che la norma del can. 113 § 2 non comporta una chiusura della soggettività.

⁽³⁹⁾ «La nozione di *persona giuridica*, tuttavia, non abbraccia la totalità delle ipotesi nelle quali collettività o patrimoni appaiono come soggetti di imputazione di diritti, doveri, legittimazioni, capacità; giacché gli ordinamenti giuridici presentano esempi di imputazioni di situazioni attive o passive ad entità alle quali non è stata attribuita formalmente la condizione di soggetti di diritto, mediante la qualificazione come persone giuridiche. In tali casi siamo in presenza di entità che, senza avere la qualifica generale di soggetti di diritto o di *persone giuridiche*, agiscono tuttavia come centri d'imputazione delle situazioni giuridiche particolari che l'ordinamento riconosce loro» (P. LOMBARDÍA, *Lezioni di diritto canonico*, cit., p. 182). Nel Codice, continua lo stesso autore, «è previsto un significativo esempio di soggetto senza personalità; l'attaccamento a vecchi schemi tecnici può aver indotto il legislatore a negare a tale ipotesi la condizione di soggetto; questa inevitabilmente tuttavia si darà nella pratica, per determinati effetti, anche se il soggetto non riuscirà ad ottenere il riconoscimento come persona giuridica (cfr. can. 310)» (*ibid.*, p. 189). Per i diritti dell'associazione riconosciuta priva di personalità giuridica, cfr. L. NAVARRO, *Diritto di associazione e associazioni di fedeli*, Milano 1991, p. 85, nota 119.

⁽⁴⁰⁾ Cfr. M. CONDORELLI, *Considerazioni problematiche sul concetto e sulla classificazione delle persone giuridiche nello «Schema De Populo Dei»*, in *Il diritto ecclesiastico*, 91 (1980), I, p. 452. Per questo autore, «il diniego della personalità giuridica non comporta necessariamente diniego della soggettività, ma solo di quella particolare forma di soggettività che viene attribuita mediante l'*erectio* canonica agli enti che assumono (ed in quanto assumono) una determinata struttura ed una particolare organizzazione stabilite dalla legge» (*ibid.*, p. 453).

zata, ridimensionata e, soprattutto, riportata alle sue radici funzionali, distaccandosi da ogni "mistica della persona giuridica", che — superatissima ormai nella cultura giuridica secolare — alligna ancora in certe prospettive canonistiche, e in talune interpretazioni giurisprudenziali»⁽⁴¹⁾.

Il settore dottrinale più sensibile al fenomeno associativo ha cercato negli anni successivi alla promulgazione del codice di approfondire la natura e lo spessore giuridico di questi enti. Fra questi autori, la Punzi Nicolò ha sottolineato alcuni aspetti che sembrano fondamentali: *a)* tutti i soggetti associativi si caratterizzano sempre dalla «presenza di un gruppo umano, portatore, nella Chiesa, di interessi e di situazioni giuridiche»; e *b)* l'ordinamento realizza parimenti una considerazione speciale e globale del gruppo umano. In alcuni casi tale considerazione sintetica viene fatta tramite la personalità giuridica; in altri (le associazioni senza personalità) «questa considerazione sintetica è meno intensa e l'ordinamento lascia che il gruppo, centro di interessi e di attività, esprima la sua fondamentale unitarietà attraverso congegni e meccanismi giuridici più vari e articolati, meno immediatamente palesi ed efficaci»⁽⁴²⁾, il che non significa che il gruppo non sia un vero centro di imputazioni di situazioni giuridiche, un vero soggetto.

La condizione unitaria del gruppo umano si riflette anche sui beni dell'associazione priva di personalità⁽⁴³⁾. Il patrimonio ha necessariamente una certa unità che si manifesta anche nel rapporto di ogni socio con i beni associativi: nessuno come singolo è *dominus* di una parte di essi, ma ciascuno è *condominus* o *compossessor* del

(41) A.M. PUNZI NICOLÒ, *Dinamiche interne e proiezioni esterne dei fenomeni associativi nella Chiesa*, cit., p. 498.

(42) *Ibid.*, p. 499-500.

(43) Navarro-Valls individua anche nelle associazioni di cui al can. 310 una certa soggettività. Tuttavia, seguendo quanto disposto in quel canone, tale soggettività svanisce perché «el patrimonio puramente asociativo sufrirá necesariamente *todas las vicisitudes* a que pueden verse sometidos los bienes de los socios. De aquí que si contraen obligaciones serán los socios los que respondan personalmente por su cumplimiento, salvo que los estatutos indiquen lo contrario» (R. NAVARRO-VALLS, *Las asociaciones sin personalidad en derecho canónico*, in *Das konsoziative Element in der Kirche, Akten des Vi. internationalen Kongresses für kanonisches Recht*, München, 14-19 september 1987, St. Ottilien 1989, p. 553. Il corsivo è nostro). La clausola finale che rinvia agli statuti potrebbe, comunque, essere una via per proteggere il patrimonio sociale e restituiregli almeno la condizione di patrimonio separato.

patrimonio dell'associazione. Perciò non sembra pienamente soddisfacente il ricorso alla figura del mandante per l'esercizio dei diritti o l'adempimento dei doveri, come se vi fosse un rapporto di mandato fra il gruppo e una persona fisica⁽⁴⁴⁾. Più logico sarebbe ipotizzare che tale rapporto sia quello tipico di rappresentanza del soggetto, come accade nel caso delle persone giuridiche (cfr. can. 118).

Queste caratteristiche comuni ad ogni realtà associativa nella Chiesa fanno sì che «la condizione giuridica delle associazioni non riconosciute va, per molti aspetti (non certo per tutti), parificata a quella delle associazioni personificate, e anche alle prime compete, come alle seconde, la qualità di soggetti di diritto distinti dalle persone dei membri»⁽⁴⁵⁾.

5. *La capacità processuale degli enti associativi privi di personalità.*

Da quanto precedentemente esposto, sembra che si possa dedurre che la questione della *capacitas agendi in iudicio* degli enti privi di personalità vada ricollegata alla loro soggettività sostanziale. In

(44) «Il can. 310, che disciplina, sommariamente, questo aspetto patrimoniale, ha un contenuto — a mio modo di vedere — piuttosto contraddittorio, almeno nel senso che oscilla tra il riconoscimento della insopprimibile unitarietà del gruppo (il *coniunctim* del cpv) e un certo irrigidimento concettuale sul punto della «non-personalità» dell'associazione (il riferimento ai fedeli associati, da considerarsi *uti singuli*). Credo che in ogni caso si debba riaffermare che l'assenza della personalità giuridica non costituisce ostacolo a che il gruppo, nel suo insieme, si colleghi con i beni dell'associazione (il fondo comune), si obblighi e risponda per mezzo di questo, li amministri e li utilizzi. Questo, a mio parere, significa l'avverbio «*coniunctim*» del can. 310. Nessun consociato, come singolo è *dominus* dei beni dell'associazione, ma solo *condominus* e *compossessor*, in quanto e fino a quando continui a farne parte. Il suo rapporto, dunque, non è con una frazione del patrimonio, come nel caso del proprietario di una quota *pro indiviso*, ma con la totalità dei beni nel suo complesso, poggiando sul presupposto di essere membro di un gruppo. Se questo è vero, allora non può non apparire stridente la seconda parte del canone, che indica i mezzi concreti («*per mandatarium seu procuratorem*») con cui si possono esercitare i diritti e adempiere le obbligazioni, riferibili all'associazione non personificata. La configurazione di un rapporto di mandato in senso tecnico presupporrebbe infatti l'individuazione di un soggetto mandante, mentre in questo caso — ponendo come centro di imputazione di diritti e obblighi il gruppo non personificato — sembra più esatto ipotizzare una persona fisica che funge da strumento di esteriorizzazione della volontà e dell'interesse del gruppo» (A.M. PUNZI NICOLÒ, *Dinamiche interne e proiezioni esterne dei fenomeni associativi nella Chiesa*, cit., p. 504-505).

(45) *Ibid.*, p. 499.

ambito civilistico tale connessione è stata messa in evidenza da Satta: «Infatti la capacità giuridica non è determinata dal diritto processuale, ma dal sostanziale, il quale stabilisce chi siano i soggetti di diritto, come si acquisti la personalità giuridica, e in quali modi enti privi di personalità possano stare in giudizio (ad es. art. 36, 529, 2298, c.c.)»⁽⁴⁶⁾. Un'analisi attenta riconduce infatti la questione processuale all'esistenza ed alla identificazione del soggetto. Perciò lo stesso autore aggiunge a proposito delle associazioni non riconosciute del diritto civile italiano, «che il problema della capacità processuale si presenta spesso come un problema di identificazione dei soggetti nei cui confronti l'azione può e deve essere proposta (o, attivamente, che possono proporla). Questo problema è anzi infinitamente più vasto di quanto le fattispecie degli art. 36 ss. c.c. non lascino supporre: ma è evidente che non è un problema di capacità processuale, ma se mai di legittimazione; quanto meno *sotto l'aspetto della capacità processuale si nasconde un autentico problema di esistenza del soggetto*, e quindi della sua legittimazione ad agire e ad essere convenuto in giudizio»⁽⁴⁷⁾.

Nella dottrina canonica si può desumere la consapevolezza del collegamento fra capacità *agendi in iudicio* e soggettività sostanziale, perché i canonisti che riconoscono l'esistenza di un soggetto nei gruppi non personificati, attribuiscono loro tale capacità⁽⁴⁸⁾ o, al-

(46) S. SATTA, v. *Capacità processuale civile*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. 6, Milano 1960, p. 131.

(47) *Ibid.*, p. 133.

(48) Così Llobell attribuisce ad ogni soggetto titolare di un bene giuridicamente protetto nell'ordinamento, la *capacitas agendi in iudicio*: «Infatti, la giustizia sarà garantita soltanto quando ogni bene è protetto da qualsiasi danno ingiusto, recato da qualsivoglia tipo di soggetto — non esclusi quindi i titolari della potestà ecclesiale — mediante la possibilità di rivolgersi ad un organo indipendente rispetto al contraddittorio. Perciò esiste, ed è necessario proteggere la sua operatività, il giudizio contenzioso-amministrativo. I titolari dei detti beni possono essere persone fisiche — battezzate o non battezzate (cf. can. 1476) — o *collettività personalizzate dall'ordinamento o anche non personalizzate stricto sensu*. Da questo punto di vista, ogni soggetto può essere parte — attore o convenuto — in un processo, personalmente o tramite i suoi legittimi rappresentanti (cf. can. 1478)» (J. LLOBELL, *Il patrocinio forense e la « concezione istituzionale » del processo canonico*, cit., p. 440-441). A tali enti attribuisce anche la *capacitas standi in iudicio*, che comporta la disponibilità sul bene oggetto del contraddittorio (manifestare la volontà di iniziare il processo, di rinunciare tramite la transazione o il compromesso). Tale capacità viene esercitata tramite i rappresentanti delle persone giuridiche e delle collettività (cfr. *ibid.*, p. 441).

meno, sono critici nei confronti della risposta autentica e delle citate risoluzioni della Segnatura Apostolica⁽⁴⁹⁾, perché ritengono che, oltre ad essere veri soggetti, sono anche portatori di interessi collettivi (ai quali le prime risoluzioni hanno chiuso la strada)⁽⁵⁰⁾. Il diritto alla difesa esige che tali soggetti possano chiedere la tutela dei loro diritti e dei loro interessi non soltanto come insieme di individui che agiscono in comune ma anche come soggetto unitario⁽⁵¹⁾.

(49) «Qui mi limito a ribadire che il riconoscimento in persona giuridica costituisce un indice troppo formale e restrittivo per essere preso a base della legittimazione ad utilizzare i rimedi di giustizia amministrativa. Vi è infatti una ricca realtà associativa — frutto di un diritto fondamentale dei fedeli — che rischia di restare gravemente pregiudicata nella sua capacità di farsi portatrice di esigenze ed interessi largamente avvertiti nella comunità dei fedeli e, come tali, meritevoli di essere ammessi ad usufruire delle forme di tutela previste dall'ordinamento» (P. MONETA, *La tutela dei diritti dei fedeli di fronte all'autorità amministrativa*, in *Fidelium iura*, 3 [1993], p. 300-301).

(50) «Tale legittimazione (a ricorrere in sede amministrativa) non viene, invece, ammessa per le associazioni non riconosciute e, più in generale, per gli enti non eretti formalmente in persona giuridica. Questa limitazione non è in verità espressamente prevista dal Codex, che stabilisce, sul piano sostanziale, una incapacità ad essere soggetti di obblighi e di diritti per le associazioni non costituite in persona giuridica (can. 310), senza per altro affrontare il problema di una eventuale capacità di queste associazioni di farsi portatrici di interessi di natura collettiva» (P. MONETA, *I soggetti nel giudizio amministrativo ecclesiastico*, cit., p. 56-57). Da parte sua Zuanazzi, pur sottolineando che si deve «prendere atto del disposto preclusivo della capacità processuale del *coetus fidelium* adottato nella risposta della Pontificia Commissione e, sulla base di questa, nei decreti della Segnatura Apostolica», evidenzia anche la necessità di aprire nuove vie per la difesa degli interessi collettivi: «Nell'assetto di giustizia amministrativa della Chiesa, tuttavia, si auspica l'estensione della legittimazione attiva anche a quegli enti o formazioni sociali privi di personalità giuridica che siano veramente rappresentativi delle istanze collettive e siano in grado, per la forza e l'efficacia della loro organizzazione, di promuovere con maggiore incisività le misure di controllo» (I. ZUANAZZI, *La legittimazione a ricorrere «uti fidelis» per la tutela dei diritti comunitari*, cit., p. 426 e 450, rispettivamente). Sugli interessi collettivi, vid. anche A.M. PUNZI NICOLÒ, *Dinamiche interne e proiezioni esterne dei fenomeni associativi nella Chiesa*, cit., p. 509-510, la quale ritiene tali interessi suscettibili di essere portati in giudizio in modo unitario, e J. LLOBELL, *L'oggetto del contenzioso amministrativo*, in *Ius Ecclesiae*, 3 (1991), p. 143-144.

(51) Gangoi ritiene che i fedeli in gruppo hanno la legittimazione attiva per difendere presso i tribunali ecclesiastici i loro diritti (cfr. B. GANGOI, *De iure standi in iudicio amministrativo hierarchico et in Altera Sectione Signaturae Apostolicae laicorum paroecialium contra decretum episcopi, qui demolitionem paroecialis ecclesiae decernit*, in *Angelicum* 65 [1988], p. 403-404). La sua argomentazione poggia sul fatto che il canone 221 § 1 del CIC non distingue fra i fedeli singoli e associati: «Legislator dicit "christifideles" ergo significat singuli et omnes, uti singuli vel in coetu» (*ibid.*, p. 404). Navarro-Valls riconosce che l'associazione priva di personalità può agire nel processo, ma, seguendo let-

Comunque, secondo la citata risposta della Pontificia Commissione per l'interpretazione autentica del CIC, un'associazione di fedeli priva di *recognitio statutorum* non sarebbe un soggetto abile a ricorrere come tale contro un decreto del Vescovo. Tuttavia ciò non sembra si adegui alla realtà sostanziale, in particolare nei casi in cui il ricorso viene inoltrato contro il decreto che nega proprio la *recognitio statutorum*⁽⁵²⁾. Non sembra affatto che il ricorso sia stato l'occasione in cui sia nato il gruppo che impugna l'atto amministrativo. Si tratta piuttosto di un ricorso presentato dai fedeli che hanno costituito previamente una realtà di natura associativa⁽⁵³⁾.

Che la condizione di soggetto possa essere attribuita unicamente a quelle associazioni che abbiano ottenuto la *recognitio statutorum* del can. 299 § 3 o anche a quelle che sono prive di tale requisito⁽⁵⁴⁾, dipenderà soprattutto dal valore che si attribuisca al diritto di asso-

teralmente quanto disposto al can. 310, « no podrá ser parte en el proceso, sino que actuará representada colectivamente por un mandatario o procurador » (R. NAVARRO-VALLS, *Las asociaciones sin personalidad*, cit., p. 553).

⁽⁵²⁾ Nel suo commento alla risposta autentica Bonnet esprime alcuni rilievi critici nei confronti non della mancata capacità dell'associazione *qua talis* di interporre ricorso, ma dell'attribuzione di discrezionalità al giudice nel valutare il danno anche nel caso di diniego della *recognitio statutorum* (cfr. P.A. BONNET, *Responsa Pontificiae Commissionis*, cit., p. 268).

⁽⁵³⁾ Dato questo presupposto, coloro che presentano il ricorso non agiscono *uti singuli*, ma *uti universi*. Analizzando la posizione giuridica degli enti collettivi negli ordinamenti civili si è messo in evidenza che « di una capacità giuridica e di una capacità di agire può parlarsi anche a proposito di questi enti collettivi: capacità giuridica nel senso che l'ente può essere soggetto di diritti, nei limiti in cui questi possono essere imputati ad un gruppo e con riferimento, mancando una organizzazione autonoma come nelle persone giuridiche, sempre ai singoli componenti che vengono protetti, non in riguardo al loro interesse personale, ma riguardo all'interesse collettivo e del gruppo; capacità di agire nel senso di possibilità di compiere atti giuridici, nei limiti dati dalla natura del gruppo, e attraverso l'attività di rappresentanti o mandatari dei componenti *uti universi* » (G. TAMBURRINO, v. *Capacità III. Diritto internazionale privato e processuale*, in *Enciclopedia Giuridica*, Roma 1988, p. 4). Perciò il riferimento della risposta autentica ai fedeli *uti singuli* che agiscono *coiunctim*, sembra poco coerente con il diritto di associazione dei fedeli.

⁽⁵⁴⁾ Oltre a queste associazioni, la questione interessa anche altre realtà operanti nella Chiesa: i « comitati, figura non prevista dal *codex*, ma ben esistente nell'esperienza concreta, che si potrebbero identificare mediante la caratteristica di non porsi come — potenzialmente — perpetui e neppure durevoli, ma di prefiggersi uno scopo, esaurito il quale, l'ente stesso non ha più ragion d'essere » (A.M. PUNZI NICOLÒ, *Dinamiche interne e proiezioni esterne dei fenomeni associativi nella Chiesa*, cit., p. 501).

ciazione riconosciuto al can. 215 e di conseguenza al patto associativo stabilito fra i membri. Per alcuni autori l'associazione non esisterebbe, nemmeno di fatto, finché non vi sia la *recognitio*: « ante recognitionem, consociatio nec de facto in Populo Dei exstat, sed tantum habentur singuli christideles »⁽⁵⁵⁾. Se ciò fosse vero, occorrerebbe chiedersi allora quale sia l'efficacia giuridica dell'atto costitutivo dell'associazione (can. 299 § 1). Per altri, invece, la *recognitio statutorum* è un mezzo adoperato dall'autorità per riconoscere qualcosa già esistente non soltanto sociologicamente, ma anche giuridicamente. Perciò la mancanza di *recognitio statutorum* non comporta automaticamente l'inesistenza di un nuovo soggetto⁽⁵⁶⁾. Anzi, se non si vuole svuotare di contenuto il diritto dei fedeli di costituire liberamente associazioni, bisogna riconoscere effetti giuridici all'atto costitutivo, e quindi, individuare nell'associazione un soggetto, che potrebbe avere diritto alla *recognitio statutorum*.

6. Possibili soluzioni.

Da una prospettiva sostanziale del fenomeno associativo nella Chiesa, la risposta autentica non offrirebbe una soluzione soddisfacente, e quindi la questione resterebbe aperta per riconoscere che i soggetti privi di personalità hanno *capacitas agendi in iudicio*⁽⁵⁷⁾. Tale capacità dovrebbe riguardare logicamente quei diritti, facoltà,

⁽⁵⁵⁾ P.A. BONNET, *Responsa Pontificiae Commissionis*, cit., p. 268.

⁽⁵⁶⁾ «Le associazioni private esistono, prima di essere riconosciute, in virtù dell'esercizio di un diritto fondamentale riconosciuto, proclamato e sancito dal Codice (can. 215, 299 § 1). Perciò, queste associazioni di fedeli agiscono fin dall'inizio come associazioni nella Chiesa, ossia come enti in sintonia con i suoi fini e che rispettano i necessari vincoli di comunione» (L. NAVARRO, *Diritto di associazione e associazioni di fedeli*, cit., p. 77-78, e dottrina ivi citata). Per una visione più completa della questione vid. *ibid.*, p. 70-84.

⁽⁵⁷⁾ Applicando la norma secondo cui le leggi che restringono l'esercizio dei diritti sono sottoposte a interpretazione stretta (cfr. can. 18), si potrebbe pensare che la risposta fa riferimento al ricorso gerarchico contro un decreto del Vescovo e quindi sarebbe applicabile unicamente alla capacità *agendi* nel processo contenzioso-amministrativo (in quanto collegato con il ricorso gerarchico), lasciando intatta la capacità processuale nel processo giudiziario. Tuttavia, ciò, oltre ad essere una soluzione parziale troppo formale e positivista, non rientrerebbe nella logica della *capacitas agendi* dei soggetti nell'ordinamento canonico, in quanto riconoscerebbe la capacità in un ambito processuale (processo ordinario) e la negherebbe in un altro (processo contenzioso-amministrativo).

interessi e doveri che siano propri del soggetto in questione. Ammettere questa possibilità sarebbe certamente più corrispondente alla realtà giuridica e non dovrebbe destare perplessità poiché un cambiamento analogo si è avverato in tempi recenti riguardo alle persone fisiche⁽⁵⁸⁾, e perché tale possibilità è stata accolta dalla giurisprudenza pre codiciale e dalla dottrina successiva al CIC del 1917, affinché gli enti senza personalità canonica potessero agire in giudizio.

Comunque, la risposta autentica non precluderebbe altre soluzioni. Dato che nei commenti successivi alla risposta è stato giustamente messo in rilievo che da essa non risulta chiaro se i gruppi che hanno ricevuto la *recognitio* di cui al can. 299 § 3 sono in possesso della capacità processuale⁽⁵⁹⁾, una prima soluzione sarebbe quella di interpretarla nel senso che le associazioni che abbiano ottenuto la *recognitio statutorum* possiedono la capacità processuale come *associazione*, come soggetto di diritto, senza dover ricorrere alla costituzione del litisconsorzio, poiché l'associazione agisce già tramite il mandatario o il procuratore (cfr. can. 310), e non di rado il mandatario è il suo legittimo rappresentante.

Per quanto riguarda invece *le aggregazioni non riconosciute*, si potrebbe auspicare che, come suggerito da Llobell, tale *recognitio* possa essere anche portata a termine dal giudice, prima di iniziarsi una causa⁽⁶⁰⁾. Il giudice sarebbe chiamato ad accertare caso per caso sia l'ecclesialità dell'ente che non abbia ancora ottenuto il riconoscimento in via amministrativa, sia la presenza di un interesse sufficiente, sia, infine, un'adeguata capacità processuale.

Un'altra soluzione possibile, proposta già da Lombardia nel 1968⁽⁶¹⁾, sarebbe quella di riconoscere effetti processuali alla perso-

(58) Cfr. nota 2. Benché si discute in dottrina sulla personalità giuridica dei dicasteri della Curia romana, è pacificamente ammesso che tali enti pubblici possono essere parte convenuta nel contenzioso-amministrativo presso la Segnatura Apostolica (cfr. Z. GROCHOLEWSKI, *La parte resistente nei processi contenzioso-amministrativi presso la Segnatura Apostolica*, in *Ius Ecclesiae*, 3 [1991], p. 81 ss).

(59) Cfr. nota 9.

(60) Cfr. J. LLOBELL, *Associazioni non riconosciute e funzione giudiziaria*, in *Das konsoziative Element in der Kirche. Akten des VI. internationalen Kongresses für kanonisches Recht*, cit., p. 352-353. Il ruolo del mandatario o procuratore del gruppo non riconosciuto sarebbe percepito dal giudice come eccedente la mera rappresentazione processuale, superando i rigidi schemi del semplice litisconsorzio (cfr. *ibid.*, p. 353).

(61) Dopo aver messo in evidenza i limiti della normativa del Codice del 1917 e il significato della proclamazione conciliare del diritto di associazione dei laici, Lombardia

nalità giuridica civile di enti associativi *creati da fedeli*, con finalità di *natura tanto ecclesiale come temporale*. In ultima analisi si tratterebbe di persone giuridiche civili che diventerebbero parti nei processi canonici⁽⁶²⁾. Comunque, ciò non significa che ogni ente civile avrebbe automaticamente la capacità processuale canonica; il riconoscimento ad effetti processuali della personalità civile dovrebbe essere preceduto da un accertamento, fatto dal giudice, della presenza di un *rapporto* che ricollegli l'ente all'ordinamento canonico e che stia alla base della causa concreta. In alcuni casi l'elemento che colloca la persona giuridica civile nell'ambito del diritto della Chiesa potrà essere ad es. una relazione giuridica contrattuale con un ente canonico⁽⁶³⁾ o un diritto reale su un bene sacro; in altri casi, tale ele-

prevedeva che «la acción libre y responsable de los fieles dará lugar a entidades que sin constituir elementos integrantes de la organización oficial de la Iglesia, institucionalizarán recursos personales y patrimoniales en orden a la consecución de fines eclesiales». Dinanzi a ciò egli si chiedeva quale sarebbe stato il modo più giusto di regolare giuridicamente questi enti. La sua risposta, nella quale echeggia la libertà e la responsabilità dei fedeli nella Chiesa e nel mondo è la seguente: «Ante todo (...) lo más lógico es que se acojan al Derecho secular del país, ya que *se trata de entidades civiles*». Ma, non trattandosi di semplici enti civili alieni all'ordinamento canonico, ma di enti con uno spessore ecclesiale, il canonista spagnolo aggiunge: «su existencia con un proyecto de actividad verdaderamente eclesial, plantea problemas de Derecho Canónico, tales como la conexión con la autoridad eclesiástica, su autonomía, etc. El más adecuado tratamiento de estas realidades es: un reconocimiento por parte del ordenamiento de la Iglesia de su personalidad civil, que les permita actuar por medio de representantes ante los órganos administrativos y judiciales de la Iglesia» (P. LOMBARDIA, *Persona jurídica en sentido lato y en sentido estricto (Contribución a la teoría de la persona moral en el ordenamiento de la Iglesia)*, cit., p. 178-179).

⁽⁶²⁾ La *capacitas agendi in iudicio* delle persone giuridiche civili non è stata esclusa dalla dottrina ed è pienamente ammissibile quando l'ente civile entra in rapporto con l'ordinamento canonico, pur non avendo la persona giuridica civile finalità di natura ecclesiale. Ciò accade ad es. con i contratti fra enti civili e persone giuridiche canoniche. Qualora sorgesse una controversia sul contratto, l'ente civile potrebbe esigere che la giurisdizione competente a giudicarla sia quella ecclesiastica. Non sembra che si possa opporre la mancata personalità canonica dell'ente attore, perché privo di personalità giuridica canonica, e nemmeno che il tribunale si possa dichiarare incompetente perché debba applicare la legge civile sui contratti, poiché a questa rinvia l'ordinamento canonico (cfr. can. 1290).

⁽⁶³⁾ Data la natura giuridica tanto canonica come civile di tali contratti, il giudice competente per conoscerne le controversie sarà quello ecclesiastico o quello civile, dipendendo dalla giurisdizione alla quale si rivolge l'attore. Un caso paradigmatico è quello dell'inadempimento di un contratto di traduzione fra una fedele e una editrice dipendente da una congregazione religiosa. Alla parte attrice fu consigliato di portare la causa ai tribunali civili, ma lei insistette perché il litigio fosse deciso da un tribunale ecclesia-

mento sarà la dimensione ecclesiale delle finalità dell'ente civile o delle sue attività⁽⁶⁴⁾. Se non vi è tale collegamento specifico con l'ordinamento canonico, non potrà essere ammessa la persona civile come parte in un processo canonico.

Se la giurisprudenza canonica ammettesse questa ultima via sarebbe più rispettosa della realtà sostanziale⁽⁶⁵⁾, e si ricollegerebbe alla giurisprudenza del periodo classico del diritto canonico, la quale seppe trovare vie per una migliore trattazione anche processuale di quelle *universitates rerum et personarum*, che oggi sarebbero realtà giuridiche qualificate come soggetti senza personalità.

LUIS NAVARRO

stico. «Actrix, expresse declarans se velle “que les responsabilités soient fixées par les autorités ecclésiastiques”», dopo un lungo tempo ottenne che la causa fosse giudicata dalla Rota Romana (cfr. ROTA ROMANA, *Romana, Iurium (creditum et damnorum)*, coram Palestro, 15 giugno 1988, in *Ius Ecclesiae*, 1 [1989], p. 589). Su questa causa annota Llobell: «ci sembra che il torto più grave della decisione del tribunale diocesano di Bruges consista (...) nel consigliare all'attrice di rivolgersi ai tribunali civili. E la gravità di questo consiglio non scaturisce soltanto dalla violazione del privilegio del foro (can. 120 § 1), ma anche dal rifiuto di giudicare su controversie patrimoniali che appartengono, anche se non esclusivamente, alla giurisdizione canonica, benché la legge applicabile sia quella del luogo dove si è stipulato il contratto (can. 1529 del CIC 1917, e can. 1290 del CIC 1983). A proposito dell'intreccio tra giurisdizione ecclesiastica e giurisdizione civile, ci sembra interessante mettere in risalto la rinuncia all'azione “in qualibet iurisdictione”, fatta dalla parte attrice attraverso il suo patrono (cfr. decreto c. Palestro del 26 novembre 1988)» (J. LLOBELL, *Aspetti del diritto alla difesa, il risarcimento dei danni e altre questioni giurisdizionali in alcune recenti decisioni rotali*, cit., p. 596-597).

(64) Cfr. P. LOMBARDIA, *Persona jurídica en sentido lato y en sentido estricto*, cit., p. 179, nota 32.

(65) Benché la giurisprudenza della Segnatura Apostolica sulla capacità dei gruppi e comitati per la tutela degli interessi comuni mantenga immutato quanto deciso nelle prime risoluzioni («Si constata innanzitutto come nei successivi provvedimenti non venga più posta in discussione e si consideri invece acquisita in modo definitivo la conclusione circa l'incapacità processuale dei *coetus fidelium*»: I. ZUANAZZI, *La legittimazione a ricorrere «uti fidelis» per la tutela dei diritti comunitari*, cit., p. 427), si è verificata un'evoluzione nei confronti del fedele come titolare di interessi di natura collettiva. Superando i limiti delle due prime risoluzioni della Segnatura in seguito alla risposta autentica, sono stati ammessi alcuni ricorsi presentati da alcuni componenti della comunità parrocchiale nei confronti di decreti di soppressione della parrocchia da parte del Vescovo: vid. le due sentenze della Sectio Altera della Segnatura Apostolica (prot. n. 21883/90 CA [*Suppressionis paroeciae*], del 16 gennaio 1993 e prot. n. 22036/90 CA [*Suppressionis paroeciae*]), del 20 giugno 1992, presentate ed analizzate da I. ZUANAZZI, *La legittimazione a ricorrere «uti fidelis» per la tutela dei diritti comunitari*, cit., p. 430-433.

Pagina bianca

SULLA PROMULGAZIONE
DELLE NORME PROCESSUALI PROPRIE
DELLA CONGREGAZIONE PER LA DOTTRINA
DELLA FEDE IN MATERIA PENALE (*)

1. Introduzione. — 2. Sulle leggi penali vigenti promulgate a partire dal CIC 1983. — 3. Sull'identificazione delle leggi processuali proprie della Congregazione, promulgate prima del CIC 1983, e sulla loro vigenza. — 4. Conclusioni.

1. *Introduzione.*

Fra i dubbi che sorgono allo studioso di diritto processuale che legge la cost. ap. *Pastor bonus* e il *Regolamento Generale della Curia Romana* uno riguarda l'ambito materiale della competenza giudiziaria penale della Congregazione per la dottrina della fede. Infatti, dette norme affermano tale competenza, ma, da sole, lasciano ampi spazi normativi senza una sufficiente determinazione. L'interesse dello studioso diventa più intenso in considerazione del principio di legalità penale che sembrerebbe essere applicabile non solo alla tipizzazione dei delitti e delle pene, ma anche alla legge processuale. Tuttavia, la questione non rientra fra quelle a cui la dottrina postconciliare ha dedicato una particolare attenzione. Di conseguenza, non potendo far ricorso agli studi pubblicati per soddisfare un tale dubbio, diventa necessario intraprendere la via della ricerca personale. I risultati finora raggiunti non sono definitivi né, a dire il vero, particolarmente appaganti. Comunque, la prestigiosa sede congressuale di questa breve comunicazione può servire per attirare l'interesse de-

(*) Comunicazione presentata al Convegno Internazionale di Studi *La scienza canonistica nella seconda metà del '900. Fondamenti, metodi, prospettive in d'Avack - Lombardía - Gismondi - Corecco. Roma, 13-16 novembre 1996.*

gli studiosi su un argomento la cui importanza non dovrebbe essere solo accademica⁽¹⁾.

2. *Sulle leggi penali vigenti promulgate a partire dal CIC 1983.*

I dati normativi vigenti utili ad introdurre l'analisi del problema sono i due codici, la cost. ap. *Pastor bonus* e il *Regolamento Generale della Curia Romana*. Infatti, la norma dei codici sulla prescrizione dell'azione penale presuppone che alcuni delitti siano riservati alla Congregazione per la dottrina della fede: «*Actio criminalis praescriptione extinguitur triennio, nisi agatur: 1° de delictis Congregationi pro Doctrina Fidei reservatis*» (CIC can. 1362 § 1; cfr. CCEO can. 1152 § 2, 1°). La determinazione dell'ambito applicativo di tale riserva pone diversi problemi: a) quali sono i delitti riservati, b) se la riserva agisce solo nell'ambito della Curia Romana o se, invece, esclude la competenza degli organi locali che, senza la riserva sarebbero competenti per imporre sanzioni penali in via giudiziaria e amministrativa⁽²⁾ ecc. Comunque, i codici non offrono alcuna indicazione su quali siano tali delitti riservati alla Congregazione né sullo speciale termine di prescrizione dell'azione penale.

Inoltre, il codice latino prevede cinque scomuniche *latae sententiae* riservate alla Sede Apostolica⁽³⁾. (Com'è noto, il codice per le Chiese orientali non impone alcuna pena *latae sententiae*)⁽⁴⁾. Tuttavia — poiché l'effetto immediato di ogni pena *latae sententiae* è quello dell'applicazione «automatica» della pena, presupposte le condizioni d'imputabilità e di punibilità stabilite dalla stessa legge — i loro effetti rimangono, paradossalmente, nel foro interno, tranne

(1) Per una più ampia trattazione, quantunque sia sempre provvisoria, cfr. il nostro *I delitti riservati alla Congregazione per la Dottrina della Fede*, in GRUPPO ITALIANO DOCENTI DI DIRITTO CANONICO (a cura di), *Quaderni della Mendola*, vol. 5: *Le sanzioni nella Chiesa. XXIII Incontro di Studio. Abbazia di Maguzzano, 1-5 luglio 1996*, Milano, 1997, pp. 237-278.

(2) Cfr. CIC can. 1342 § 3; CCEO can. 1402 § 2 *collato cum* can. 1486 § 1.

(3) 1) profanazione delle specie consacrate (can. 1367); 2) violenza fisica contro il Romano Pontefice (can. 1370); 3) assoluzione del complice nel peccato contro la castità (can. 1378 § 1); 4) consacrazione episcopale senza mandato pontificio (can. 1382); 5) violazione diretta del sigillo sacramentale (can. 1388 § 1).

(4) Cfr. A. DEPASQUALE, *Pene «latae sententiae» nel codice, particolarmente quelle riservate alla Santa Sede*, in *Le sanzioni nella Chiesa*, cit.; G. DI MATTIA, *Equità e riserva di legge nel diritto penale canonico (cann. 221 § 3; 1399)*, in *ibidem*.

che vi sia stata la dichiarazione della pena dall'autorità competente nel foro esterno. Lo prova la competenza della Penitenzieria Apostolica per la remissione di dette censure, essendo noto che la Penitenzieria, in queste materie, agisce solo nel foro interno⁽⁵⁾. Inoltre, il can. 1354 § 3 indica che qualora la Sede Apostolica abbia «riservato a sé o ad altri la remissione della pena, *reservatio stricte est interpretanda*». Questa interpretazione ristretta della riserva della remissione della pena e i criteri ermeneutici generali in materia penale⁽⁶⁾ comportano, sulle menzionate cinque scomuniche *latae sententiae* riservate alla Sede Apostolica, che detta riserva riguarderà solo la remissione della pena, ma non la competenza per il «giudizio» in sede locale (secondo la procedura giudiziaria o amministrativa) su tali cinque delitti né la remissione delle pene ad essi inflitte qualora siano diverse dalla mera dichiarazione della scomunica *latae sententiae*.

D'altra parte, le norme sulla Curia Romana esplicitano meglio la competenza della Congregazione per la dottrina della fede, quantunque ciò sia indicato in modo genericamente massimalista. Infatti, la cost. ap. *Pastor bonus* e, soprattutto, il *Regolamento Generale della Curia Romana*⁽⁷⁾, possono indurre a ritenere che la Congregazione per la dottrina della fede abbia quasi tutta la competenza penale spettante alla Curia Romana, svuotando praticamente così quella giudiziaria della Rota e quella amministrativa dei dicasteri competenti, specie quella che potrebbe appartenere alle Congregazioni per le Chiese orientali, per il clero, per gli istituti di vita consacrata e le so-

(5) Cfr. L. DE MAGISTRIS - U.M. TODESCHINI, *La Penitenzieria Apostolica*, in P.A. BONNET e C. GULLO (a cura di), *La Curia Romana nella cost. ap. «Pastor bonus»*, Città del Vaticano, 1990, pp. 419-429; Z. GROCHOLEWSKI, *I tribunali*, in *ibidem*, pp. 396-399.

(6) Cfr. cann. 6 § 1, 3°, 9, 15 § 2, 18, 1313 § 1.

(7) «*Delicta contra fidem necnon graviora delicta tum contra mores tum in sacramentorum celebratione commissa, quae ipsi delata fuerint, cognoscit atque, ubi opus fuerit, ad canonicas sanctiones declarandas aut irrogandas ad normam iuris, sive communis sive proprii, procedit*» (cost. ap. *Pastor bonus*, art. 52).

«§ 1. Le questioni che richiedano di essere trattate *in via giudiziaria* devono essere trasmesse ai Tribunali competenti. § 2. Vanno rimessi *sempre ed esclusivamente* al giudizio della Congregazione per la dottrina della fede i delitti contro la fede e i più gravi delitti contro la morale e quelli commessi nella celebrazione dei sacramenti (...), a norma degli artt. 52 (...) della Cost. Ap. *Pastor bonus*. § 3. Nell'esame dei *ricorsi gerarchici* si osserverà quanto disposto all'art. 108» (SEGRETERIA DI STATO, *Regolamento Generale della Curia Romana*, 4 febbraio 1992, art. 112, in *AAS*, 84 (1992), pp. 201-267). Il corsivo è nostro.

cietà di vita apostolica o dei seminari e degli istituti di studi (cfr. cost. ap. *Pastor bonus*, artt. 58 § 2, 95 § 1, 108 § 1, 113 § 2, 116 § 2).

La legislazione posteriore al CIC 1983 non offre altri dati sui delitti riservati alla Congregazione per la dottrina della fede. Di conseguenza appare necessario ricorrere all'esame di leggi precedenti. Tuttavia, è evidente che, considerata la natura penale della materia, dette leggi saranno in vigore solo nella misura in cui siano state accolte dai codici, i quali abrogano «leges poenales quaelibet, sive universales sive particulares a Sede Apostolica latae, nisi in ipso hoc Codice recipiantur» (CIC 1983 can. 6 § 1, 3°; cfr. CCEO can. 6, 1°). E, come abbiamo accennato, i due codici recitano solo che i delitti riservati alla Congregazione hanno uno speciale termine di prescrizione dell'azione penale, quantunque i codici non determinino tale termine né se la riserva faccia diventare incompetenti *ratione materiae* i tribunali locali di prima o di seconda istanza.

3. *Sull'identificazione delle leggi processuali proprie della Congregazione, promulgate prima del CIC 1983, e sulla loro vigenza.*

Nelle «note storiche» della Congregazione per la dottrina della fede riportate sull'*Annuario Pontificio* è indicato che «per i delitti contro la Fede il processo si svolge secondo le norme ordinarie del diritto; nei procedimenti in difesa del Sacramento della Penitenza si osservano norme speciali, come richiede la grande delicatezza della materia. In tutti i procedimenti è concessa la più ampia facoltà di difesa»⁽⁸⁾. L'art. 52 della cost. ap. *Pastor bonus* indica infatti che la Congregazione «giudica i delitti contro la fede e i delitti più gravi commessi sia contro la morale sia nella celebrazione dei Sacramenti (...) a norma del diritto, sia comune che proprio». Questa comunicazione cerca solo di offrire alcuni dati per poter identificare quali siano tali norme processuali speciali, le quali sono tuttora vigenti in quanto non revocate né dal CIC 1983 (cfr. cann. 6 e 1402) né

⁽⁸⁾ *Annuario Pontificio* 1997, p. 1817. Indicazioni simili si trovano nelle altre edizioni dell'*Annuario Pontificio*. Invece, la pubblicazione periodica non ufficiale della Libreria Editrice Vaticana, *L'attività della Santa Sede* non ha offerto alcun dato riguardante la Congregazione dalla fine del Concilio Vaticano II fino al 1969. Da quell'anno, nel riportare l'attività dell'«ufficio disciplinare», non si accenna alle sanzioni penali (cfr. *L'attività della Santa Sede nel 1995*, Libreria Editrice Vaticana, 1996, p. 614).

da altri interventi legislativi (cfr. can. 20)⁽⁹⁾, così come erano vigenti fino al 1994 le *Normae propriae* della Rota Romana del 1934 e del 1982 e come lo sono tuttora le *Normae speciales* della Segnatura Apostolica del 1968⁽¹⁰⁾.

I delitti contro la fede vengono giudicati secondo il processo penale codiciale, come indica il m.p. *Integrae servandae* del 1965⁽¹¹⁾, le quali norme, processuali e procedurali, sono vigenti, non essendo state modificate da un'altra legge posteriore. Gli aspetti meramente disciplinari riguardanti il primo ambito di competenza del dicastero (cioè le questioni dottrinali di natura non penale *stricto sensu*)⁽¹²⁾ sono regolati invece dall'*Agendi ratio in doctrinarum examine* del 1971, norma che è stata pubblicata sugli *Acta Apostolicae Sedis*⁽¹³⁾. Più complicata risulta invece l'identificazione delle norme processuali sui « *graviora delicta contra mores commissa* » e sui delitti commessi nella celebrazione dei sacramenti. Infatti, il m.p. *Integrae servandae* indica genericamente l'esistenza di norme processuali proprie sui delitti riguardanti il sacramento della penitenza, le quali non sono state promulgate tramite la loro pubblicazione sugli *Acta Apostolicae Sedis* ma mediante il loro invio agli ordinari del luogo interessati⁽¹⁴⁾,

(9) Per l'analisi di altre questioni, cfr. lo studio indicato a nota 1.

(10) Cfr. can. 1402; cost. ap. *Pastor bonus*, artt. 125 e 130; *Normae S. Romanae Rotae Tribunalis*, 29 giugno 1934, in *AAS*, 26 (1934), pp. 449-491; *Normae S. Romanae Rotae Tribunalis*, 16 gennaio 1982, art. 65, in *AAS*, 74 (1982), pp. 490-517; *Normae Rotae Romanae Tribunalis*, 18 aprile 1994, *prooemium*, in *AAS*, 86 (1994), pp. 508-540; *Normae speciales in Supremo Tribunali Signaturae Apostolicae ad experimentum servandae*, 25 marzo 1968, in *Enchiridion Vaticanum*, Bologna, 1984, vol. 8, pp. 522-587.

(11) « *Eidem competit iudicare de delictis contra fidem, iuxta processus ordinarii normas* » (PAOLO VI, m.p. *Integrae servandae*, 7 dicembre 1965, n. 7, in *AAS*, 57 (1965), pp. 952-955). Per commenti sul m.p. *Integrae servandae*, cfr. S. ÁLVAREZ-MENÉNDEZ, *La reforma de la Congregación del Santo Oficio*, in *Revista Española de Derecho Canónico*, 21 (1966), pp. 99-116; CH. LEFEBVRE, *La réforme du Saint-Office*, in *L'Année Canonique*, 11 (1967), pp. 128-135; U. NAVARRETE, *Commentarium ad litt. ap. « Integrae servandae » 7 dec. 1965 m.p. datas*, in *Periodica*, 55 (1966), pp. 614-652. L'articolo di Navarrete è particolarmente ricco di notizie storiche e offre numerosi spunti di riflessione.

(12) Cfr. cost. ap. *Pastor bonus*, art. 48.

(13) Cfr. CONGREGAZIONE PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, *Agendi ratio in doctrinarum examine*, 15 gennaio 1971, in *AAS*, 63 (1971), pp. 234-236; C. DE DIEGO-LORA, *Estudios de derecho procesal canónico*, vol. 3, pp. 213-312.

(14) « *Agit ad sacramenti Poenitentiae dignitatem tutandam, secundum suas emendatas et probatas normas procedens; quae quidem Ordinariis locorum signifi-*

così come previsto dal CIC 1917 can. 9, dal CIC 1983 can. 8 e dal CCEO can. 1489 § 1. Questo *motu proprio* non segnala invece se esiste qualche legge processuale propria per giudicare i delitti contro gli altri sacramenti né i «*graviora delicta contra mores commissa*».

Per avere qualche notizia su quali siano le norme proprie si deve far ricorso a raccolte legislative private o a notizie offerte dalla dottrina. Considerando il principio di legalità penale⁽¹⁵⁾ e, ancora prima, lo stesso concetto di legge, non può non suscitare qualche perplessità che per poter identificare la legge processuale sui delitti riservati alla Congregazione (e per identificare quali siano tali «*delicta graviora*» e l'ambito della riserva) si debba fare ricorso alla dottrina.

In questa sede basta informare sinteticamente delle norme processuali non pubblicate sugli *Acta Apostolicae Sedis* ma che dovrebbero essere vigenti. Dall'indagine svolta, tali norme riguarderebbero tre delitti: la sollecitazione commessa dal sacerdote in occasione della confessione sacramentale (cfr. can. 1387), la violazione del sigillo della confessione sacramentale (cfr. can. 1388) e talune fattispecie particolarmente gravi fra quelle tipicizzate dal can. 1395 per il chierico che commette delitti contro il sesto precetto del Decalogo.

Riguardo alla sollecitazione, sarebbe vigente una norma del 1962 inviata dalla Congregazione per la dottrina della fede agli ordinari del luogo⁽¹⁶⁾. A questa norma si riferirebbe il m.p. *Integrae servandae* nel punto in cui indica l'esistenza di norme «*emendatas et probatas*». Infatti, nel 1965, anno in cui fu promulgato il *motu proprio*, la norma del 1962 si poteva considerare ormai «*emendata*». L'altro aggettivo utilizzato per la norma («*probata*») potrebbe segnalare che tale norma da poco tempo «*emendata*» godeva di una

buntur, facta reo sese defendendi facultate, eligendive patronum ex iis qui apud Congregationem adprobati sunt» (m.p. *Integrae servandae*, n. 8). Cfr. PAOLO VI, cost. ap. *Regimini Ecclesiae Universae*, 15 agosto 1967, n. 36, in *AAS*, 59 (1967), pp. 885-928.

⁽¹⁵⁾ Cfr. G. DI MATTIA, *Il principio di legalità nel processo penale canonico*, in *Il diritto della Chiesa. Interpretazione e prassi*, Città del Vaticano, 1996, pp. 171-195.

⁽¹⁶⁾ «The crime of solicitation which is regulated by an instruction which details the procedures that are to be followed. This instruction, which is to be retained in the secret archive of the diocesan curia, was issued by Congregation (for the Doctrine of the Faith) in 1962, and is still normative for the investigation of this crime» (G. INGELS, *Processes which Govern the Application of Penalties*, in R.R. CALVO-N.J. KLINGER (a cura di), *Clergy Procedural Handbook*, Washington, 1992, p. 213, nota 1).

lunga tradizione. Se così fosse, un primo precedente normativo si potrebbe ritrovare in un'istruzione del Sant'Offizio del 1922⁽¹⁷⁾ la quale sarebbe stata richiamata da Pio XII nel suo discorso alla Rota Romana del 1946⁽¹⁸⁾. Le norme del 1962 e del 1922 trovano un saldo fondamento legislativo nel CIC 1917. Infatti, Benedetto XV «ripromulgò» la cost. ap. *Sacramentum Poenitentiae* di Benedetto XIV (1° giugno 1741), come 5° documento complementare del codice⁽¹⁹⁾. Il CIC 1917 can. 904 (sull'obbligo di denunciare il sollecitante) rinviava esplicitamente a detta costituzione apostolica e, su tale base, costruiva il sistema per giudicare il delitto di sollecitazione, affermando esplicitamente sia la riserva della sollecitazione sia l'applicazione della *lex propria* del Sant'Offizio da parte del tribunale periferico di prima istanza (cfr. cann. 247 § 2, 501 § 2, 904, 1555 § 1, 2368). Anche se sulla tipicizzazione del delitto di sollecitazione la cost. ap. *Sacramentum Poenitentiae* è stata derogata dal CIC 1983⁽²⁰⁾, le indicazioni processuali di questa cost. ap. del 1741 e del codice del 1917 continuerebbero ad essere vigenti tramite la norma del 1962.

Sulla violazione del sigillo sacramentale (cfr. CIC can. 1388; CCEO can. 1456) vi è un'istruzione del Sant'Offizio del 1915, in cui il dicastero si dichiarò competente per quanto riguarda la riserva del processo giudiziario nelle fattispecie «*gravior*» commesse dal confessore⁽²¹⁾. Questa istruzione, precedente al CIC 1917, potrebbe

(17) «*Instructio servanda diligenter in archivio secreto Curiae pro norma interna, nec publicanda nec ullis commentariis augenda*» (S.S. CONGREGATIO SANCTI OFFICII, *Instructio de modo procedendi in causis sollicitationis*, 9 giugno 1922, in H. LINENBERGER, *The false denunciation of an innocent confessor. A commentary with historical notes on the manner of making judicial denunciations*, Washington, 1949, p. 79, nota 26).

(18) Cfr. PIO XII, *Discorso alla Rota Romana*, 6 ottobre 1946, n. 3, in AAS, 38 (1946), pp. 391-397.

(19) Cfr. AAS, 9 pars 2^a (1917), pp. 505-508; P. GASPARRI-I. SERÉDI, *Codicis iuris canonici fontes*, vol. 1, Romae, 1923, n. 309.

(20) Cfr. V. DE PAOLIS, *De delictis contra sanctitatem sacramenti poenitentiae*, in *Periodica*, 79 (1990), p. 199.

(21) «S. Congregatio confidit neminem ex Confessariis huiusmodi praescriptionibus contraventurum: quod si secus acciderit, praedicti Ordinarii et Superiores, transgressores graviter moneant, recidivos congruis poenis percillant, ac in casibus gravioribus Supremo huic Sacro Tribunali rem quamprimum deferant. (...) Contra violantes (...) si casus sit gravior denuntiandi sunt quam primum S. Officio» (S.S.C. SANCTI OFFICII, istr. *ad reverendissimos locorum Ordinarios familiarumque religiosarum moderatores super inviolabili sanctitate sigilli sacramentalis*, 9 giugno 1915, in F.M. CAPPELLO, *Trac-*

essere processualmente vigente, secondo i criteri accennati. Comunque, i dati su tale norma suscitano non poche perplessità. Infatti, in una *Nota della Redazione del Monitore Ecclesiastico*, del 1917, si indica che la norma del 1915 era stata «promulgata» dalla rivista spagnola «Razón y Fé» e che modificava la disciplina allora vigente presso il Sant'Offizio, giacché, prima di questa istruzione del 1915, il giudizio sulla violazione del sigillo sacramentale non era riservato al dicastero e, quindi, non poteva esistere alcuna norma processuale propria⁽²²⁾. Perciò, Cappello manifestava dubbi sulla natura «normativa» dell'istruzione, quantunque la considerasse vigente nel 1953⁽²³⁾. Altri autori semplicemente negavano la riserva, tranne per i casi in cui la violazione del sigillo sacramentale manifestasse una posizione eretica, e affermavano la competenza ordinaria dei tribunali periferici, secondo le norme processuali della Congregazione per proteggere la riservatezza della causa⁽²⁴⁾.

La terza fattispecie delittuosa su cui potrebbe esserci una norma processuale propria della Congregazione è il cosiddetto «*crimen pessimum*»⁽²⁵⁾. Tale delitto includerebbe l'omosessualità e la pedofilia dei chierici, ma non le altre fattispecie tipicizzate dal vigente can. 1395. La promulgazione di questa norma processuale è stata fatta nel 1937 attraverso l'invio ai professori delle Università romane af-

tatus canonico-moralis de sacramentis, vol. 2: *De poenitentia*, 6^a ed., Taurini-Romae, 1953, n. 607, pp. 626-627 e in *Il Monitore Ecclesiastico*, 9 (1917), pp. 199-201).

⁽²²⁾ «Et hoc notatu dignum est: etenim in praecedenti praxi et disciplina constanter reuit S. Officium causas de violatione sigilli tractare, respondens ad delata in hac materia *Non spectare*» (*Il Monitore Ecclesiastico*, 9 (1917), p. 204).

⁽²³⁾ «Instructio ista, "qua talis", non habet rationem legis propriae dictae. In "Act. Apost. Sedis" non refertur» (F.M. CAPPELLO, *De poenitentia*, cit., n. 590, p. 609, nota 1). «Instructio etiam "hodie", quamvis a Codice non fuerit speciatim innovata, omnem vim suam retinet. (...) quia potestas, a qua processit sicut omnis potestas iudicialis S. Officii, generatim praeservata intellegitur in Codice, ubi non fuerit expresse revocata» (*ibidem*, n. 608, p. 627).

⁽²⁴⁾ Cfr. M. CONTE A CORONATA, *Institutiones Iuris Canonici*, vol. 4: *De delictis et poenis*, ed. 4^a, Taurini-Romae, 1956, n. 2150, pp. 642-643; F.X. WERNZ-P. VIDAL, *Ius Canonicum*, vol. 7: *Ius poenale ecclesiasticum*, Romae, 1937, n. 506, pp. 565-566.

⁽²⁵⁾ Cfr. S.S.C. SANCTI OFFICII, *Instructio cum conceptu criminis pessimi eiusque reservatione*, 1937, in A. YANGUAS, *De crimine pessimo et de competenti S. Officii relate ad illud*, in *Revista Española de Derecho Canónico*, 1 (1946), 430-431; S.S. CONGREGATIO SANCTI OFFICII, *Notificatio ad Supremos Moderatores Institutuum perfectionis de modo procedendi contra religiosos reos criminis pessimi*, 1^o agosto 1962, in X. OCHOA, *Leges Ecclesiae*, vol. 3, n. 3072.

finché la divulgassero nelle loro lezioni e pubblicazioni. Infatti, oltre alla promulgazione riservata agli Ordinari del luogo, prevista dai codici, la Congregazione per la dottrina della fede avrebbe goduto, nel sistema del CIC 1917, della facoltà di promulgare le sue leggi processuali scegliendo il modo che riteneva più opportuno. Vale la pena leggere un brano in cui si riconosce tale possibilità, premettendo che laddove si dice «*praxis*» si deve intendere «*lex*», non solo processuale, ma anche penale:

«S. Officium in sua praxi promulganda (pro clericis) aliud medium diversum ac per editionem in AAS (can. 9) *eligere potuit*, ut de facto elegit tradens (a. 1937) romanis Theologiae Moralis Magistris parvam «*Instructionem*» seu «*Pro memoria*» cum *conceptu criminis pessimi eiusque reservatione ad S. Officium facta et forma processus contra delinquentes adhibenda*, ad hoc ut horum notitia inter clericos spargeretur. Quod ex tunc temporis usque nunc satis superque impletum est per diversa media, speciatim 1) *per manuales Theologiae Moralis et Iuris Canonici (...)*; 2) *per lectiones Magistrorum (...)*; 3) *per scripta de hac re in ephemeridibus edita*; 4) *per relationis huius flagitii factas in consessibus sacerdotum*»⁽²⁶⁾.

Tuttavia vi è stata di recente l'introduzione di una nuova disposizione che potrebbe annullare la riserva del delitto alla Congregazione e, di conseguenza, la legge processuale propria. Infatti, un rescritto *ex audientia Ss.mi* del 25 aprile 1994 ha promulgato una legge particolare penale per la Conferenza Episcopale degli USA che potrebbe avere conseguenze sull'intero ordinamento canonico, almeno latino⁽²⁷⁾.

⁽²⁶⁾ A. YANGUAS, *De crimine pessimo*, cit., p. 438. Cfr. S.S. CONGREGATIO SANCTI OFFICII, *Notificatio de modo procedendi contra religiosos reos criminis pessimi*, 1° agosto 1962, cit.

⁽²⁷⁾ Questa norma: 1. amplia la categoria, stabilita dal can. 1395 § 2, delle vittime del delitto di pedofilia, in quanto commette tale delitto colui che attenta al sesto precetto del Decalogo non più con un minore di 16 anni, ma con un minore al di sotto di 18 anni, utilizzando cioè il concetto di minorenne del can. 97 § 1. — 2. a) L'azione penale contro questo delitto si prescrive quando la vittima compie 28 anni senza che il delitto sia stato denunciato, e non dopo 5 anni dalla commissione del delitto a norma del can. 1362 § 1, 2°. b) Qualora il delitto sia stato denunciato entro il ventisettesimo anno di età della vittima, il promotore di giustizia è legittimato ad esercitare l'azione penale entro l'anno successivo alla data della denuncia, cioè, al massimo, prima che la vittima abbia compiuto 29 anni. — 3. Resta immutata la compe-

La norma offre molti spunti di riflessione. Limitandoci all'argomento di cui ci occupiamo, segnaliamo che con la terza disposizione del rescritto («Resta immutata la competenza della Rota Romana a norma del can. 1444 § 1, 1°») il Pontefice sembrerebbe dichiarare che la Rota Romana *era* competente prima del rescritto del 1994 per giudicare *tutte* le fattispecie di pedofilia incluse nel can. 1395 § 2, secondo la legge comune. D'altra parte, le deroghe al termine di prescrizione dell'azione penale riguardano il n. 2° del can. 1362 § 1, non il n. 1° dello stesso canone sui delitti riservati alla Congregazione. Ciò confermerebbe che la pedofilia, che rientra nel concetto di «*crimen pessimum*», non sarebbe riservata al dicastero. Di conseguenza, si potrebbe sostenere che la fattispecie di pedofilia del chierico con un minore di sedici anni è stata esclusa dal «*crimen pessimum*». Ciò comporterebbe, secondo classici criteri ermeneutici⁽²⁸⁾, l'abrogazione della riserva alla Congregazione sulle altre fattispecie vigenti rientranti nel «*crimen pessimum*» e, quindi, della legge processuale propria.

tenza della Rota Romana a norma del can. 1444 § 1, 1°. — 4. Le prescrizioni dei §§ 1 e 2 di questa norma non hanno natura retroattiva; tuttavia, come disposizione transitoria per i delitti commessi prima della sua entrata in vigore, avvenuta lo stesso giorno della promulgazione (25 aprile 1994), l'azione penale non si considera prescritta finché la vittima abbia compiuto 23 anni. Cioè i 5 anni per la prescrizione di cui al can. 1362 § 1, 2° iniziano a decorrere dal momento in cui la vittima diventa maggiorenne, e non dal momento in cui è stato perpetrato il delitto con un minore di 16 anni, come prevede il suddetto canone (cfr. SEGRETERIA DI STATO, *Rescritto «ex audientia Ss.mi» in favore della Conferenza episcopale degli USA sulla deroga «ad tempus» di norme penali e processuali riguardanti i cann. 1395 § 2 e 1362 § 1, 1°, 25 aprile 1994*, versione inglese in CANON LAW SOCIETY OF AMERICA, *Proceedings of the 56th Annual Convention (Atlanta, Georgia. October 10-13, 1994)*, Washington, 1994, p. 63 e in *Ius Ecclesiae*, 8 (1996), p. 193; NATIONAL CONFERENCE OF CATHOLIC BISHOPS (USA), *Canonical Delicts Involving Sexual Misconduct and Dismissal from the Clerical State*, 25 aprile 1994, in *Ius Ecclesiae*, 8 (1996), pp. 390-424, § «G» (*Special Questions*), nn. 1 e 2; J.H. ALESSANDRO, *Dismissal from the Clerical State in Cases of Sexual Misconduct: Recent Derogations*, in CANON LAW SOCIETY OF AMERICA, *Proceedings of the 56th Annual Convention (Atlanta, Georgia. October 10-13, 1994)*, Washington, 1994, pp. 28-67; ID., *Canonical Delicts Involving Sexual Misconduct and Dismissal from the Clerical State*, in *Ius Ecclesiae*, 8 (1996), pp. 173-192.

⁽²⁸⁾ «In toto iure generi per speciem derogatur et illud potissimum habetur, quod ad speciem directum est» (Dig. 50, 17, regula iuris 80. Papinianus, libro 33 quaestionum). «Generi per speciem derogatur» (VI *Regula iuris* 34). «Accessorium naturam sequi congruit principalis» (VI *Regula iuris* 42).

4. Conclusioni.

I modi di «promulgare» la legge, specie quella di natura penale, seguiti dalla Congregazione per la dottrina della fede in passato — fino al 1962, cioè all'inizio del Concilio Vaticano II — potrebbero non essere sufficientemente rispettosi del concetto di legge o perlomeno di alcuni suoi elementi essenziali. Infatti, il lavoro di «archeologia legislativa» può risultare affascinante per ricomporre il testo di un «senatoconsulto romano» a partire dalle opere dei giuristi classici o dai reperti archeologici, ma tutto ciò non sembra proponibile se si vuole conoscere la legge vigente, nella quale sono indicati sia le modalità della riserva sia il termine di prescrizione dell'azione penale. Diversamente, mancherebbe la «*regula et mensura*» che deve essere indicata nella promulgazione, secondo la definizione di legge di Tommaso d'Aquino⁽²⁹⁾.

D'altra parte, è da notare che suddetta «scelta di promulgazione» pone un problema ancora più radicale: quello della potestà legislativa della Congregazione. Nel sistema precedente alla cost. ap. *Regimini Ecclesiae Universae*, la Congregazione per la dottrina della fede si trovava in una situazione di preminenza nei confronti delle altre Congregazioni. Infatti, era chiamata «Suprema» e — essendo suo Prefetto il Romano Pontefice, quantunque la «direzione» fosse affidata al Cardinale Segretario⁽³⁰⁾ — diventava difficile la distinzione dell'esercizio della potestà legislativa da quello della potestà amministrativa o giudiziaria. La cost. ap. *Regimini Ecclesiae Universae* stabilì l'uguaglianza fra le Congregazioni, mettendo a capo di tutte un Cardinale Prefetto, anche se già dal m.p. *Integrae servandae*,

(29) «Respondeo dicendum quod, sicut dictum est, lex imponitur aliis per modum regulae et mensurae. Regula autem et mensura imponitur per hoc quod applicatur his quae regulantur et mesurantur. Unde ad hoc quod lex virtutem obligandi obtineat, quod est proprium legis, oportet quod applicetur hominibus qui secundum eam regulari debent. Talis autem applicatio fit per hoc quod in notitiam eorum deducitur ex ipsa promulgatione. Unde promulgatio necessaria est ad hoc quod lex habeat suam virtutem. Et sic ex quatuor praedictis potest colligi definitio legis, quae nihil est aliud quam quaedam rationis ordinatio ad bonum commune, ab eo qui curam communitatis habet, promulgata» (TOMMASO D'AQUINO, *Summa theologiae*, 1-2, q. 90, art. 4, c.). Cfr. P. PELLEGRINO, *La pubblicazione della legge nel diritto canonico*, Milano, 1984.

(30) «Congregatio S. Officii, cui ipse Summus Pontifex praeest» (CIC 1917 can. 247 § 1). «Ei praeest Summus Pontifex, eamque dirigit Cardinalis Secretarius, iuvantibus Adessore, Substituto et Promotore Iustitiae» (m.p. *Integrae servandae*, n. 2). «Ei praeest Cardinalis Praefectus» (cost. ap. *Regimini Ecclesiae Universae*, n. 30).

oltre a mutare il nome di « Sant'Offizio » in « per la dottrina della fede », non era più chiamata « suprema »⁽³¹⁾. Nel vigente sistema canonico i dicasteri della Curia Romana possono legiferare solo in seguito alla delega pontificia della potestà legislativa (cfr. can. 30) o all'approvazione in forma specifica da parte del Romano Pontefice del provvedimento del dicastero⁽³²⁾. Inoltre, nell'analisi dell'accennata prassi di promulgazione, dobbiamo ricordare che la pubblicazione delle leggi su una « gazzetta ufficiale » è stata stabilita per l'ordinamento canonico solo nel 1909⁽³³⁾, essendo stata diffusa per molti secoli la prassi di promulgare le leggi mediante il loro invio alle Università più prestigiose⁽³⁴⁾.

Il CIC 1983 non indica che i delitti riservati debbano essere giudicati presso i tribunali diocesani secondo una legge processuale specifica. Infatti, il CIC 1983 can. 1402 recita: « *Omnia Ecclesiae tribunalia reguntur canonibus qui sequuntur, salvis normis tribunalium Apostolicae Sedis* ». Il CCEO can. 1056, invece, chiarisce la questione della norma applicabile: « *In causis, quae alicui Dicasterio Sedis Apostolicae reservantur, tribunalia normas ab eodem Dicasterio editas sequantur oportet* ». D'altra parte, le norme processuali proprie della Congregazione affermerebbero, come faceva il CIC 1917⁽³⁵⁾, che i tribunali periferici devono seguire queste leggi speciali nel giudizio sui delitti riservati⁽³⁶⁾.

(31) Cfr. cost. ap. *Regimini Ecclesiae Universae*, artt. 1 §§ 2 e 3, 30; *Annuario Pontificio* 1965, p. 909; cost. ap. *Pastor bonus*, art. 2 § 2; *Annuario Pontificio* 1966, p. 913.

(32) Cfr. cost. ap. *Pastor bonus*, art. 18; *Regolamento Generale della Curia Romana*, artt. 109, 110; SEGRETERIA DI STATO, *Rescriptum ex Audientia Sanctissimi*, 23 febbraio 1995, in *AAS*, 87 (1995), p. 366; J. LLOBELL, *Le « Normae » della Rota Romana in rapporto alla vigente legislazione canonica: la « matrimonializzazione » del processo; la tutela dell'« ecosistema processuale »; il principio di legalità nell'esercizio della potestà legislativa*, in *Le « Normae » del Tribunale della Rota Romana*, Città del Vaticano, 1997, pp. 76-85.

(33) Cfr. PIO X, cost. ap. *Promulgandi*, « de promulgatione legum et evulgatione actorum S. Sedis », 29 settembre 1909, in *AAS*, 1 (1909), pp. 5-6. Sulla situazione precedente degli *Acta Sanctae Sedis*, cfr. J. LLOBELL, *Le « Normae » della Rota Romana*, cit., nota 149.

(34) Ad es., così furono promulgati da Gregorio IX e Bonifacio VIII il *Liber extra* e il *Liber sextus* delle decretali (cfr. A.M. STICKLER, *Historia iuris canonici latini. Institutiones academicae*, vol. 1, *Historia fontium*, Augustae Taurinorum, 1950, pp. 242 e 260).

(35) « *Tribunal Congregationis S. Officii suo more institutoque procedit sibi que propriam consuetudinem retinet; et etiam inferiora tribunalia, in causis quae ad S. Officii tribunal spectant, normas ab eodem traditas sequantur oportet* » (CIC 1917 can. 1555 § 1).

(36) Cfr. S.S.C. SANCTI OFFICII, *Instructio de modo procedendi in causis sollicitatio-*

I delitti riservati alla Congregazione hanno sempre una particolare importanza per il bene della Chiesa e per la *salus animarum*. Le norme loro riguardanti hanno uno scopo pedagogico e preventivo, se chiare e conosciute. Infatti, la tradizione canonica insegna che il legislatore supremo si è preoccupato di stabilire l'obbligo dei pastori affinché dette norme potessero essere ben conosciute. Un esempio significativo lo offre la citata cost. ap. *Sacramentum Poenitentiae*, 1° giugno 1741, con la quale Benedetto XIV ordinò agli Ordinari di assicurarsi periodicamente che la norma fosse conosciuta da tutti i sacerdoti⁽³⁷⁾. Quasi due secoli dopo, Benedetto XV volle «ripromulgare» la costituzione apostolica, pubblicandola come documento complementare del CIC 1917. Probabilmente oggi sarebbe opportuno un intervento legislativo che indicasse con chiarezza i delitti riservati alla Congregazione per la dottrina della fede, il loro speciale termine di prescrizione, se devono essere trattati secondo qualche legge processuale specifica (che dovrebbe essere promulgata sugli *Acta Apostolicae Sedis*), l'uniformità (o meno) fra il diritto latino e orientale, la posizione dei tribunali periferici (di prima e di seconda istanza) su tali delitti e leggi ecc.

JOAQUÍN LLOBELL

nis secundum Constitutionem «Sacramentum Poenitentiae», 20 febbraio 1866, n. 12, in *Codicis Iuris Canonici fontes*, cit., vol. 4, n. 990, pp. 267-272 (gli *ASS*, 3 (1867-1868), pp. 499-505, indicano il 1867 come data dell'istruzione: cfr. I. ORTEGA UHINK, *De delicto sollicitationis. Evolutio historica, documenta, commentarius*, Washington, 1954, p. 106, nota 1); ID., *Instructio de modo procedendi pro examinibus poenitentium in denunciacionibus contra sollicitantes*, 20 luglio 1890, in *Codicis Iuris Canonici fontes*, cit., vol. 4, n. 1123, pp. 450-452, passim; ID., *Instructio de sedula cura adhibenda in causis de sollicitatione*, 6 agosto 1897, nn. 2-4, in *Codicis Iuris Canonici fontes*, cit., vol. 4, n. 1190, pp. 495-496, passim; ID., *Instructio cum conceptu criminis pessimi eiusque reservatione*, 1937, in A. YANGUAS, *De crimine pessimo*, cit., p. 431.

(37) «Volumus demum ac praecipimus ut omnes locorum Ordinarii, tam praesentes quam futuri pro tempore existentes, in approbatione confessoriorum (...) hanc Nostram [Constitutionem] ab omnibus sacerdotibus approbandis attente legi et accurate observari curent. (...) Ut autem praesentes Litterae ad omnium notitiam facilius deveniant, et nemo illarum ignorantiam allegare valeat» (cost. ap. *Sacramentum Poenitentiae*, §§ 6 e 7).

Pagina bianca

RIFLESSIONI CIRCA IL DIRITTO CANONICO NELL'OTTICA DEL DUALISMO CRISTIANO

1. Il dualismo cristiano quale presupposto fondamentale dell'esistenza del diritto canonico come diritto ontologicamente diverso da quello secolare. — 2. Il dualismo cristiano in rapporto alla distinzione tra ordine naturale e ordine soprannaturale.

1. *Il dualismo cristiano quale presupposto fondamentale dell'esistenza del diritto canonico come diritto ontologicamente diverso da quello secolare.*

Nella trattazione giuridica dei rapporti tra Chiesa e Stato il principio del cosiddetto « dualismo cristiano » è stato giustamente considerato quale chiave di volta di una rinnovata comprensione di tali rapporti dal punto di vista della Chiesa⁽¹⁾. Si è sviluppato così un ampio sforzo dottrinale ancora in corso, volto soprattutto ad approfondire la visione del Concilio Vaticano II su questa importante tematica⁽²⁾, e che ha evidenziato tra l'altro come l'anzidetto dualismo sia da rapportare ad un unico punto di riferimento centrale, costi-

(1) Cfr. la magistrale sintesi dottrinale offerta da P. LOMBARDÍA, *Reseña histórica de las relaciones entre poder temporal y poder espiritual*, in AA.VV., *Derecho Eclesiástico del Estado Español*, 1ª ed., Pamplona 1980, pp. 39-131 (un po' riassunta successivamente nella 2ª ed. del 1983, sotto il titolo *Doctrinas sobre las relaciones entre poder temporal y poder espiritual*, pp. 41-89).

(2) Cfr. C. SOLER, *Iglesia y Estado. La incidencia del Concilio Vaticano II sobre el Derecho público externo*, Pamplona 1993. Per un approccio sintetico ai testi conciliari, cfr. J.L. GUTIÉRREZ, *La Iglesia ante el orden temporal (textos del Concilio Vaticano II)*, in AA.VV., *Las relaciones entre la Iglesia y el Estado. Estudios en memoria del Profesor Pedro Lombardía*, Madrid 1989, pp. 213-226. Nel contempo conviene evidenziare la continuità di fondo con il Magistero precedente, come fa S. GHERRO, *Chiesa, Stati e persona (alcuni riferimenti antologici al Magistero di Giovanni Paolo II)*, in AA.VV., *Studi sui rapporti tra la Chiesa e gli Stati*, a cura di S. Gherro, Padova 1989, pp. 177-182.

tuito dalla medesima persona umana⁽³⁾. Si tratta in definitiva di due dimensioni sociali dell'uomo che implicano due posizioni giuridiche fondamentali della persona, due ordini di autorità e di libertà, due ambiti di organizzazioni sociali a diversi livelli.

Tuttavia, le mie riflessioni intendono collocarsi in un'altra ottica, quella della comprensione del diritto canonico alla luce del dualismo cristiano⁽⁴⁾, cioè approfondire il diritto intraecclesiale nella prospettiva della sua relazione con il diritto secolare, il che peraltro può gettare luce anche sull'adeguata impostazione dei rapporti tra la Chiesa e lo Stato.

L'affermazione del dualismo cristiano è inseparabile dall'esistenza di un ordine giuridico ecclesiale che si autocomprende come ontologicamente diverso e indipendente dal diritto secolare. In questo senso, la redenzione cristiana comporta sul piano giuridico una novità storica senza precedenti: la nascita di un diritto proprio della società ecclesiale che radicalmente non si lascia ridurre a quello della società civile. L'accettazione di tale schema dualistico può certamente farsi senza appellarsi alla fede cristiana, ossia come mero riconoscimento sociale di un dato sociologico. Ma non si può accedere alla fondazione ultima del dualismo se non mediante tale fede.

Per fondare il dualismo, e pertanto il diritto canonico come realtà giuridica che resiste ad essere assorbita dal diritto secolare, non basta una considerazione dell'autonomia delle persone e dei loro rapporti sociali nell'ambito della dimensione religiosa naturale dell'uomo. L'autonomia presuppone l'omologazione sostanziale tra diversi ambiti o piani sociali, per cui è possibile che le esigenze dell'ambito autonomo debbano essere subordinate a quelle dell'ambito superiore, essendo in gioco il raggiungimento di un bene comune più alto degli stessi uomini. Ma il diritto della Chiesa Cattolica rivendica un'irriducibilità a queste logiche di subordinazione, in quanto afferma far parte di un piano divino che concerne direttamente i mezzi per il raggiungimento della salvezza come fine ultimo e trascendente

(3) Cfr. la suggestiva presentazione di G. LO CASTRO, *Ordine temporale, ordine spirituale e promozione umana*, in AA.VV., *Nuovi accordi fra Stato e confessioni religiose*, Milano 1985, pp. 271-331.

(4) Tale idea è alla base del cap. I («El concepto histórico» de derecho canónico) del libro di C. LARRAINZAR, *Introducción al Derecho Canónico*, 2ª ed. revisada, Santa Cruz de Tenerife 1991.

della persona. Le esigenze di giustizia inerenti a tale piano non sono subordinabili ad esigenze di giustizia secolare, nemmeno al livello massimo della comunità politicamente superiore in ogni momento storico.

Del resto, la corretta comprensione delle esigenze giuridiche secolari non porterà mai ad una collisione con le vere esigenze giuridiche della Chiesa, di nuovo essendo quest'asserzione sorretta in definitiva dalla consapevolezza di fede del cristiano circa la comune origine divina dell'ordine temporale e di quello spirituale. Con questa sicurezza sul fatto che la propria libertà non si può opporre all'ambito del legittimo ordine pubblico — limite della libertà religiosa —, la Chiesa si proclama soddisfatta di un regime giuridico civile in cui le venga davvero riconosciuto l'esercizio del diritto di libertà religiosa⁽⁵⁾. Ma non va dimenticato che tale effettiva tutela della libertà religiosa presuppone di fatto un apprezzamento sociale del rapporto veramente libero degli uomini con la divinità, che storicamente è legato all'avvento del Cristianesimo⁽⁶⁾. Perciò, qualora la laicità venga intesa in chiave di neutralità agnostica⁽⁷⁾ non c'è da sperare un buon futuro per la stessa libertà religiosa. Anzi sono prevedibili ricadute in un monismo giuridico forse non apertamente totalitario (e tanto meno esplicitamente sacralizzante), ma non meno efficacemente assolutizzante nella misura in cui venga negata quella forza sociale di libertà che è la Chiesa di Cristo.

2. *Il dualismo cristiano in rapporto alla distinzione tra ordine naturale e ordine soprannaturale.*

Una parte della canonistica contemporanea ha messo l'accento sull'indole soprannaturale e teologica del diritto canonico⁽⁸⁾. Mi

(5) Cfr. CONCILIO VATICANO II, dich. *Dignitatis humanae*, n. 13 c.

(6) Cfr. le osservazioni di F. D'AGOSTINO circa *La libertà religiosa come valore teologico*, in ID., *Il diritto come problema teologico*, Torino 1992, pp. 207-210.

(7) G. DALLA TORRE parla sugli « ambigui esiti dell'identificazione della laicità con il principio di neutralità » (*Il primato della coscienza: laicità e libertà nell'esperienza giuridica contemporanea*, Roma 1992, pp. 73 ss.).

(8) In questo senso sono paradigmatiche le tesi di E. CORECCO. Entro la sua abbondante bibliografia, cfr. la raccolta di alcuni suoi studi più rappresentativi: *Théologie et droit canon: écrits pour une nouvelle théorie générale du droit canon*, a cura di F. FECHTER-B. WILDHABER-P. LEGAL, Fribourg (Suisse) 1990.

pare che in tale modo venga efficacemente ribadita quella diversità ontologica ed indipendenza rispetto al diritto secolare, inerente all'affermazione del dualismo cristiano.

Ciò nonostante, non si può stabilire una corrispondenza biunivoca tra l'ordine temporale e quello naturale, da una parte, e tra l'ordine spirituale e quello soprannaturale, dall'altra. Si tratta di due distinzioni che si muovono su piani diversi: la prima — tra ordine temporale e spirituale — è d'indole giuridica, mentre la seconda trascende ampiamente il diritto, concernendo anzitutto lo stesso essere dell'uomo.

Pur essendo vero che il diritto canonico costituisce l'espressione giuridica propria dell'ordine soprannaturale — ossia quanto di propriamente giuridico ha portato Cristo agli uomini —, vi è una doppia precisazione da fare.

In primo luogo, l'ordine soprannaturale investe anche l'intero ambito temporale, poiché non esiste niente di umano che rimanga estraneo al disegno salvifico. Perciò, anche le realtà giuridiche secolari possiedono un'intrinseca ordinazione a Cristo, non potendo essere considerate realtà meramente profane⁽⁹⁾. Ma, quale fondamentale conseguenza giuridica della legittima autonomia del temporale — autonomia che viene pure integrata nei piani salvifici di Dio —, tale ordinazione a Cristo non implica affatto che il diritto secolare si trasformi in una realtà giuridicamente ecclesiale, nemmeno per gli stessi cristiani tra di loro. Santificare l'intero mondo giuridico — missione che spetta a tutti i fedeli, e in modo singolare ai laici — non significa stabilire dei rapporti giuridici nuovi, o attrarre tale mondo nella sfera del diritto della Chiesa. Tuttavia, ciò non diminuisce la rilevanza cristiana del diritto secolare, che i cristiani sono chiamati a santificare dal di dentro. Si può anche parlare di una rilevanza ecclesiale del diritto secolare, purché si

(⁹) In questi termini si esprimeva il Beato JOSEMARIA ESCRIVÀ, Fondatore dell'Opus Dei, il cui carisma fondazionale poggia proprio su una percezione profonda dell'intrinseco rapporto delle realtà secolari con la salvezza: «Non c'è nulla che sia estraneo alle attenzioni di Cristo. Parlando con rigore teologico, senza limitarci ad una classificazione funzionale, non si può dire che ci siano realtà — buone, nobili, e anche indifferenti — esclusivamente profane: perché il Verbo di Dio ha stabilito la sua dimora in mezzo ai figli degli uomini, ha avuto fame e sete, ha lavorato con le sue mani, ha conosciuto l'amicizia e l'obbedienza, ha sperimentato il dolore e la morte» (*È Gesù che passa*, trad. it., 5ª ed., Milano 1988, n. 112).

tenga presente che la realtà mistica della Chiesa supera la sua dimensione giuridica, e che ciò non significa assolutamente ghettizzare i fedeli in un loro ridotto mondo temporale proprio: il messaggio e la vita cristiana possiedono un'essenziale ed insopprimibile destinazione universale.

Tra le molte altre conseguenze, questa prima precisazione consente di capire una possibilità giuridica che appare sempre più consona con l'odierna comprensione del dualismo cristiano: quella dell'apostolato dei cristiani esercitato attraverso strutture giuridiche secolari. Naturalmente ciò si capisce agevolmente per quanto riguarda la famiglia e la comunità politica, due ambiti sociali e giuridici fondamentali la cui costitutiva secolarità è altrettanto indubbia quanto il loro spiccato rilievo cristiano (che nel caso della famiglia si basa su quel singolarissimo intreccio tra realtà secolare e realtà ecclesiale rappresentato dal sacramento del matrimonio, l'unico sacramento in cui una realtà del piano della creazione è direttamente assunta quale segno e strumento della grazia di Cristo)⁽¹⁰⁾. Vale anche per ogni forma sociale secolare costituita dagli uomini per le più varie finalità legittime: comunità territoriali di diverse dimensioni, partiti politici, imprese, sindacati, associazioni culturali o sportive, semplici gruppi di opinione, ecc. Può valere pure per certe forme sociali costituite e vissute dai cristiani, aventi finalità secolari, ma viste in un'ottica soprannaturale ed apostolica che si traduce in scelte operative concrete esplicitamente cristiane, implicando spesso tra l'altro un'organico collegamento con la pastorale della Chiesa.

Ciò si può verificare soprattutto nel campo delle istituzioni educative, culturali, sanitarie, ecc. e in quello degli strumenti di comunicazione sociale⁽¹¹⁾. Si tratta di settori in cui si è consolidata un po'

⁽¹⁰⁾ Questa peculiarità del sacramento del matrimonio è stata giustamente sottolineata dall'esort. ap. di GIOVANNI PAOLO II, *Familiaris consortio*, 22 novembre 1981, n. 68.

⁽¹¹⁾ Sotto questa prospettiva mi sono occupato delle istituzioni educative in *Il «munus docendi Ecclesiae»: diritti e doveri dei fedeli*, Milano 1991, pp. 239-270; e degli strumenti di comunicazione sociale *Gli strumenti di comunicazione sociale e in specie i libri (cann. 822-832)*, in AA.VV., *La funzione di insegnare della Chiesa*, Quaderni della Mendola 1, a cura del Gruppo Italiano Docenti di Diritto Canonico, Milano 1994, pp. 97-117. Sulle scuole trattate anche sotto questo profilo, cfr. anche le lucide osservazioni di G. DALLA TORRE, *La questione scolastica nei rapporti fra Stato e Chiesa*, Bologna 1989, pp. 11-26.

ovunque una presenza istituzionale della Chiesa, resa possibile dato il loro intimo legame con la diffusione del messaggio evangelico e con una testimonianza istituzionalizzata della carità cristiana. Ma accanto a questa «presenza corporativa della Chiesa nel mondo secolare»⁽¹²⁾ si va riconoscendo viepiù un'altra via di presenza non istituzionale della Chiesa nel temporale anche in quei medesimi ambiti così marcatamente apostolici.

In una *Nota pastorale* della Commissione episcopale per il laicato della Conferenza Episcopale Italiana, intitolata *Le aggregazioni laicali nella Chiesa* si parla delle «“organizzazioni di ispirazione cristiana”», nelle quali i fedeli laici, interpretando le diverse situazioni culturali, professionali, sociali e politiche, agiscono in nome proprio, come cittadini, guidati dalla coscienza cristiana. Alla luce e con la forza della fede, essi operano nelle realtà temporali sotto la propria responsabilità personale o collettiva, per farle crescere secondo le prospettive di un autentico umanesimo plenario»⁽¹³⁾. Mi pare che in questo testo vengano presi contemporaneamente in considerazione due ambiti che conviene distinguere agli effetti del nostro discorso: quello in cui non è opportuna la presenza istituzionale della Chiesa nel mondo secolare, e quello in cui tale presenza è invece conveniente (cui ho appena accennato). Non pare che esista un limite rigido tra questi ambiti, dovendosi invece ricorrere ad un criterio oggettivo di fondo che troverà diverse applicazioni a seconda delle circostanze storiche: la presenza istituzionale della Chiesa nel temporale deve essere sempre in profonda sintonia con la missione della Chiesa stessa, e non può mai compromettere l'efficace svolgimento di tale missione mediante una strumentalizzazione della Chiesa a fini temporali⁽¹⁴⁾. In questo senso, si comprende ad es. che in un determi-

⁽¹²⁾ Così la chiama J. HERVADA nel suo art. *Elementi per una teoria fondamentale sulla relazione Chiesa-mondo*, in *Ius Ecclesiae*, 2 (1990), pp. 35-65, peraltro molto illuminante in generale per la questione del dualismo cristiano.

⁽¹³⁾ In *Notiziario della Conferenza Episcopale Italiana*, 29 aprile 1993, p. 89. Questo documento è in continuità con un altro della stessa Commissione che nel 1981 parlava sulle «associazioni di ispirazione cristiana che operano nel temporale» (cfr. *Nota pastorale Criteri di ecclesialità dei gruppi, movimenti, associazioni*, 22 maggio 1981, in *Enchiridion CEI*, Bologna 1986, vol. 3, n. 597).

⁽¹⁴⁾ Ho accennato a questo problema recensendo l'opera di P. BELLINI, «*Denunciatio evangelica*» e «*denunciatio judicialis privata*». *Un capitolo di storia disciplinare della Chiesa*, Milano 1986, in *Ius Ecclesiae*, 2 (1990), p. 282.

nato periodo storico si sia potuta avere una comunità politica come gli Stati pontifici in cui l'autorità temporale veniva esercitata dai Papi, ma si comprende altresì come tale ipotesi — giustificata dalle esigenze storiche di tutela dell'indipendenza del papato — sia divenuta a poco a poco meno opportuna, senza dimenticare però la rilevanza che anche nel contesto odierno continua ad avere lo Stato della Città del Vaticano per un'efficace presenza della Santa Sede nella comunità internazionale, e anche come garanzia dell'indipendenza della Chiesa rispetto agli Stati.

Una questione prudenziale analoga sorge all'interno di quelle che l'appena citato documento denomina «organizzazioni di ispirazione cristiana». In effetti, ci si può domandare fino a che punto sia giustificato che, presupponendo l'esigenza di vera adeguazione del loro operato con la dottrina della Chiesa, esse appaiano come cristiane, usino tale denominazione e rendano in diversi modi esplicita la loro ispirazione cristiana. Di nuovo penso che non si possano dare regole fisse, ma occorra una valutazione prudenziale che tenga conto di molti fattori, cercando oggi soprattutto di seguire quell'invito formulato dal Concilio: «A causa dell'economia stessa della salvezza imparino i fedeli a distinguere accuratamente fra i diritti e i doveri che loro incombono in quanto sono aggregati alla Chiesa, e quelli che loro competono in quanto membri della società umana. Cerchino di metterli in armonia fra loro, ricordandosi che in ogni cosa temporale devono essere guidati dalla coscienza cristiana, poiché nessuna attività umana, neanche in materia temporale, può essere sottratta al dominio di Dio. Nell'epoca nostra è sommamente necessario che questa distinzione e nello stesso tempo questa armonia risplendano nel modo più chiaro possibile nella maniera di agire dei fedeli, affinché la missione della Chiesa possa pienamente rispondere alle particolari condizioni del mondo moderno»⁽¹⁵⁾.

Alla luce di questo orientamento di fondo si rende anzitutto molto opportuno evitare certe forme di presenza istituzionale o comunque ufficiosa della Chiesa nel temporale che possano compromettere la trascendenza della missione ecclesiale rispetto alle questioni contingenti d'indole politica, economica, ecc., nelle quali l'identificazione di certe aggregazioni sociali con l'ispirazione cristiana

⁽¹⁵⁾ Cost. dogm. *Lumen gentium*, n. 36 c. Cfr. il testo molto simile della Cost. past. *Gaudium et spes*, n. 76 a.

possa maggiormente oscurare il legittimo pluralismo dei cattolici nel temporale, e creare immagini deformate della Chiesa che la rendano almeno meno attraente per chi non condivide certe opzioni opinabili. Ma perfino laddove tale rischio è molto minore o pressoché inesistente — come succede ad es. con le imprese educative — la direttiva conciliare consiglia di favorire quelle forme di presenza effettiva dei cristiani nel temporale che evidenzino la distinzione tra situazioni giuridiche intraecclesiali e situazioni giuridiche civili. D'altra parte, per le stesse manifestazioni della presenza istituzionale della Chiesa nel temporale — rispettando sempre i loro nessi giuridici con la Chiesa —, si rende molto consigliabile insistere sulla loro costitutiva secolarità giuridica proprio agli effetti di favorire la loro attività e la loro identità⁽¹⁶⁾. Il Concilio ha dunque dichiarato così una sorta di principio guida, la cui piena comprensione ed attuazione attende ancora, a mio modo di vedere, un più incisivo ed esteso sviluppo.

Purtroppo sono da registrare non pochi equivoci che ostacolano questo sviluppo. Direi che quello più corrente consiste nel pensare che, una volta asserita la secolarità di una determinata iniziativa, i cristiani in essa coinvolti diventino del tutto svincolati dalla Chiesa. È vero che, per quanto riguarda l'organizzazione e il funzionamento di tali iniziative puramente secolari, i fedeli — che vi partecipano, spesso insieme ad altre persone, a titolo di cittadini e non giuridicamente in quanto fedeli — non hanno un rapporto giuridico con la Chiesa, in virtù del quale i sacri Pastori possano attribuirsi alcun potere di governo su tali enti. Ma è altrettanto vero che i fedeli devono comportarsi proprio da fedeli in ogni momento della loro esistenza (anche quando non stanno agendo giuridicamente in tale veste), e che perciò sono tenuti ad essere in piena comunione con la Chiesa e con la Gerarchia anche nelle loro attività temporali. Questa comunione, che comporta soprattutto l'esigenza di fedeltà agli insegnamenti della Chiesa sul temporale (la dottrina sociale della Chiesa), è del resto in profonda armonia con quella libertà nel temporale dei fedeli, che la Chiesa proclama oggi come un vero diritto dei laici

⁽¹⁶⁾ Condivido questo asserto di S. BERLINGÒ a proposito delle scuole: «Tanto maggiori possibilità avrà la scuola cattolica di vedere garantita una esistenza propria nel rispetto della sua identità, quanto più stretto annoderà l'intreccio delle libertà che le spettano al riparo dei comuni spazi di libertà rivendicati e fruiti da tutte le altre scuole» (*Libertà d'istruzione e fattore religioso*, Milano 1987, p. 69).

(cfr. can. 227) ⁽¹⁷⁾ In effetti, un'apparente comunione non rispettosa della legittima libertà dei cristiani sarebbe priva di quell'intrinseca diversità che le è propria ⁽¹⁸⁾ e che la distingue dalla mera uniformità.

D'altra parte, pur non avendo una potestà di regime su tali organizzazioni, l'autorità ecclesiastica ha tra le mani un ricorso di estrema importanza, il cui uso prudente si rivela determinante per la tutela dell'autenticità dell'impegno dei cristiani nel temporale: il giudizio morale ⁽¹⁹⁾. Tale giudizio può vertere non solo su idee e posizioni, ma può raggiungere anche opere ed istituzioni nella misura in cui vengano giudicate — positivamente o negativamente — dal punto di vista della fede e della morale cristiana ⁽²⁰⁾.

A questa prima precisazione circa la distinzione tra ordine spirituale ed ordine soprannaturale occorrerebbe aggiungerne un'altra riguardante gli aspetti naturali che nell'ordine spirituale, ossia nel diritto della Chiesa, sono presenti ed operanti. L'esposizione della prima precisazione ha già toccato alcuni di tali aspetti, specialmente in relazione alla presenza istituzionale della Chiesa nel secolare. Occorrerebbe evidenziarne altri: il rispetto delle esigenze del diritto naturale all'interno della Chiesa — che non implica però accettare una libertà religiosa o una democrazia opposte all'essere della Chiesa di Cristo —; l'uso dei beni materiali per lo svolgimento della missione della Chiesa; l'analogo ricorso ai beni spirituali e culturali (si pensi alla stessa scienza ed arte del diritto secolare); ecc.

Senza approfondire ora questo filone, basti rilevare a modo di conclusione che un'adeguata percezione del diritto canonico nell'ottica della distinzione tra natura e grazia dovrà basarsi su una sempre maggiore consapevolezza circa la profonda continuità ed armonia tra l'ordine naturale e quello soprannaturale. Confinare il soprannatu-

⁽¹⁷⁾ Su questo diritto, messo in rapporto con quello di libertà religiosa dei cittadini, cfr. J.T. MARTIN DE AGAR, *Libertad religiosa de los ciudadanos y libertad temporal de los fieles cristianos*, in *Persona y Derecho*, 18 (1988), pp. 49-63.

⁽¹⁸⁾ Cfr. GIOVANNI PAOLO II, *Discorso nell'Udienza generale*, 27 settembre 1989, n. 2, in *Insegnamenti di Giovanni Paolo II*, vol. XII, 2 (1989), Libreria Editrice Vaticana 1991, p. 679. Questo passo è stato citato dalla lettera *Communiois notio* della CONGREGAZIONE PER LA DOTTRINA DELLA FEDE su alcuni aspetti della Chiesa considerata come comunione, 28 maggio 1992, n. 15.

⁽¹⁹⁾ Cfr. A. DE FUENMAYOR, *El juicio moral de la Iglesia sobre materias temporales*, in *Ius Canonicum*, 12 (1972), pp. 106-121.

⁽²⁰⁾ Ne parla esplicitamente il decr. *Apostolicam actuositatem*, n. 24 g.

rale nell'ambito ecclesiale istituzionale, così come voler prescindere dal naturale nella Chiesa, sono due forme interdipendenti di operare, in campo giuridico, un'inadeguata scissione tra Chiesa e mondo, che certo non giova all'esercizio della missione ecclesiale di salvare questo mondo.

CARLOS J. ERRÁZURIZ M.

Rassegna di bibliografia

Recensioni

Pagina bianca

AA.VV., *Actas del primer Congreso Latinoamericano de Derecho Canónico*. Ediciones Universitarias de Valparaíso, Valparaíso (Chile), 1995, p. 411.

Dal primo al cinque di agosto del 1994 ha avuto luogo nella città cilena di Valparaíso il primo congresso latino-americano di Diritto Canonico, organizzato dalla Università Cattolica di Valparaíso (Cile) in collaborazione con la Pontificia Università di Salamanca (Spagna). Un evento di singolare importanza, che ha evidenziato lo sviluppo della scienza canonistica in questa parte del continente americano. Infatti, ai lavori congressuali hanno preso parte studiosi e cultori del diritto — professori di università e di seminari, giudici dei tribunali ecclesiastici, ufficiali delle curie diocesane, ecc. — provenienti da dieci diversi paesi dell'America Latina, nonché alcuni altri giunti dalla Spagna e da Roma.

Il presente volume contiene le relazioni presentate al congresso, alcune delle comunicazioni ivi lette, e gran parte delle discussioni tenutesi alla fine di ognuna delle otto sedute in cui era strutturato il convegno. Esso si proponeva di offrire una riflessione su alcuni aspetti della normativa del Codice dell'83. Riflessione diretta, da un lato, a considerare la norma in se stessa e in

astratto, e, dall'altro, a considerarla in rapporto con le caratteristiche proprie della vita della Chiesa nell'America Latina. Non essendo possibile offrire una valutazione — pur ridotta — di tutto il Codice, gli organizzatori hanno scelto di trattare le istituzioni canoniche e le tematiche che — a loro giudizio — si presentano caratteristiche del nuovo Codice ed in grado di incidere sulla vita della Chiesa (cfr., p. 406). Tali tematiche, che sono state oggetto delle otto relazioni del congresso si possono raggruppare in tre ambiti.

Il primo di essi verte sul libro II del Codice. Gli argomenti scelti sono stati: i ministeri, il diritto di associazione, i movimenti ecclesiali, e gli organismi di corresponsabilità e di partecipazione nella chiesa diocesana. Dei ministeri si è occupato il prof. Retamal, che ha fatto speciale riferimento ai ministeri laicali e diaconali. Sulle associazioni di fedeli è intervenuto Mons. Martínez Sistach, vescovo di Tortosa (Spagna), mentre il allora vescovo di Valparaíso, Mons. Medina Estévez, ha presentato alcune considerazioni per chiarire cosa è un movimento ecclesiale. L'argomento degli organismi di corresponsabilità e di partecipazione è stato trattato dal prof. Arrieta, che ha cercato anzitutto di sottolineare il diverso fondamento teologico che sta alla base di ognuno di questi organismi.

Il secondo nucleo tematico ha riguardato la parola e i sacramenti. All'interno di esso si sono collocate le relazioni dei professori Errázuriz, Manzanares e di Mons. Serrano. Il primo ha trattato della funzione docente della Chiesa e del modo in cui ad essa partecipano tutti i fedeli. Il secondo, dei sacramenti dell'iniziazione cristiana, tema di speciale importanza ai nostri giorni. Il terzo relatore si è occupato della problematica, sempre complessa, del consenso matrimoniale.

L'ultimo degli ambiti tematici a cui facevamo riferimento, è stato dedicato al diritto patrimoniale. Ed è qui che si colloca la relazione del prof. Salinas sui beni temporali ed il patrimonio culturale della Chiesa.

Anche le comunicazioni presentate al Congresso hanno riguardato questi argomenti, ma in modo diverso. Infatti, mentre nelle relazioni i temi sono stati trattati in modo più astratto, le comunicazioni si sono contraddistinte per il riferimento costante alla realtà dell'America Latina. D'altro canto, le discussioni, riflettendo i punti più problematici delle tematiche trattate in ognuna delle sedute, hanno contribuito ad arricchire i contenuti, talvolta in modo non indifferente.

È stato, dunque, questo un congresso spiccatamente americano; e ciò non soltanto per la provenienza dei partecipanti, ma soprattutto per gli obiettivi perseguiti dagli organizzatori. Essi, come sottolineava il prof. Manzanares nell'atto di chiusura (cfr., p. 406), volevano un congresso di verifica. Un congresso,

cioè, incentrato a valutare il modo in cui il Codice di Diritto canonico era stato applicato in America Latina dal momento della sua entrata in vigore. In quale misura questo scopo sia stato raggiunto potrà essere giudicato leggendo gli atti ora pubblicati.

Juan González-Ayesta

AA.VV., *Conoscenza e normatività. Il normativo tra decisione e fondazione*, a cura di Sergio Cotta, Giuffrè, Milano, 1995, p. 201.

Nella premessa Sergio Cotta presenta questo libro, risultato di un Colloquio internazionale tenutosi a Roma nel 1993 sotto gli auspici dell'Istituto Accademico di Roma e nel quale ha culminato una precedente attività seminariale e di ricerca, come «un contributo al dibattito, in campo giuridico, fra cognitivisti e non cognitivisti, contributo proveniente dalla sponda cognitivista dell'area italo-franco-spagnola». La struttura del volume è ben descritta nella stessa premessa: «Ai primi due capitoli di ordine generale, teoretico (S. Cotta) e logico (J.L. Gardies), seguono i capitoli dedicati al tema del rapporto fra diritto e legislazione (B. Montanari e J.M. Trigeaud) e quindi quelli dedicati ai temi della controversia e del giudizio (F. D'Agostino e A. Ollero). Chiudono tre contributi sui recenti orientamenti giurisfilosofici sull'argomento nei tre paesi (J. Ballesteros, G. Carcaterra,

Fr. Terré)». Gli originali spagnoli e francesi sono stati efficacemente tradotti in italiano.

Lo stesso Cotta, ideatore dell'insieme della ricerca, apre il volume con uno studio dal titolo *Conoscenza e normatività. Una prospettiva metafisica* (pp. 1-14). In brevi ma dense pagine, e con quella lucidità e rigore che gli sono congeniali, la sua analisi prende le mosse dal non-cognitivismo, per mostrarne l'antropologia che gli è sottesa, di cui viene evidenziato lo strato più profondo, spesso inosservato, che consiste nell'assumere la differenza quale tratto fondamentale della persona (cfr. p. 3). Segue una penetrante critica del non-cognitivismo, del suo prassismo ed immanentismo, che conducono ad un *impasse*: «la negazione di qualsiasi connessione tra la sfera del deontico e quella dell'aletico porta alla scomparsa di entrambi» (p. 6). Nell'esposizione del cognitivismo, da lui assunto senza esitazioni, Cotta propone un duplice itinerario — teologico e filosofico — coincidente nel mostrare come la struttura ontologica dell'uomo, il suo essere specifico che comporta il rapporto con l'Assoluto, sia inseparabile dalla sua libertà. La normatività appare così quale necessità dell'essere dell'uomo: perciò si parla della «forma noetica-deontica della normatività» (p. 12).

Jean-Louis Gardies, nel suo saggio su *I preliminari logici* (pp. 15-28), descrive l'evoluzione attraverso cui si è giunti all'attuale scissione tra conoscenza e normatività, e mostra che, sul piano della logica, nel ragio-

namento teorico e in quello pratico, al di là delle loro differenze, opera la medesima nozione di verità, e che esistono comunicazioni tra quei due tipi di ragionamento. Tali comunicazioni vengono illustrate mediante esempi, l'ultimo dei quali concerne l'impegno derivante da un contratto che, nella prospettiva dei non cognitivisti, fonderebbe la norma che si vuol distinguere radicalmente dalla *Physis*. Gardies osserva che «se tale incontro di volontà è proprio quel fatto empirico di cui dopo tutto ci si può rallegrare, non si vede comunque perché l'oggetto di tale incontro si imporrebbe alla volontà in questione in un momento diverso da quello in cui si sono incontrate» (p. 27). L'autore mostra invece come occorra approfondire l'analisi logica della struttura dell'impegno, per concludere che «non si deve porre una determinata risposta a tali problemi [sul fondamento del diritto] al riparo da una premessa logica, come si fa in modo alquanto classico» (p. 28).

Gli interventi di Bruno Montanari, circa *La legge e il Diritto* (pp. 28-65), e di Jean-Marc Trigeaud, su *La funzione legislativa* (pp. 67-112), affrontano il tema della legislazione nell'ottica del Colloquio, ben espressa nel suo sottotitolo «Il normativo tra decisione e fondazione». Montanari muove da quella che chiama una notazione banale proveniente dall'esperienza comune: «nessun atto di prescrizione (...) viene fondato esclusivamente sulla volontà, *soggettivamente intesa*, del suo autore. L'atto di volontà, an-

che quello privato e individuale, per imporsi prescrittivamente rinvia sempre — esplicitamente o implicitamente — ad altro da sé: ad argomenti idonei a giustificarlo» (p. 29). Attraverso un'analisi in cui si intrecciano fruttuosamente le prospettive della filosofia e quelle della scienza giuridica, e che sembra offrire piuttosto piste convergenti di riflessione anziché elaborazioni compiute, l'autore ribadisce alla fine l'inscindibile legame delle leggi giuridiche con la vita. «Un diritto solo formalisticamente (nella valenza «positivistica» e «autoreferenziale» dell'espressione) costruito non introdurrebbe delle regole, ma *colonizzerebbe* la vita stessa» (p. 65).

Il complesso scritto di Trigeaud di cui mi è sembrato poco chiaro il filo conduttore auspica un ritorno ad una metafisica della legge, che metta a fondamento della norma legale una conoscenza non solo della natura delle cose ma anche e soprattutto della natura dell'uomo (cfr. pp. 78-79). I rapporti tra leggi e diritto sono oggetto di particolare attenzione. L'ottica non cognitivista viene descritta in questi termini: «La legge pretende riassorbire in sé il diritto: non è più «mezzo» o «ragione» di diritto e sua depositaria, ma fonte del suo contenuto. Da ciò deriva la superiorità, nella sua formazione, del suo processo volontario rispetto al suo processo razionale» (p. 82). Per contro, è attraverso «il principio di alterità dell'essere» e il conseguente «metodo di umiltà gnoseologica» che «possiamo prevenire, oggi come ieri, un irrefrenabile desiderio di potenza che va

contro l'essere e che consiste nel fare di un fondamento una giustificazione, di un mezzo il fine, e della legge il diritto» (p. 112).

Contingenza delle norme e soluzione delle controversie (pp. 113-125) è il titolo del lavoro di Francesco D'Agostino. Egli parte dall'esame della contingenza delle norme e della crisi dell'idea di giustizia, servendosi del pensiero di Luhmann. Rileva come giusnaturalismo e positivismo si distinguono anche da una diversa percezione sociale del diritto: da un modello di perfezione e di stabilità siamo passati ad un altro di sviluppo e di mutabilità del giuridico. In questo contesto l'autore propone ripensare la contingenza delle norme, mediante una considerazione del giusto come causa finale della giuridicità. Situandosi nell'orizzonte globale della progettualità e della creazione di esperienza, tipico della modernità, «I giudici devono assumere l'oggettività dei valori e la loro traducibilità pratica come un vero e proprio *postulato*, o almeno come una necessaria *ipotesi di lavoro*, come un *principio regolativo della conoscenza giuridica* (p. 121)». Alla fine D'Agostino si domanda come saldare oggettività e contingenza. Risponde con una descrizione dell'attività del giudice come attività pratica assolutamente *sui generis*, che non fa un mero rinvio al sistema del diritto positivo, né può sottrarsi alla decisione, ma che deve invece comunicare vitalmente con l'ambiente in cui è calata e con i rispettivi valori etico-culturali. Quest'ultimo richiamo trova però nell'esposizione un referente oggettivo,

che impedisce di cadere nel relativismo dei valori, attraverso la difesa del principio di personalità come funzione specifica del giudice. In questo contesto viene ricordata dall'autore la valenza giuridica, e non solo politica, dei diritti umani.

Alla stessa tematica è dedicato lo studio di Andrés Ollero Tassara: *Giudicare o decidere: il senso della funzione giudiziaria* (pp. 127-151), in cui va salutato positivamente il fatto che egli dialoghi spesso con gli altri partecipanti nel Colloquio, citandoli in note. Avvalendosi come altre volte del metodo di riduzione all'assurdo, Ollero evidenzia la debolezza e le contraddizioni interne del positivismo giuridico nell'ambito della concezione della funzione giudiziaria. Il dilemma in cui si trova il positivismo, nelle sue diverse forme, viene descritto così: «Per la dogmatica giuridica positivista, l'applicazione del diritto dovrebbe essere il frutto di una conoscenza senza decisione; per il normativismo kelseniano, applicare il diritto sarebbe creare una nuova norma, mediante una decisione aliena da qualsiasi conoscenza» (p. 133). Per Ollero tale dilemma può essere superato mediante il rinvio ad una realtà che trascenda il testo legale, ma tenendo presente che non si tratta di un processo cognitivo meramente teorico, bensì dell'«attualizzazione di una "verità da fare"», «frutto della confluenza di una ragione risoluta e di una volontà ragionevole» (p. 136).

I tre ultimi contributi vengono raggruppati sotto il titolo comune: *Conoscenza e normatività. Un pano-*

rama di orientamenti recenti. Jesús Ballesteros esamina il problema della natura umana nella filosofia spagnola (pp. 153-164). Pur considerando il non cognitivismo «la posizione quantitativamente dominante nel panorama della filosofia del diritto, morale e politica spagnola contemporanea» (p. 153), l'autore, probabilmente a causa della scarsa originalità e consistenza di quella posizione, si accontenta di una generica descrizione. Invece egli passa in rassegna in maniera un po' più ampia il pensiero di diversi filosofi spagnoli che, pur nelle loro differenze, rientrano nell'ambito del cognitivismo etico. Ballesteros mette in risalto il tema della natura umana: «il pensiero spagnolo ha teso a sottolineare il carattere teleologico della natura umana, in modo tale da poter fondare il *dover-essere*, così come la realtà sintetica della natura umana, in particolare tra *eternità e temporalità* (Corts, Millán), tra *natura e storia* (Ortega, interpretato da Legaz), tra *natura e libertà* (Millán Puelles), tra *natura e ragione* (Zubiri, allorché sottolinea la ragione "senziente")» (p. 155).

Gaetano Carcaterra, la cui autorevolezza in materia è ben nota soprattutto per la sua importante opera *Il problema della fallacia naturalistica. La derivazione del dover essere dall'essere* (Milano 1969), offre un chiaro e rigoroso studio su *Conoscenza e normatività nella filosofia italiana contemporanea* (pp. 165-189). Gli autori italiani del versante cognitivista e di quello opposto vengono divisi in tre periodi: il primo cinquantennio del

secolo XX, il secondo dopoguerra, e gli anni settanta. Quale esempio della sua capacità di sintesi fedele e profonda del pensiero altrui, riproduco le espressioni con cui presenta la figura intellettuale di Cotta: «la filosofia giuridica ontofenomenologica di Cotta, che, sistemando l'intera filosofia del diritto sul presupposto dell'intrinseco nesso tra verità e normatività, costituisce il contributo più organico del giusnaturalismo italiano degli ultimi trenta anni: dall'analisi conoscitiva della struttura ontologica dell'uomo, che nella sua sintesi duale di finito-infinito implica l'esigenza della relazione con l'altro io, esigenza che si svolge per gradi successivi fino alla relazione universale tra gli individui, Cotta fa derivare il fondamento della morale, del diritto e il principio della stessa giustizia, l'imperativo della coesistenzialità, che esige da tutti gli individui il reciproco riconoscimento della pari qualità della persona» (p. 173). Le pagine finali (pp. 184-189) tracciano un bilancio veramente critico poiché non teme di entrare nel vivo della discussione con delle osservazioni molto pertinenti. Dopo aver constatato che «non esiste (...) alcuna effettiva dimostrazione della pretesa impossibilità logica del cognitivismo» (p. 187), Carcaterra sostiene che il cognitivismo dovrebbe sviluppare, accanto al momento speculativo (una ricerca antropologica, ontologica, teologica, ecc.), un'istanza metaetica, cioè di analisi critica dei giudizi e degli imperativi etici, che essendo tanto coltivata dal non cognitivismo, è stata forse trascurata nel cognitivismo. Tuttavia, l'insepa-

rabilità tra questi due momenti è ben avvertita dall'autore: «nella metaetica filtra la speculazione»: «quelle finalità, quei valori, che la metaetica cerca impliciti nelle strutture del pensiero etico, dentro di esso, sono in realtà lo stesso essere della vita che è compito della speculazione interpretare» (p. 189).

Il libro si chiude con il lavoro di François Terré dal titolo *L'orientamento della filosofia del diritto in Francia* (pp. 191-201). In realtà questo studio non riguarda tanto la filosofia giuridica, quanto la situazione complessiva del diritto nella Francia. Perciò, il suo pregio consiste nell'aiutare a comprendere fino a che punto le idee iusfilosofiche influiscono su un sistema normativo (o da esso dipendono). «La forza del positivismo giuridico in Francia è veramente grande: così grande che ne sono colpiti tutti i campi del diritto e tutti gli spiriti sono talmente permeati che spesso non se ne rendono conto» (p. 191). Il tratto più evidenziato è «una frattura disastrosa [del diritto] in rapporto al reale» (p. 195). Molti sintomi della crisi del diritto sono lucidamente descritti, come ad es. il fatto che nelle norme coesistono la passione del dettaglio con l'oblio dell'essenziale (cfr. p. 198). La dissoluzione dell'etica che accompagna questa crisi viene anche chiaramente descritta. Penso che il panorama risultante, nonostante possa essere completato mediante una considerazione degli aspetti positivi, appaia interessante come chiave di lettura della situazione giuridica di altri Paesi e debba

suscitare una reazione profonda, che non può tralasciare il contributo della filosofia del diritto.

Come accade sempre in volumi di questo tipo, non è facile tentare un bilancio complessivo. Entro una chiara identità sugli orientamenti di fondo, i vari autori sottolineano aspetti o argomenti diversi. Viene fuori una riaffermazione serena ed approfondita del cognitivismo, che non ignora nessuna delle difficoltà avanzate nei suoi confronti, e che invece riesce a mettere in risalto il suo legame con l'essere stesso del diritto e della morale. In questa come in tante altre questioni tende ad emergere un dilemma fondamentale: o la normatività costituisce una dimensione *intrinseca* della realtà relazionale delle persone, oppure essa va concepita secondo i vari modelli di *estrinsecismo*, che coincidono nel disumanizzare, cioè depersonalizzare il giuridico, negandone in definitiva l'essere proprio.

Naturalmente la componente positiva e contingente dell'ordine giuridico, e pertanto la funzione delle decisioni, non va dimenticata, come opportunamente ricorda D'Agostino. Ma le decisioni legislative e giurisprudenziali sono anzitutto in funzione della verità delle esigenze di giustizia già presenti nella realtà (comprese quelle provenienti dalle giuste decisioni in vigore, le quali incidono davvero sulla realtà): l'adeguarsi a quelle esigenze è il presupposto necessario della legge giusta e della sentenza giusta. Esistono certamente spazi per delle scelte legittime in ciò che non essendo previamente determinato richiede tale de-

terminazione da parte di chi è dotato del potere giuridico di farlo. Anche tali scelte sono teleologicamente conformate dalla giustizia nei rapporti interpersonali, e non possono essere viste semplicisticamente come l'arbitraria fissazione di ciò che il sistema normativo positivo non avrebbe ancora previsto. Una gnosologica giuridica adeguata dovrebbe descrivere nella sua complessità questa dinamica costante tra naturale e positivo (intesi piuttosto come due dimensioni di una medesima realtà), distinguendo altresì i vari tipi e livelli della conoscenza del diritto. Anche in questo terreno sembra consigliabile una costante e mutua collaborazione tra filosofia del diritto e scienza giuridica.

Non resta che congratularsi per la scelta dell'argomento e dei relatori: ritengo che l'iniziativa risponda alle questioni centrali del mondo giuridico attuale, ed evidenzia altresì come esse siano intrinsecamente legate a rilevanti problemi etici.

Carlos J. Errázuriz M.

AA.VV., *La Financiación de la Iglesia Católica en España*, a cura di María J. Roca, Ed. Fundación A. Brañas, Santiago de Compostela, 1994, p. 218.

Este volumen, que salió a la luz en 1994, recoge las ponencias de los profesores invitados y comunicaciones de alumnos de las Jornadas celebradas en Santiago de Compos-

tela los días 8 al 12 de Noviembre de 1993. Tuvieron lugar en el Colegio Mayor San Agustín y se enmarcan en los Cursos de otoño organizados por la Universidad del Atlántico. La Coordinadora del Seminario, María J. Roca, es Profesora Titular de Derecho Eclesiástico de la Universidad de Vigo.

Es un acierto de esta profesora dejar constancia, en la Presentación de este volumen, de la ignorancia generalizada entre los españoles de la historia de la Iglesia, en todos los niveles de enseñanza, llegando, en la mayoría de los casos, hasta el extremo de desconocer la existencia de la *Desamortización*, punto de partida del sostenimiento económico de la Iglesia por parte del Estado.

A lo largo de las páginas de este libro queda patente el deseo de buscar posibles soluciones jurídicas para el adecuado sostenimiento de la Iglesia Católica en España, de ahí el querer mirar a los países del entorno con las ponencias de Rinaldo Bertolino (Italia) y Joseph Listl (Alemania). El Sistema de financiación de la Iglesia Católica en España viene estudiado por José Giménez y Martínez de Carvajal; Dolores García Hervás y María J. Roca. Las tres ponencias son de gran actualidad.

La ponencia de Bertolino, profesor de Turín, permite afirmar que en Italia ha habido un desarrollo más amplio y acabado de la normativa jurídica aplicable a la financiación de las confesiones religiosas, que responde de hecho a una lógica de libertad. Ni la Iglesia Católica es la única que se beneficia del sistema de asi-

gnación tributaria, ni la normativa jurídica estatal se reduce a facilitar la asignación. La normativa incluye la creación de un Instituto para el sostenimiento del clero a nivel central y otros tantos a nivel diocesano. El régimen italiano actual corre el peligro de un eventual jurisdiccionalismo futuro, si bien es verdad que la doctrina eclesiasticista italiana enseña que el reconocimiento del derecho de libertad religiosa se extiende tanto a individuos como al hecho religioso-general, pues como dice Berlingò « el interés religioso general tiene relieve y está protegido en la Constitución republicana, cuando ésta se refiere a las religiones no como a la expresión extrínseca de un sentimiento específico o de un credo organizado confesionalmente, sino como la expresión de un factor genérico de participación cívica en el progreso de la sociedad italiana » (S. BERLINGÒ, *Enti e beni religiosi in Italia*, Bologna, 1992, p. 22).

En las páginas de las que es autor el profesor Listl, Catedrático de Derecho Canónico de la Universidad de Augsburgo, el lector podrá encontrar la explicación histórica y la realidad presente del actual impuesto eclesiástico alemán, que sólo se puede entender desde el trasfondo de la Historia alemana en los dos últimos siglos, pues fue en 1803 cuando se produce la total desamortización de las propiedades de la Iglesia en Alemania, conservando sólo las parroquias sus propiedades. La financiación de los gastos eclesiásticos a través del impuesto religioso, en contraste con otros sistemas financieros de recau-

dación, posibilita un presupuesto realista así como un plan de financiación sistemático y a largo plazo (bien lejos de la realidad española actual). Como es de sobra sabido, la remisión a leyes particulares y costumbres que le permiten al obispo más amplios derechos, del actual c. 1263 del CIC, algunos autores en Alemania lo designan «cláusula teutónica». Por medio de esta cláusula, queda constancia en el Derecho universal de la Iglesia de que también en el Derecho canónico está justificada la continuidad de los derechos más amplios y de que las Iglesias particulares se conducen siempre a tenor del Derecho canónico. También queda justificado que el impuesto eclesiástico alemán es socialmente justo y adecuado, con notables ventajas para la Iglesia, el Estado y la sociedad, y es un impuesto adecuado a una democracia libre y moderna a través de un Estado neutral. Muestra sin ambages un régimen jurídico de resultados económicos más favorables a las Iglesias — que recaudan más ingresos — y al Estado — que cobra a cada Iglesia por la gestión del impuesto eclesiástico un 4% de lo recaudado.

La profesora Zoila Combalía, Titular de Derecho Eclesiástico de la Universidad de Zaragoza, se enfrenta con su ponencia *Financiación de las confesiones no católicas en el Derecho español*, a un desierto doctrinal con un enfoque personalista, partiendo de datos legales conocidos.

Al principio y final del libro se sitúan las ponencias de las profesoras García Hervás y María J. Roca. La primera, profesora Titular de Dere-

cho Eclesiástico de la Universidad de Santiago de Compostela, hace una interpretación del Derecho acordado vigente que permitiría cambios cuantitativos importantes en la España de hoy en la que el tema financiación económica de la Iglesia es una cuestión crucial en las relaciones Iglesia-Estado. Entiende que el bien religioso integra el bien común social y por lo tanto debe considerarse de interés público y no debe ser objeto de decisión por parte del contribuyente, pareciendo más coherente con los principios constitucionales vigentes el de provisión presupuestaria.

María J. Roca, en su ponencia *Sistemas de financiación de la Iglesia Católica en España*, se pone la pregunta ¿puede un Estado neutral contribuir a la financiación del fenómeno religioso? Teniendo en cuenta que el Estado Español es neutral en materia ideológica y religiosa ¿impide también la neutralidad toda cooperación económica del estado con la Iglesia o sólo determinadas formas de cooperación? Después de hacer un análisis de la libertad religiosa como derecho humano y de constatar que el Estado ayuda económicamente a todo tipo de manifestación cultural, plantea que no debe ser distinto cuando se trata de promocionar actividades de tipo religioso. Además considera que la neutralidad estatal o la «laicidad», está siendo sometida a revisión consecuencia del nuevo planteamiento Estado-sociedad, caracterizado por el protagonismo de la persona, de su libertad, y de considerar los valo-

res sociales como lo que son, sin politizarlos. Considera que a tenor del régimen jurídico vigente, el sistema de sostenimiento de la Iglesia católica en España es de cooperación.

Situación actual de la financiación de la Iglesia Católica es el título de la ponencia del Catedrático José Giménez y Martínez de Carvajal, miembro de la Comisión asesora de libertad religiosa y miembro de la Junta de asuntos jurídicos de la Conferencia Episcopal Española. Analiza sistemáticamente la realidad del Derecho vigente en España relativo a la financiación de las confesiones religiosas. La ponencia se desarrolla en tres partes: a) el Acuerdo sobre Asuntos Económicos, 3 de Enero de 1979; b) la aplicación del Acuerdo; y c) Posibles soluciones. Hace notar, al comienzo de su exposición, que el tema es conflictivo a partir, sobre todo, del año 1987. El análisis que hace es muy detallado y completo. Destaca, mirando a Italia, que no sólo se aplica, en Italia, el 0,8 por ciento, sino que además se atribuye a la Iglesia la parte proporcional correspondiente de los que no habían hecho opción alguna en su declaración de renta. Este porcentaje italiano era ya conocido pues se fijó tres años antes que el español que se fijó en la ley 33/1987 de 23 de Diciembre, de Presupuestos Generales del Estado. Al final de su ponencia aporta soluciones varias, siendo la más lógica y ajustada a derecho, a su juicio, que el Gobierno actualice el porcentaje del rendimiento de la imposición de la renta, de forma que proporcione a la Igle-

sia recursos actualizados de cuantía similar a los de la inicial dotación presupuestaria; de esa manera se cumpliría lo establecido en el Acuerdo sobre Asuntos Económicos. La única objeción que podría ponerse contra esta solución no sería de índole jurídica, sino política.

Juan Manuel Roca Suárez-Inclán

AA.VV., *La subsidiarité. De la théorie à la pratique*, Actes du XIIe colloque national de la Confédération, au soin de Joël-Benoît d'Onorio, Paris, 20-21 novembre 1993; Editions Pierre Téqui, Paris, 1995, p. 182.

La Confédération des Juristes Catholiques de France est une association laïque, fondée par le Pr. Joël-Benoît d'Onorio et ayant pour but la diffusion de la doctrine de l'Eglise et l'étude des problèmes juridiques contemporains à sa lumière. Elle organise depuis 1979, chaque année en principe, un colloque sur un sujet fondamental de l'application de la doctrine de l'Eglise au droit et aux problèmes juridiques: à titre d'exemples la première assemblée en 1979 a traité des « Droits naturels de l'enfant », la troisième, en 1982, de « L'Eglise et l'Etat en France », la VIIe en 1986 des « Exigences chrétiennes et droit de l'entreprise », etc. Chaque fois, d'ailleurs, on trouve une certaine participation ecclésiale de haut niveau; les actes des colloques, par exemple,

sont préfacés, entre autres, par le Card. P. Felici (1979), le Card. Lustiger (1982), Mgr. Jorge Mejia (1986).

En 1993 le XIIe colloque fut organisé au Palais de Justice de Paris, ce qui est un indice de l'importance que prennent désormais les travaux de cette association. Le samedi 20 novembre était consacré aux communications, tandis que le dimanche 21, fête du Christ-Roi, les participants étaient conviés à une célébration eucharistique solennelle, célébrée par Mgr. Jaqueline, Nonce apostolique, en la chapelle Saint-Louis de l'Ecole militaire.

Il y eut donc le premier jour cinq conférences sur le principe de subsidiarité, en théorie et dans ses applications civiles et ecclésiales (dans les Actes figurent trois autres études sur le même thème).

L'exposé d'ouverture a été fait par le Pr. Joël-Benoît d'Onorio, fondateur de l'association et son président, sur le thème: la subsidiarité, analyse d'un concept. L'orateur, après avoir montré que le concept n'était pas encore entré dans les mœurs, ni même dans les dictionnaires classiques, entreprend de cerner le principe. Il en donne une première définition: «*En vertu de ce principe (de subsidiarité), il revient à chaque degré d'autorité d'exercer toutes les attributions qui lui sont propres sans avoir besoin de recourir à une autorité de plus grande envergure*». Et il ajoute que l'intervention de l'échelon supérieur dans les compétences de l'échelon subordonné ne se justifie qu'en cas de défaillance ou de

carence de ce dernier. Les valeurs que ce principe sauvegarde sont les droits et la juste autonomie des personnes et des corps intermédiaires. Est également postulée l'antériorité de la personne physique et de la famille par rapport à l'Etat.

Cela dit, l'auteur est formel, la société et l'Etat lui-même restent indispensables: l'homme est par nature un être social et il y a des choses qu'il ne peut réaliser que seul ou en association privée.

Il semblerait que le premier homme d'Etat moderne qui ait exprimé clairement ce principe soit Abraham Lincoln: «*Le but légitime du gouvernement est de faire pour la société ce dont celle-ci a besoin mais qu'elle ne peut faire... à travers ses capacités individuelles*». Plus près de nous M. Delors, président pendant dix ans des services administratifs de la Communauté Européenne, de formation chrétienne, serait l'introducteur du terme et de la notion dans la politique européenne contemporaine, à la suite, il est vrai, d'une évocation par les ministres présidents des *Länders* allemands à Bonn en 1988.

Mais en faite les Souverains Pontifes depuis bien des années en parlaient dans leurs enseignements magistraux. Léon XIII, s'inspirant d'Aristote et de saint Thomas d'Aquin, dans son encyclique *Rerum novarum* (1891) dit: «*Il est dans l'ordre que ni l'individu, ni la famille ne soient absorbés par l'Etat; il est juste que l'un et l'autre aient la faculté d'agir avec liberté aussi long-*

temps que cela n'atteint pas le bien général et ne fait injure à personne ».

Pie XI, dans son encyclique commémorative de la précédente, *Quadragesimo anno* (1931), nous offre une définition du principe: « *Ce que les hommes peuvent accomplir par leur propre force et leur propre industrie, il n'est pas légitime de leur enlever et de le confier à la communauté. De même, il est injuste de remettre à une société plus grande et supérieure ce qui peut être fait ou accordé par des communautés moindres ou inférieures* » Pie XII, dans son message (1941) pour le cinquantième anniversaire de *Rerum novarum* reviendra sur le même sujet.

On le retrouvera encore dans les encycliques *Mater et magistra* (1961) et *Pacem in terris* (1963) de Jean XXIII. Pareillement il est présent dans l'enseignement du Concile Vatican II: *Gaudium et Spes*, n. 75, § 2 et n. 85, § 5; *Gravissimum educationis*, n. 3 et 6. Jean Paul II aussi y sera fidèle notamment dans *Laborem exercens* (1981) et *Centesimus annus* (1991). Enfin cet enseignement capital se trouve dans le *Catéchisme de l'Eglise catholique* (1992) aux §§ 1883, 1884, 1885, 1894 et 2209. N'oublions pas les documents plus récents, en particulier la *Lettre aux familles* (1994).

Après ce rappel des citations de la subsidiarité dans les documents du Magistère universel, l'A. passe à l'étude de quelques unes des difficultés de son application pratique. En premier lieu il y a que ce principe d'organisation social et politique n'est pas applicable d'une ma-

nière générale au sein de l'Eglise (malgré certaines études et tentatives dans ce sens, même au plus haut niveau): il faut savoir tenir compte de la spécificité de chaque type de société.

Par contre, dans le domaine civil, l'émergence de l'Etat moderne, avec ses moyens techniques (de communications en particulier), avec sa tendance à l'omniprésence et l'interventionnisme, l'application de plus en plus explicite du principe apparaît urgente (tout en évitant de rêver à la suppression pure et simple de l'Etat, ce qui serait catastrophique).

L'A. insiste aussi que lorsqu'on parle de pouvoirs supérieurs, inférieurs ou subordonnés, il s'agit d'une certaine commodité de langage et qu'il ne faut pas oublier l'antériorité de la personne humaine et de la famille par rapport à la société et l'Etat. Il rappelle aussi que la fonction de suppléance des dites sociétés supérieures doit être strictement limitée.

Puis, anticipant sur les conférences suivantes, il dit quelques mots au sujet de la subsidiarité dans l'organisation de l'Europe: à chaque Etat membre est reconnu le droit de garder sa spécificité et son autonomie d'action au sein de la Communauté. Le principe est d'abord appliqué implicitement puis énoncé de plus en plus explicitement (une progression intéressante). L'A. souligne aussi les faiblesses de cette application.

Le deuxième exposé qui prend place dans les actes est celui de Mme Chantal Millon-Delsol sur la

Subsidiarité dans les idées politiques. Après avoir brièvement expliqué pourquoi le principe émerge de nos jours dans la vie politique, l'A. retrace son historique: commençant par les philosophes grecs (Aristote, mais aussi Althusius), en passant par saint Thomas d'Aquin, Hegel (!), Mgr de Ketteler et Taparelli, pour arriver à l'enseignement des Papes. On peut regretter les attaques qui suivent contre les applications pratiques politiques des régimes dits « corporatifs » où la constitution de Salazar est à discréditée pareillement celle de Mussolini.

Puis suivent une étude sur les applications effectives et possibles à différents types d'Etats (avec en particulier la « décadence » pratique de l'Etat-providence en Occident) et à l'Europe (autonomie maximale des Etats membres et interventions des organismes communautaires qu'en cas de nécessaire suppléance).

Les exposés suivants, je le crains, intéresseront moins la majorité des lecteurs de cette revue, focalisant un peu trop sur des questions de droit public français et européen (mais il ne faut pas oublier qu'il s'agit d'un colloque de juristes laïcs engagés dans le droit civil et public), aussi irons nous un peu plus vite dans leur étude. Tout d'abord est présenté l'exposé du doyen Jean-Michel Lemoyne de Forges sur *La subsidiarité dans le fonctionnement de l'Etat*. L'A. étudie son sujet sous deux aspects différents.

D'abord il considère l'application du principe quant à l'éventuelle structure fédérale de l'Etat sur le

modèle allemand ou suisse avec les tendances décentralisatrices en France, mais qui aboutissent à un échec final complet, l'Etat s'adjugeant pratiquement tout le pouvoir et détruisant les corps intermédiaires.

Ensuite il envisage quel impact pourrait avoir en théorie la subsidiarité de l'Etat sur l'équilibre conditionné entre autre par l'interventionnisme de l'Etat et l'éventuelle décentralisation administrative. Il en conclut que l'Etat, faisant le bilan de l'échec de la politique de centralisation à outrance du passé, de nos jours en arrive à donner plus de possibilités à l'initiative privée. On aurait ici une espèce d'inversion du principe: l'administration centrale laisse faire aux entités plus restreintes tout ce que manifestement elles ne peuvent assurer elles-mêmes.

L'exposé suivant est celui du Pr. Jean-Paul Jaquié, *la subsidiarité en droit communautaire*. L'A. y parcourt les différentes apparitions de notre principe dans les traités constitutifs de la communauté européenne (Rome, Maastricht, etc.) avec encore ici la constatation de son explicitation progressive et l'extension de ses applications, face à la crainte des différents Etats membres et de leurs citoyens d'être englobés dans un espèce de « super-Etat » niveleur de toutes leurs valeurs et caractéristiques nationales et régionales propres. La subsidiarité, en fin de compte, est présentée dans ces textes à la fois comme une limite à l'interventionnisme de l'administration communautaire et

comme une indication des cas où au contraire celle-ci a le devoir d'intervenir.

L'article de M. Schwerer, *La subsidiarité dans l'organisation européenne ou le détournement d'une valeur chrétienne*, n'a pas fait l'objet d'une communication orale au cours du Colloque. On peut le diviser en deux parties, de valeur inégale, me semble-t-il. La première analyse avec précision et profondeur les bases du principe de subsidiarité tel qu'il se trouve dans la doctrine sociale de l'Eglise. En particulier il montre bien que son fondement ultime est l'éminente dignité de la personne humaine, créé à l'image de Dieu (Déclaration *Dignitatis humanae* du Concile Vatican II; *Catéchisme de l'Eglise catholique*, n. 1884).

Dans la deuxième partie l'A. cherche à démontrer que dans les traités fondamentaux de la Communauté Européenne ce principe a été détourné et perverti. Là, à mon sens, il n'est pas entièrement convaincant: les textes officiels semblent assez clairs et positifs, leur critique paraît, disons, d'une certaine manière tendencieuse. L'article A du traité de l'Union (dit de Maastricht) énonce: «Les décisions sont prises le plus près possible du citoyen». Quant à l'article 3 B il précise: «*La Communauté agit dans les limites de compétence qui lui sont conférées et des objectifs qui lui sont assignés par le présent traité. Dans les domaines qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive, la communauté n'intervient, conformément au principe de subsi-*

diarité, que si et dans la mesure où les objectifs de l'action envisagée ne peuvent être réalisés de manière suffisante par les Etats membres». Cet article est précédé des articles 3 et 3 A qui énoncent tout une série de domaines de compétence exclusive de la Communauté. Certes, on aurait préféré l'ordre inverse: l'énoncé d'abord du principe de subsidiarité, puis celle des domaines de la Communauté en tant que en découlant.

Le Professeur Saulnier quant à lui cherche à étudier l'application du principe qui nous intéresse sur un plan encore plus général dans son exposé *Eléments de subsidiarité en droit international*. Pour cela il s'attachera à montrer son rôle dans le droit de la paix, plus particulièrement dans les interventions des organismes comme les Nations Unies et la CEE et leurs rapports entre eux. En analysant en particulier la crise de l'ex-Jugoslavie il montre bien que dans ce domaine il n'y pas de règles très explicites et une bonne part est laissée à l'arbitraire.

On retrouve quelque chose de semblable dans le domaine économique avec une coordination «à géométrie variable» entre Banques continentales pour le développement, Banque mondiale et investissements privés.

Et nous en arrivons à la dernière conférence, celle de Son Eminence le Cardinal Castillo Lara sur la *Subsidiarité dans l'Eglise*. Le prélat commence par rappeler les grands textes du Magistère pontifical et ceux du Concile avec force détails.

Cela faisant, il en arrive à distinguer les différents domaines d'une possible application:

— les rapports entre les évêques diocésains et le Saint-Siège, plus particulièrement les différents dicastères de la Curie romaine;

— les compétences respectives des évêques diocésains et des conférences épiscopales;

— les possibilités pastorales des curés face à l'autorité de leur évêque;

— le domaine d'autonomie des initiatives privées singulières ou associatives face à l'autorité de l'évêque diocésain, etc.

Déjà avant le Concile, mais surtout après, tout un courant s'était dessiné en faveur d'une application large du principe aux différents niveaux ecclésiaux. Il commence avec Pie XII, qui disait: «*Que l'autorité ecclésiastique applique ici lui aussi le principe général de l'aide subsidiaire et complémentaire...*»; il disait cela, il est vrai, au sujet de l'apostolat des laïcs.

Au niveau du Concile un fort mouvement porta à accorder aux évêques des compétences plus larges, non seulement aux évêques résidentiels, mais aussi aux conférences épiscopales. Egaleme nt on retrouve cette demande dans les principes proposés par le Synode des Evêques de 1967 pour la réforme du Code de droit canonique.

Mais à cette même époque on commença aussi à mettre en évidence les limites des applications possibles, en raison de la constitution divine de l'Eglise et de sa

structure nécessairement « monarchique », en vue de la sauvegarde de l'intégrité du dépôt de la foi et de son unité. De là découle une certaine réserve du Saint-Siège à l'accueillir dans les documents du Magistère, en tant qu'appliqué à la fonction de gouvernement ecclésial.

L'A. aboutit à affirmer que les réformes post-conciliaires dans le sens de la décentralisation sont beaucoup plus le fruit de l'application de l'ecclésiologie du Concile et de l'application des principes de participation et de corresponsabilité, principes qui bien entendus ne peuvent être développés que dans le cadre de la communion ecclésiale à tous les niveaux.

En conclusion on peut dire que les Actes du colloque mettent bien en évidence les différents aspects de la subsidiarité dans ses principes et dans ces diverses applications, même si on peut regretter la part trop importante que prennent les problèmes politiques du jour et des interprétations qui peuvent paraître par moments plutôt subjectives.

Jean Marie Pommarés, O.S.B.

Pietro AMENTA, *Partecipazione alla potestà legislativa del Vescovo. Indagine teologico-giuridica su Chiesa particolare e sinodo diocesano*. Editrice Pontificia Università Gregoriana, Roma, 1996, p. 269.

1. Il presente lavoro è frutto della ricerca svolta dall'autore per la consecuzione del dottorato presso

la Pontificia Università Gregoriana, nell'anno 1994. Muovendo dall'ecclesiologia del Vaticano II e con un approccio teologico-giuridico, l'autore si propone di studiare come le comunità diocesane possano perseguire il rinnovamento interno, soprattutto servendosi dello strumento del sinodo diocesano. A questo scopo risponde la struttura del libro, diviso in tre parti, con un'introduzione e un'ampia conclusione.

2. La prima parte è dedicata alla Chiesa particolare nella ecclesiologia di comunione. In essa l'autore cerca di fornire le basi teologiche per una corretta impostazione del concetto stesso di Chiesa particolare, che serva da presupposto per un'ulteriore riflessione, di taglio più giuridico. Un elemento chiave a questo scopo, secondo l'autore, è il principio ecclesiologico di comunione. Ad esso dedica tutto il capitolo secondo, con speciale riferimento alle diverse dimensioni della *communio*: la dimensione universale e particolare, e la dimensione verticale ed orizzontale. Tale principio servirebbe inoltre per spiegare il rapporto che intercorre tra Chiesa universale e Chiese particolari. A proposito di questo rapporto, l'autore parla (pp. 33-34) di una *relazione di analogia*, non soltanto valida nell'ambito teologico, bensì applicabile anche alla struttura gerarchica dell'una e dell'altra, nonché ai singoli istituti giuridici in esse esistenti. Il terzo e ultimo capitolo di questa prima parte, è dedicato principalmente (pp. 45-63) al rapporto tra concilio e codice; concretamente

esamina in che misura il libro II del codice recepisce l'insegnamento conciliare sulla Chiesa. Quindi, si chiude con alcune considerazioni generali (pp. 63-70) intorno al tema della sinodalità, che l'autore descrive (p. 65) come un principio dinamico: la *communio activa fidelium*, intesa come cooperazione necessaria di tutti i fedeli all'attività della chiesa. Nel pensiero dell'autore, quindi, la sinodalità appare come dimensione strutturale ed ecclesiologica del principio della *communio* (p. 69).

3. La seconda parte tratta dell'esercizio dell'autorità nella chiesa particolare e della corresponsabilità attraverso gli organi di partecipazione. Essa presenta per certi versi un taglio teologico dal momento che comincia con una breve esposizione (pp. 73-89) sulla natura dell'autorità del servizio gerarchico così come descritto nella *Lumen Gentium* ed in altri documenti conciliari; tuttavia si è voluto dare al discorso una colorazione maggiormente giuridica. Due sono, a nostro avviso, i punti centrali di tutta la riflessione contenuta nella seconda parte.

In primo luogo il concetto di autonomia della Chiesa particolare. L'autore ha compiuto, nel capitolo III, un valido sforzo per mostrare come si debba intendere questa autonomia, per essere qualificata come giusta. E così, egli afferma che la comunità diocesana «sa di essere la Chiesa di Cristo in quanto legata nella sua essenza profonda al mistero della Chiesa universale (...). Questo legame fa parte della

sua costituzione e si riflette nel suo ordinamento visibile, per cui l'autonomia è giusta se riflette questo legame necessario espresso in modo del tutto singolare dalla presenza di un pastore membro del collegio...» (p. 110). Successivamente, applica questo principio al rapporto tra diritto particolare e diritto universale (cap. IV), sostenendo che il primo potrebbe essere considerato come un vero ordinamento giuridico, non primario né originario, bensì autonomo, del quale sarebbe anche parte integrante il diritto comune (p. 114). Elemento importante, in questo rapporto tra l'universale e il particolare, sarebbe, secondo l'autore, la consuetudine, nella quale egli vede una manifestazione del *sensus fidei* del popolo di Dio (cfr. ad esempio, pp. 129 e 228). Dobbiamo dire che questo ricorso al *sensus fidei* ci sembra poco utile dal punto di vista giuridico, poiché il fenomeno consuetudinario appartiene alla comune esperienza giuridica, e presenta delle caratteristiche proprie.

In secondo luogo, la riflessione è incentrata sulla corresponsabilità attraverso gli organi di partecipazione, sviluppata nel capitolo V. Qui l'autore cerca di mostrare come le modalità di corresponsabilità e di partecipazione, non sono che espressioni concrete di due principi generali dell'ordinamento canonico: la sinodalità e la collegialità (cfr. p. 131). E tra queste modalità si annovera, appunto, il sinodo diocesano: organismo che raccoglie tutta l'opera di corresponsabilità a livello diocesano. Del sinodo, però, si tratta nella terza parte.

4. L'autore affronta in quest'ultima parte l'analisi della normativa codiciale sul sinodo, sotto un'angolazione prettamente giuridica. Infatti, essa è quasi interamente dedicata ad un commento esegetico dei nove canoni del CIC '83 sul sinodo diocesano. La sistematica adottata per il commento è la seguente: 1. Natura, oggetto e finalità del sinodo; 2. Struttura e composizione; 3. Svolgimento; 4. Conclusione.

L'autore cerca di mostrare in queste pagine (157-215) che tale normativa risponde alla concezione del sinodo come organismo di partecipazione, attraverso il quale si esprime la corresponsabilità di tutti i fedeli alla missione della Chiesa. A questo proposito, ci sembra opportuno sottolineare che l'autore vede nel c. 466 (canone che afferma che unico legislatore nel sinodo diocesano è il Vescovo diocesano) la norma centrale della normativa codiciale sul sinodo. «Per il fatto che il canone parla di *legislatore*, va da sé — sostiene egli — che una delle finalità del sinodo è necessariamente quella legislativa» (p. 170). Ciò confermerebbe inoltre la valenza giuridica, e non soltanto pastorale, del sinodo. In definitiva, il sinodo è visto come uno strumento atto all'esercizio della funzione legislativa del Vescovo diocesano, sempre nel rispetto del principio contenuto nel c. 466.

Si tratta, dunque, di un interessante commento, non soltanto perché cerca di mostrare le problematiche di fondo, ma anche per i riferimenti all'esperienza vissuta nei sino-

di diocesani italiani di questi ultimi anni.

Juan González-Ayesta

Manuel J. ARROBA CONDE, *Diritto processuale canonico*, 3^a ed., Ediurcla, Roma, 1996, p. V-556.

1. L'autore Manuel Jesús Arroba Conde, cmf. (Casas de D. Pedro, Badajoz, España, 1957), dal 1989 professore di Diritto processuale canonico presso la Pontificia Università Lateranense, scrive nella prefazione del suo libro, del quale dopo appena sedici mesi dalla seconda edizione è già uscita la terza revisione:

« Il presente volume intende facilitare lo studio delle due discipline principali della cattedra di diritto processuale canonico. La struttura risponde ugualmente a questo scopo fondamentale. A modo di manuale si vuole offrire un'esposizione completa e organica della materia, indicando le relazioni che intercorrono tra le diverse parti della normativa processuale.

La prima parte riguarda il trattato dei presupposti processuali. Il contenuto investe molte e delicate questioni di teoria generale del diritto che richiedono un quadro sistematico più vasto di quanto la sola esegesi normativa possa illustrare. Perciò in questa parte si procede allo studio delle norme facendo puntuale richiamo ai principi basilari del diritto processuale che in campo canonico sono permeati di valori ecclesiologici.

La seconda parte riguarda il trattato degli atti processuali. Il contenuto investe più da vicino le norme che regolano lo svolgimento del processo. Perciò in questa parte si procede cercando di individuare le conseguenze derivanti dalle regole processuali, senza tralasciare la loro comprensione nel quadro degli istituti giuridici che hanno incidenza in ogni singolo atto, e mettendo in rilievo le problematiche interpretative che si presentano ».

Ritengo che detta impostazione indica subito il valore e l'originalità di questo manuale, che senza dubbio, nonostante qualche imperfezione, aiuta a percepire lo spirito ed i principi fondamentali del diritto processuale canonico.

2. L'esposizione è dunque divisa in due parti: la cosiddetta « Pars statica » (pp. 1-288) e la cosiddetta « Pars dinamica » (pp. 289-538) del diritto processuale canonico. Seguono poi una bibliografia piuttosto sommaria — che per es. non contiene nessuno studio scritto in tedesco — di opere ed articoli pubblicati dopo la promulgazione del CIC 1983 (pp. 539-550) e l'indice generale (pp. 551-556). (È stato omesso nella terza edizione l'indice dei canoni.)

La prima parte contiene cinque capitoli con diversi « temi » in numerazione continua.

Il primo capitolo tratta delle nozioni generali (pp. 3-71): introduzione al diritto processuale; introduzione al diritto processuale canonico; terminologia processuale; i tipi

di processo canonico; natura giuridica del processo; applicazione delle leggi nel processo; i presupposti processuali.

Il secondo capitolo esamina i presupposti giurisdizionali (pp. 73-124): giurisdizione e potestà giudiziale; competenza: nozione e divisione; i titoli di competenza; i modi di determinare la competenza.

Nel terzo capitolo vengono esposti i presupposti strutturali (pp. 125-161): gradi e specie di tribunali: i tribunali territoriali; i tribunali personali; i tribunali apostolici.

Il quarto capitolo tratta dei presupposti personali (pp. 163-255): i protagonisti del processo; il giudice; il pubblico ministero (cioè il promotore di giustizia ed il difensore del vincolo); l'organico del tribunale (si tratta degli altri ufficiali del tribunale); le parti; azioni ed eccezioni; i patroni.

E nell'ultimo capitolo della prima parte vengono considerati i presupposti disciplinari (pp. 257-288): i principi processuali al riguardo; l'esercizio dell'ufficio giudicante; ordine, tempo e luogo delle cause.

La seconda parte contiene quattro capitoli, sempre con diversi «temi» in numerazione continua.

Il sesto capitolo del manuale riguarda la fase iniziale del processo (pp. 291-363): il libello; la citazione; la risposta del convenuto; la litis contestatio; inizio e vicissitudini circa l'istanza.

Il settimo capitolo è composto dai seguenti «temi» (pp. 365-438): le prove in genere; le dichiarazioni delle parti; la prova documentale;

la prova testimoniale; la prova periziale; altri mezzi di prova; la pubblicazione degli atti; la conclusione della causa.

L'ottavo capitolo è dedicato alla fase definitiva del processo (pp. 439-508): la discussione della causa; le decisioni giudiziali; i mezzi di impugnazione; la querela di nullità; l'appello; la cosa giudicata; la «nova propositio» e la «restitutio in integrum»; l'esecuzione della sentenza; le definizioni non giudiziali.

Il nono ed ultimo capitolo tratta delle altre norme processuali (pp. 509-538): il processo contenzioso orale ed i processi matrimoniali.

È da notare che nella seconda parte del libro la struttura dei «temi» 26 a 48 (capitoli 6-8) è sempre la seguente: «1. Definizione e istituti giuridici. 2. Analisi della normativa. 3. Problemi dottrinali...».

3. Risulta subito da questa esposizione schematica del contenuto che il manuale di Arroba Conde non fa un commento alla normativa «De causis ad sacrae ordinationis nullitatem declarandam» (cc. 1708-1712), «De processu poenali» (cc. 1717-1731), «De ratione procedendi in recursibus administrativis atque in parochis amovendis vel transferendis» (cc. 1732-1752).

Tenuto conto poi che il manuale dedica soltanto una trentina di pagine ai «temi» «Le definizioni non giudiziali» («De modis evitandi iudicia») (pp. 506-508), «Il processo contenzioso orale» (pp. 510-516) e «I processi matrimoniali» (pp.

517-538) si deve concludere che il libro è sostanzialmente un commento alla prima parte del diritto processuale canonico, cioè «De iudiciis in genere» (cc. 1400-1500) e alla prima sezione della sua seconda parte, cioè «De iudicio contentioso ordinario» (cc. 1501-1655).

Occorre inoltre ben notare che si tratta del diritto processuale del CIC, cioè della Chiesa latina.

4. Con una certa qualche ambiguità il titolo del libro non corrisponde dunque in modo del tutto adeguato al suo contenuto sostanziale. Questo fatto si ripercuote sulla nozione, o meglio sulle varie nozioni di processo adoperate dall'autore.

a) Giustamente Arroba indica che, attesi tutti i tipi di «processi canonici» inclusi nel libro VII, la nozione generica di «processo» che soggiace al Codice si può ritenere quasi equivalente al concetto di «procedimento». Al riguardo egli asserisce che: «il libro VII, intitolato "De processibus" include qualsiasi procedimento formale stabilito dalla legge canonica per tutelare i diritti o interessi controversi» (p. 39; nella 2ª edizione del 1994, p. 38: «per tutelare determinati diritti o interessi legittimi»). Sorge però la questione se per es. la «procedura in parochis amovendis vel transferendis» (cc. 1740-1752) sia davvero un «modus procedendi» per risolvere una controversia e non piuttosto per prevenire controversie. Ci si domanda inoltre perché detti «modi procedendi» si trovano

nel libro VII «De processibus», mentre ciò non avviene per es. per la procedura per la dimissione dei religiosi (cfr. cc. 694-703).

b) Alla p. 35 Arroba afferma che «il processo è una serie ordinata e successiva di atti legittimi che tendono a risolvere una controversia». Tale definizione sembra corrispondere al suddetto concetto di «procedimento».

Ma alla p. 39 egli asserisce che in teoria «il processo è solo una specie del genere procedimento» e che il processo «si identifica per la sua struttura dialettica, vale a dire, per il suo svolgersi "in contraddittorio", essendo lo strumento contraddittorio il mezzo per giungere alla scoperta della verità». Questa ultima nozione di «processo» non include più quei «procedimenti» del libro VII che non si identificano per la loro struttura dialettica. Il processo in questo senso è quindi un procedimento, ma non ciascun procedimento un processo.

c) Comunque sia, l'uso della parola generica «processo» diventa problematica dove l'Autore difatti tratta del processo *giudiziale* canonico. Egli, per es., indica alle pp. 81-83 tra i presupposti processuali la potestà giudiziale. Ciò vale senza dubbio per il processo giudiziale canonico, ma non è un presupposto per il processo canonico in genere, che include anche tipi di processi non-giudiziali.

Risulta chiara detta confusione tra il processo canonico in genere ed il giudizio canonico in specie — distinzione d'altronde bene spiegata

alla p. 36 — per es. dove Arroba asserisce che «la concezione istituzionale del processo canonico obbliga a rispettare l'esistenza di un vero e proprio contraddittorio che garantisce la posizione processuale di ambedue le parti, con identico diritto di difesa, e sia risolto da un organo "super partes" (il giudice)» (p. 171).

d) Arroba critica il fatto che nella prima parte e nella prima sezione della seconda parte del libro VII del CIC si preferisca parlare di giudizio anziché di processo (p. 40). Tale critica non appare fondata, atteso il fatto che nella prima e seconda parte del libro VII («De iudiciis in genere» e «De iudicio contentioso») si tratta davvero del processo giudiziale, mentre nelle parti III e IV si tratta sia di processi giudiziali che di processi o procedimenti amministrativi e nella parte V soltanto di procedimenti amministrativi. (Non è adeguato il titolo della seconda sezione della seconda parte del libro VII, «De processu contentiosus orali»: essendo anche detto processo un processo giudiziale, sarebbe stato più esatto il titolo «De iudicio contentioso orali», anzi «De iudicio contentioso summario» come nel CCEO.)

e) Risulta da quanto finora detto che non soltanto il contenuto del manuale di Arroba si riferisce sostanzialmente al giudizio canonico e non al processo canonico in genere, ma che anche le parole «processo» e «processuale» si riferiscono spesso non al processo canonico in genere, ma al processo giudiziale canonico in specie.

5. L'esposizione è generalmente chiara e accurata, non mancano però delle asserzioni ambigue o non abbastanza accurate. Giova indicarne a modo di esempio alcune. (Qualche asserzione meno accurata nella precedente edizione è stata opportunamente corretta nella terza edizione.)

— Ambigua è la seguente asserzione dell'autore riguardo alla «libertà di forme» del diritto processuale canonico: «Questi criteri di libertà, anche se codificati per il processo orale (c. 1670), sono applicabili a tutti i tipi del processo» (p. 25). Alla p. 32, invece, egli sostiene rettamente che è obbligatorio osservare fedelmente le norme processuali.

— L'autore asserisce alla p. 45 che il processo orale «solo in casi straordinari non può essere usato» e che non si può procedere oralmente, se la materia esige un collegio di tre giudici, «perché il processo orale si svolge dinanzi ad un giudice unico». Egli, però, cita alla p. 510, nota 3, Stankiewicz che rettamente ritiene che la clausola «a iure non exclusae» del can. 1656 § 1 «implica un ambito di applicazione ristretto» per il processo orale, e alla p. 511 egli afferma giustamente che il processo orale «in determinate circostanze deve essere svolto presso un giudice collegiale».

— Atteso il can. 102 § 2 non appare accurata alla p. 104 l'esposizione riguardo l'acquisto del quasi-domicilio.

— L'autore ritiene contro il disposto del can. 1407 § 1 che la con-

nessione delle cause, di cui al can. 1414, non sarebbe un titolo di competenza (p. 118).

— Desta sorpresa alla p. 177 l'asserzione che il Vicario giudiziale appartenga al gruppo dei Vicari episcopali (cfr. cann. 479 e 463 § 1, n. 2). Il Vicario giudiziale è infatti Vicario del Vescovo diocesano nell'ambito del potere giudiziale, mentre il Vicario episcopale lo è nell'ambito del potere esecutivo.

— Alla p. 239 l'autore afferma che neanche il processo penale resta escluso dall'azione riconvenzionale; non si capisce come l'accusato possa assumersi nell'azione riconvenzionale l'ufficio di accusatore ossia del promotore di giustizia (o dell'Ordinario, qualora si tratti di un processo penale amministrativo).

— L'autore scrive alla p. 358 contro il can. 1525 che, nel caso di assenza dell'attore e quindi della sua rinuncia all'istanza, le spese appartengono ad entrambe le parti solidalmente qualora il convenuto accetti detta rinuncia dell'attore all'istanza. Sembra trattarsi nel caso di confusione tra i due paragrafi del can. 1595.

— Alla p. 362 l'autore ritiene che i decreti e le sentenze interlocutorie siano sempre inappellabili nelle cause matrimoniali, mentre una sentenza interlocutoria che dichiara la nullità di una sentenza di merito in una causa di nullità matrimoniale è senza dubbio appellabile.

— L'autore asserisce alla p. 401 che la « conoscenza dei documenti in cause non matrimoniali non è prevista espressamente dalla leg-

ge », contro il disposto dei cann. 1544 e 1598 § 1.

— L'autore definisce alla p. 430 la pubblicazione degli atti « come quell'atto processuale pubblico tramite il quale il giudice ordina la trasmissione del sommario alle parti perché possano effettuare l'esame », mentre il can. 1598 § 1 al contrario non prevede la trasmissione degli atti alle stesse parti in causa, ma soltanto: « advocatis id petentibus dari potest actorum exemplar ».

— Alla p. 479 l'autore esclude l'appello contro i decreti e le sentenze interlocutorie che non abbiano valore di sentenza definitiva « anche al momento di interporre appello contro la sentenza definitiva », ciò che non corrisponde al disposto del can. 1629, n. 4.

— Arroba critica alla p. 491, nota 92, la prassi della Rota Romana di concordare il dubbio in grado d'appello sotto la formula « an constet de nullitate matrimonii, in casu », riferendosi alla Norme Rotali del 1934, art. 77 § 2, ma non fa menzione del fatto che tale articolo è stato cambiato nelle « Normae Romanae Rotae Tribunalis » del 1994, art. 62.

6. Il libro di Arroba stimola la riflessione ed anche la discussione su diverse questioni di diritto processuale. Sembra opportuno nel quadro di questa recensione soffermarci sulla opinione di Arroba, secondo la quale un tribunale, pur essendo di seconda istanza, sarebbe assolutamente incompetente a giudicare una causa in seconda istanza qualora non sia il legittimo

tribunale d'appello riguardo al tribunale che trattò la causa in primo grado (cfr. pp. 102 e 522, nota 26), e ciò a norma del can. 1440: «Si *competentia ratione gradus*, ad normam cann. 1438 et 1439 non *servetur*, *incompetentia iudicis est absoluta*».

A prima vista sembra infatti che il can. 1440 non lascia posto all'incompetenza relativa riguardo ai tribunali di seconda istanza. La questione è però più complessa, per le seguenti ragioni:

a) Il can. 1440 riguarda senza dubbio anzitutto la incompetenza «*ratione gradus*», che già prima del Codice del 1983 veniva considerata assoluta dalla dottrina. Non si evince però che il legislatore abbia voluto colpire con l'incompetenza assoluta i tribunali di seconda istanza che sono nel giusto grado, pur avendo sbagliato la connessione giusta con il tribunale di prima istanza. Sarebbe infatti una cosa illogica ammettere la incompetenza relativa dei tribunali di prima istanza per il primo grado di giudizio, e non la stessa incompetenza relativa dei tribunali di secondo istanza per il secondo grado di giudizio. Se per il primo grado è sufficiente nel sistema processuale canonico l'obbligo di respingere il libello in caso di incompetenza relativa (cfr. can. 1505 § 1 e 2, n. 1, assieme col can. 1457 § 1, che prevede la possibilità di imporre sanzioni ai giudici che senza suffragio di alcuna prescrizione del diritto si dichiarino competenti) nonché la possibilità di proporre l'eccezione di incompetenza relativa

(cfr. can. 1460), non si capisce perché dovrebbe essere altrimenti per il secondo grado.

b) Né vale l'obiezione ex can. 1407 § 2, che parla di incompetenza relativa soltanto riguardo ai tribunali di primo grado, perché proprio in questo contesto si tratta soltanto dei tribunali di primo grado e non di ulteriore grado. D'altronde il pericolo che qualcuno adisca un tribunale incompetente è più ovvio per il primo grado, e perciò ci voleva la norma esplicita del can. 1407 § 2.

c) Ma c'è di più. Secondo il can. 1440 l'incompetenza del giudice è assoluta se la competenza relativa al grado di giudizio non viene osservata a norma dei cann. 1438 e 1439 («*Si competentia ratione gradus*, ad normam cann. 1438 et 1439 non *servetur...*»). Orbene, i cann. 1438 e 1439 trattano soltanto della competenza dei tribunali di seconda istanza e non dei tribunali di terza ed ulteriore istanza, mentre c'è anche nella Chiesa latina qualche tribunale oltre la Rota Romana che legittimamente può giudicare in terzo grado. Ci sono peraltro tribunali di secondo grado che non sono eretti «ad normam cann. 1438 et 1439» (come i tribunali regionali d'appello in Italia). Se si prende quindi il can. 1440 alla lettera, l'incompetenza assoluta «*ratione gradus*» certamente non riguarderebbe i tribunali di terza ed ulteriore istanza, e probabilmente neanche i tribunali di seconda istanza che non sono eretti «ad normam cann. 1438 et 1439». Risulta quindi che una lettura troppo «letterale» del can. 1440 non è sostenibile.

d) Inoltre, secondo l'art. 124, n. 3, della «Pastor bonus» è competenza della Segnatura Apostolica «tribunalium inferiorum competentiam prorogare». Orbene la proroga di competenza suppone l'incompetenza relativa (nel caso di incompetenza assoluta è necessaria la commissione pontificia) e la dicitura «tribunalium inferiorum» abbraccia tutti i tribunali inferiori, siano di prima o ulteriore istanza. L'art. 124, n. 3, indica perciò che l'incompetenza relativa sia possibile non soltanto in prima istanza, ma anche in seconda (ed ulteriore) istanza.

e) L'esperienza dimostra che gli errori riguardanti la connessione giusta tra tribunali di primo grado e tribunali di secondo grado si verificano più facilmente in quei territori della Chiesa, in cui l'organizzazione dei tribunali è ancora difettosa. Così accade che un tribunale di primo grado in terra di missione si rivolga in buona fede ad un altro tribunale di seconda istanza che quello della propria metropoli, perché questo non dispone di tre giudici per giudicare una causa in seconda istanza. Accade anche in caso di erezione di una nuova provincia ecclesiastica quando si continui in buona fede a spedire le cause per il giudizio di secondo grado al tribunale della precedente metropoli. Sembra poco probabile che il Legislatore abbia voluto colpire in dette circostanze l'operato del tribunale di seconda istanza con l'incompetenza assoluta.

f) Proprio in relazione ad un caso del genere la Segnatura Apostolica ha richiesto nell'anno 1986 un

voto al riguardo di due eminenti processualisti, i quali hanno escluso in tali casi l'incompetenza assoluta e la Segnatura Apostolica ha quindi seguito nella sua prassi il loro parere.

7. In conclusione: il manuale di Arroba, malgrado qualche imperfezione, è un libro originale e interessante, che stimola la riflessione sui principi basilari del diritto processuale canonico della Chiesa latina. Ci si deve perciò complimentare con l'Autore per la pubblicazione delle sue lezioni di diritto processuale.

Frans Daneels, O. Praem.

Maurizio Claudio BRAVI, *Il sinodo dei vescovi. Istituzione, fini e natura. Indagine teologico-giuridica*, Editrice Pontificia Università Gregoriana, Roma, 1995, p. 397.

Nella sua breve vita, il sinodo dei vescovi è stato oggetto di non pochi studi scientifici, sia dal punto di vista teologico collegiale o se si preferisce comunione, sia soprattutto dal punto di vista strutturale normativo giuridico. Il libro che presentiamo, che costituisce il secondo volume della collana «Tesi gregoriana, Serie Diritto Canonico», si colloca in questo filone con il proposito di ricondurre ad unità gli enunciati delle due correnti. Non che nei lavori precedenti non fossero stati trattati gli argomenti qui raccolti ma,

forse alla stregua del gran maestro dei canonisti del XII secolo, il camaldolese Graziano, qui si vuole « concordare » le conclusioni « discordanti ». Ma, se è certo che il monaco bolognese si prefiggeva di epurare gli elementi teologici dal discorso giuridico, qui la volontà dell'autore sembra orientata a far emergere il fondamento teologico delle norme giuridiche, il che costituisce un passo avanti nelle scienze ecclesiali.

Lo studio, presentato come tesi di dottorato nella Facoltà di Diritto canonico dell'Università Gregoriana di Roma, è diviso in tre parti, delle quali le due prime trattano la nascita del Sinodo e la discussione su di esso durante il Concilio Vaticano II, nonché la concezione normativa posteriore dell'istituto. La terza parte entra più nella discussione dottrinale, trattando concretamente la collocazione del Sinodo in rapporto ai due soggetti della potestà suprema nella Chiesa, le ripercussioni della dottrina conciliare sulla collegialità episcopale nella configurazione giuridica e normativa della istituzione sinodale, e la considerazione del ruolo consultivo assegnato al Sinodo dei vescovi fin dalla sua creazione.

L'autore conclude il volume auspicando ulteriori indagini sul Sinodo dei vescovi e suggerisce alcuni argomenti da trattare: l'approfondimento del rapporto tra gli aspetti teologici e giuridici che compongono la realtà del Sinodo; gli eventuali suoi sviluppi normativi; lo studio « sistematico » della sua funzione consultiva, che ne metta in luce gli aspetti specifici ed il suo ruolo nella

Chiesa; il possibile ampliamento delle finalità assegnate al Sinodo (p. 328-330). Inoltre, il volume è arricchito da cinque appendici, tra le quali viene in rilievo, per il suo contenuto, la quarta nella quale sono pubblicate le finora inedite *Explicationes quaedam circa « Ordinem Synodi Episcoporum celebrandae recognitionem et auctum »*, distribuite ai Padri sinodali della III Assemblea generale del 1974 (p. 365-366). Le tre prime raccolgono la normativa sul Sinodo e la quinta un elenco delle assemblee sinodali svoltesi dal 1967 al 1994 (p. 367-370). Alla fine del libro, come d'abitudine in opere di questo tipo, si trova una sezione bibliografica sull'argomento trattato (p. 379-393).

Jesús Miñambres

Antonio CALABRESE, *Diritto Penale canonico*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 1996, p. 391.

Come ci avverte l'A. nella presentazione, la buona accoglienza riservata a questo volume lo ha spinto, a distanza di sei anni dall'uscita della prima edizione (cfr. *Recensione* su questa Rivista 2 (1990) 692-694), a prepararne una seconda per i tipi della Libreria Editrice Vaticana.

L'impianto del testo si mantiene inalterato, conservando le caratteristiche che ne hanno certamente favorito la diffusione in un pubblico non ristretto ai cultori del diritto: stile chiaro, ricco di esemplificazioni, assenza delle discussioni dottri-

nali che hanno caratterizzato la riforma di questa parte del Codice latino. In sostanza, un manuale accessibile, di taglio prettamente pratico, che consente una conoscenza completa della normativa latina riguardante il diritto penale.

L'A. ha inoltre provveduto ad integrare la trattazione con specifici riferimenti agli aspetti procedurali, laddove la prima edizione era sul punto piuttosto sobria. Troviamo così, già nella prima parte, un richiamo all'impugnabilità del precetto penale, ma è soprattutto nel capitolo 10, dedicato all'applicazione delle pene canoniche, dove vi è un articolo tutto nuovo (p. 153-216) riguardante la procedura amministrativa o giudiziaria per l'inflizione delle sanzioni in cui vengono seguite, passo dopo passo, le diverse tappe che si susseguono a partire dall'indagine previa fino all'esecuzione della sentenza e alla sua impugnazione.

Va rilevato, in proposito, che il giudizio dell'A., che va senz'altro condiviso anche perché fondato sul testo del Codice, circa la preferenza da accordare alla procedura giudiziaria, obbligatoria in determinati casi, e quindi il suo impegno nel descriverla particolareggiatamente, non trova purtroppo riscontro nella prassi abituale dell'amministrazione della giustizia penale, che tende sempre più ad avvalersi, per ragioni differenti e non sempre condivisibili, della procedura amministrativa.

Se quindi va senz'altro ascritto a merito dell'A. l'aver trattato con completezza la procedura per l'inflizione

di sanzioni penali, va d'altro canto osservato che sarebbe stato molto opportuno qualche cenno al Codice orientale, nonostante l'opera sia esplicitamente dedicata al diritto latino. E se ciò era ovviamente comprensibile nella prima edizione, dal momento che non era ancora stato pubblicato il CCEO, ci pare risulti oggi una mancanza, tenuto conto del fatto che è auspicabile tendere ad una concezione maggiormente unitaria del diritto della Chiesa per non correre il rischio di operare una giustapposizione di due sistemi giuridici isolati.

Sparsa qua e là vi sono ulteriori revisioni, modifiche, precisazioni che, frutto di riflessioni dell'A. e forse di suggerimenti di colleghi, contribuiscono al miglioramento di questa seconda edizione.

Da ultimo va ricordato che è stato accresciuto l'impianto bibliografico, aggiornato con i contributi più recenti che non solo sono stati inseriti nella bibliografia finale, ma anche lungo il corso della trattazione, senza per questo farle perdere la linearità espositiva.

Al termine di queste brevissime note non si può che augurare all'A. che anche questa seconda edizione del suo manuale di Diritto penale conosca la diffusione che ha caratterizzato la sua prima fatica.

Davide Cito

Giuseppe DALLA TORRE, *La città sul monte. Contributo ad una teoria ca-*

nonistica sulle relazioni fra Chiesa e Comunità politica, Editrice A.V.E., Roma, 1996, p. 216.

Dopo la scossa del Concilio Vaticano II, il vecchio *Ius Publicum Ex-terminum* ha perso per sino il nome. Per quanto già prima fossero stati rilevati i segni della sua inadeguatezza alla realtà sociale, forse la cristallizzazione a cui si era arrivati ha impedito il tempestivo rinnovarsi della disciplina; il fatto è che ai trattati classici, dei quali può considerarsi l'epigono quello di Ottaviani, non hanno fatto seguito opere dello stesso stile costruite sui principi del magistero conciliare.

E ciò rende ancora più apprezzabile contributi come questo, il quale, come spiega l'A., oltre a riflettere « una ricerca estrinsecatasi nel tempo in approfondimenti tematici definiti... nasce anche da una didattica sviluppatasi, in oltre cinque lustri, in varie sedi universitarie... ed alla didattica è espressamente destinato » (p. 12).

Una introduzione e dodici capitoli offrono un panorama assai completo e profondo della materia, nel quale la semplicità e lo sforzo sistematico sono i pregi maggiormente da segnalare, anche perché ottenuti attraverso opportune inquadrature storiche e andando direttamente alle questioni di fondo, spiegano i problemi concreti che sono sorti e continuano a sorgere nei rapporti tra la Chiesa e la comunità politica.

Sembra dunque logico che nell'Introduzione vengano esposti da una parte l'eterogeneità che distin-

gue Chiesa e società civile, e dall'altra i punti di contatto fra loro (che altro non sono se non il condividere la storia degli stessi uomini); e di conseguenza la particolare valenza della prospettiva giuridica per affrontare lo studio dei loro rapporti. Nel presentare i soggetti di tali relazioni, Dalla Torre estende il suo studio sia sulla riflessione conciliare compiuta dalla Chiesa sulla propria socialità e giuridicità, sia sui nuovi orizzonti sui quali si affaccia la comunità politica, segnati dal superamento della nozione classica di Stato col sorgere di più globali e complesse prospettive di organizzazione politica e culturale.

Cesare e Dio, titolo del primo capitolo, vuole evidenziare l'originalità della prospettiva cristiana che introduce il dualismo, la distinzione tra religione e politica, o meglio tra appartenenza religiosa e organizzazione della polis, superando un monismo che caratterizzava le società precristiane. Un superamento idealmente definitivo, perché il monismo è sempre tendenzialmente in agguato sotto nuove forme, come dimostrano le più recenti esperienze di esaltazione dell'apparato politico. E qui l'A. passa in breve rassegna i differenti sistemi relazionali in cui si è cristallizzato il dualismo cristiano.

Ma se l'esposizione didattica dei sistemi congiunturali che si sono verificati a partire dal principio dualista può essere semplificata, l'avvicinarsi alle realtà tematiche dell'incontro tra la Chiesa e il potere politico mette in evidenza la complessità

e la mutabilità storica dei punti nodali in cui tale incontro avviene. Questa mutevole linea di demarcazione, articolata nelle classiche *res mixtae*, ha suggerito a Dalla Torre il titolo *Mobili frontiere* per il secondo capitolo del libro, dove egli focalizza nel suo studio «alcuni dei nodi problematici che l'esperienza storica ha progressivamente posto in luce» (p. 36). Vengono così esaminati vecchi e nuovi problemi, come quello delle nomine agli uffici ecclesiastici o quelli del matrimonio, la scuola e l'assistenza, il servizio militare e, più recentemente, la questione bioetica.

Dal discorso storico si passa poi alla esposizione sistematica dei principi e delle dottrine sulle quali si articolano nei nostri giorni i rapporti tra la Chiesa e lo Stato.

Così nel terzo capitolo vengono esaminati i più recenti documenti magisteriali, dai quali «si possono desumere i seguenti principi fondamentali per una moderna teoria dei rapporti fra Chiesa e comunità politica»; principi che possono essere sintetizzati così: la mutua indipendenza e autonomia fra loro, la libertà religiosa, la libertà della Chiesa, la sua rinuncia a privilegi, la collaborazione.

Da qui si passa ad analizzare il primo dei suddetti principi, quello dell'indipendenza reciproca, a partire da una pregevole rivisitazione delle categorie giuridiche di società perfetta, ordinamento primario, laicità e autonomia; per concludere che esse vanno intese entro la prospettiva dualistica in cui la Chiesa

interpreta il suo essere nel mondo e della quale esse sono espressione.

La libertà religiosa costituisce l'argomento del quarto capitolo. Di essa vengono descritti in primo luogo i problemi della sua distinzione concettuale dalla libertà di coscienza, nonché quelli più drammatici del suo progressivo affermarsi come diritto civile. Dalla Torre passa poi a spiegare gli elementi di continuità del magistero ecclesiastico sulla libertà religiosa, di fronte alle apparenze storiche di discontinuità del medesimo, provocate dalla differente carica ideale che questo diritto ha veicolato dalla sua prima comparsa ad oggi. Segue una analisi della dottrina conciliare sul diritto di libertà religiosa: natura, contenuto, profili individuali e collettivi, limiti, obiezione di coscienza.

Sotto il titolo *Eguaglianza e identità* si confrontano nel quinto capitolo, da una parte la dichiarata disponibilità della Chiesa nel Concilio Vaticano a rinunciare a quei privilegi che potrebbero offuscare la sua immagine di società dalla natura e dai fini prettamente religiosi, e dall'altra i problemi che l'uguaglianza pone all'ordinamento civile nei confronti delle confessioni e dei gruppi religiosi sempre più vari e numerosi. Ed è appunto la tutela della diversità, dell'identità propria di ciascuna comunità che l'uguaglianza deve genuinamente servire, piuttosto che una forzata uniformità, per raggiungere la quale non di rado l'uguaglianza viene invocata. L'effettiva libertà di tutti è il bene che — attraverso l'uguaglianza — si deve garan-

tire, escludendo sia l'uniformità che i privilegi limitativi della libertà altrui.

La *libertas Ecclesiae* è l'argomento del sesto capitolo nel quale, muovendo dal n. 13 della Dichiarazione *Dignitatis humanae*, viene esaminata la portata teologica e giuridica del concetto in sé, come perenne richiamo all'indipendenza e all'identità della Chiesa, ma anche in rapporto alla libertà religiosa; due libertà da tenere chiaramente distinte, in quanto sorgono da presupposti teologici e filosofici differenti, ma che richiedono spazi di libertà che in parte possono coincidere.

Insieme ai principi già considerati, e come necessaria conseguenza del loro rispetto, si colloca quello della cooperazione tra Stato e Chiesa. Nella prospettiva conciliare questo principio trova il suo più profondo fondamento nel servizio alla persona, che è la ragion d'essere dell'uno e dell'altra. Un servizio che, pur segnato dalla eterogeneità esistente fra Stato e Chiesa, finisce per avere specifiche e reciproche ripercussioni anche a livello societario.

Questa *sana cooperatio*, che dà il titolo al settimo capitolo del libro che stiamo esaminando, può essere attuata attraverso molteplici vie di diversa portata giuridica: dalla libera e spontanea attività apostolica dei fedeli-cittadini all'interno delle strutture della società civile, ai contatti informali tra la gerarchia e l'autorità politica, agli accordi di natura prettamente giuridica, oggi possibili a diversi livelli organizzativi sia dello Stato che della Chiesa.

Da qui si passa allo studio di quello che è lo strumento tipico dei rapporti giuridici formali tra le due istituzioni, il concordato, del quale si fa una lucida difesa di fronte alle recenti dottrine che lo presentano come qualcosa di superato, stante la sua riduttiva interpretazione, vuoi dell'ecclesiologia conciliare, vuoi della natura e della strumentalità dello stesso istituto concordatario.

In seguito si fa riferimento agli accordi di livello «locale», affrontando soprattutto il problema della loro natura giuridica. A questo riguardo, Dalla Torre identifica tre fattispecie differenti: accordo politico, accordo amministrativo interno all'ordinamento civile, e accordo normativo, vincolante le due parti su un piano di parità. Una quarta fattispecie oggi ricorrente è quella degli accordi derivanti da un concordato, del quale rappresentano un previsto sviluppo e dal quale ricevono una copertura giuridica internazionale.

Nell'ottavo capitolo, *La Chiesa e il mondo*, si trova una esposizione sintetica dei tre principali paradigmi normativi che, dal punto di vista dottrinale, hanno inquadrato i rapporti tra Chiesa e polis lungo tutta la storia: la *potestas directa* della Chiesa *in temporalibus*, la *potestas indirecta* e l'odierna *potestas magisterii*.

Soggetto di una certa novità in questa potestà magisteriale sono i diritti umani, sui quali l'A. inizia il discorso presentando il forte contrasto tra la loro progressiva affermazione teorica con le evidenti ne-

gazioni pratiche degli stessi. Non solo ad opera di sistemi totalitari o conflitti bellici, ma (ed è forse peggio) come conseguenza di forme di violenza coperte da una formale legalità democratica, quali l'aborto ed altri attentati contro la vita. Di conseguenza, viene postulato il riconoscimento di una fondazione giusnaturalistica dei diritti dell'uomo che li sottragga al capriccio della volontà politica o individualistica e li costituisca in termini di giustizia sostanziale.

Il titolo del nono capitolo, *La Chiesa nel mondo*, vuole sottolineare l'importanza che, accanto ai rapporti istituzionali già studiati, ha acquistato dopo il Vaticano II la presenza dei cristiani (specie dei laici) nella società civile. Dopo un sostanziale percorso storico sul ruolo dei laici nella missione della Chiesa, si trovano degli ampi commenti ai passi salienti dei documenti conciliari riguardanti la specifica vocazione dei laici, la loro responsabilità apostolica e il significato dell'anima-cristiana del mondo che essa propone. Chiude il capitolo un puntuale e interessante riferimento alle leggi imperfette.

Il capitolo decimo, sulla *Funzione 'politica' della Chiesa*, traccia le linee storiche e odierne che segnano il rapporto tra morale e politica, individuando nel concetto di sovranità assoluta, sul quale si fonda lo Stato moderno, l'origine del loro progressivo divario, che ha portato alle tragiche esperienze di questi ultimi secoli e minaccia ancora oggi la convivenza democratica. Soltanto il riconosci-

mento della priorità assoluta dei diritti naturali, come espressione di un'etica oggettiva e universale, è in grado di fondare stabilmente la convivenza sociale. Il contributo che a questo punto può fornire la dottrina e l'operato della Chiesa è importante, come dimostrano i più recenti documenti del magistero, contributo che ha trovato un singolare riconoscimento nei primi articoli del concordato italiano del 1984.

L'undecimo capitolo espone in primo luogo la tensione sempre presente nella Chiesa ad esprimere adeguatamente la sua presenza nel mondo. Tensione interna in quanto essa stessa deve superare tentazioni di esagerato spiritualismo o di secolarizzazione; ma anche tensione esterna per evitare di venire confusa e assorbita dalla politica o da questa venire espulsa dalla vita sociale e messa a tacere.

Da qui la ricerca dello *Stato ideale* ovvero di quella configurazione della comunità politica che in ogni particolare epoca della storia può considerarsi paradigmatica, in quanto rispondente ai principi cristiani della vita sociale. Di questi modelli, quello più riuscito sembra essere quello della medioevale *Respublica christianorum* che segna il momento di massima incidenza del messaggio evangelico nella società secolare, pur senza ignorare i suoi risvolti negativi. Le moderne monarchie cattoliche rappresentano (più nella dottrina degli autori ecclesiastici che nella realtà della sua attuazione) un altro grande ideale di Stato.

Oggi, il sistema politico che appare preferibile è la democrazia, supera-

te ormai le contrapposizioni di principio e le diffidenze nelle quali nacque. Il problema però è quale tipo di democrazia sia auspicabile. E qui, come per il passato, si deve rilevare che una compiuta attuazione di tale sistema secondo i principi del cristianesimo non si è ancora raggiunta; vale a dire: esiste un divario tra la visione della democrazia intesa come sistema che possa meglio garantire il rispetto della persona, e la realtà di non pochi paesi formalmente democratici, nei quali, invece, tale rispetto è minacciato se non addirittura assente, almeno riguardo ad argomenti come la vita al suo inizio e al suo termine, o il diritto di famiglia. Nell'enciclica *Evangelium vitae* si trova una profonda disamina della necessità di una fondazione etica della democrazia.

L'ultimo capitolo è dedicato ai rapporti fra la Chiesa e la comunità internazionale. Tende oggi questa a riconoscere sempre più ampia soggettività agli individui e ai gruppi non statali. La Chiesa ha partecipato alla sua formazione, contribuendo anche al suo sviluppo dalle origini fino ad oggi, attraverso l'attività diplomatica della Santa Sede, la cui personalità internazionale è un dato storico e di fatto riconosciuto. Questa presenza risponde a ragioni in parte mutevoli in rapporto al momento storico, ma in fondo sempre rispondenti alla difesa della *libertas Ecclesiae* e alla efficace attuazione della dottrina cristiana anche su argomenti di natura sociale e politica. Oggi, seguendo l'evolversi della stessa comunità internazionale, l'attività della Chiesa, accanto alle tra-

dizionali forme di rapporti con i singoli Stati, si estende sempre più al campo delle relazioni multilaterali, maturate in organizzazioni permanenti, convenzioni, conferenze e assemblee tematiche, nelle quali la Santa Sede interviene secondo la sua peculiare natura e si impegna a contribuire, soprattutto alla causa della pace e dei diritti umani.

Si pone poi il problema della soggettività in base alla quale la Chiesa si fa presente in ambito internazionale, e qui vengono esposte le ragioni e i punti deboli delle teorie più diffuse: quella che vede la Chiesa come vero e proprio soggetto dei rapporti, e quella che riconosce tale soggettività soltanto alla Sede Apostolica. Il problema in realtà sorge dalla peculiarità sia dell'una che dell'altra e dei loro rapporti reciproci, per cui le teorie internazionaliste, costruite sulla realtà statuale non possono essere applicate tout-court per spiegare il fatto della presenza della Chiesa nella comunità internazionale e i motivi di essa.

Ma è proprio la peculiare natura e missione della Chiesa che spiegano le ragioni profonde ed attuali di tale presenza, di cui va sottolineata la natura religiosa e la finalità spirituale. Essa poi non si limita più alle forme tradizionali di rappresentanza giuridica, ma intraprende nuove vie a partire dall'impegno dei cattolici (individui e gruppi) nell'animazione cristiana delle strutture civili, quindi anche quelle in cui si articola la comunità internazionale.

L'ultimo epigrafe viene dedicato al problema di recente comparsa

degli interventi umanitari. Finemente Dalla Torre spiega la distinzione tra intervento e ingerenza, e le ragioni che militano a sostegno dell'uno e dell'altra, benché entrambi siano collegati in sostanza alla necessaria tutela dei diritti umani, che non devono soccombere dinanzi ad un vecchio concetto di sovranità con pretese di assoluto.

Dopo la lettura di questo volume viene spontanea l'idea che lo scopo con cui è stato scritto sia compiutamente raggiunto, e quindi rappresenta un valido contributo alla costruzione di una nuova visione canonica dei rapporti Chiesa-comunità politica e un importante sussidio per la didattica.

José T. Martín de Agar

Francisco GIL HELLÍN, *Il matrimonio e la vita coniugale*, Collana Teologia e Filosofia, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 1996, 286 pp. (originale spagnolo: *El matrimonio y la vida conyugal*, Instituto Pontificio Juan Pablo II - Sección española (Valencia), Colección Veritas, n. 1, EDICEP, Valencia, 1995, 266 p.).

Nel presentare questo libro di S.E. Mons. Francisco Gil Hellín, attuale Segretario del Pontificio Consiglio per la Famiglia, il Cardinal Alfonso López Trujillo, Presidente dello stesso Dicastero, afferma che esso è «frutto di convergenze» (p. 5). In effetti, nell'opera

confluiscono i tre campi in cui l'autore mantiene un contatto permanente e vitale con il matrimonio e la famiglia: quello del suo lavoro, ormai più che decennale, proprio in quel Pontificio Consiglio, di cui è stato prima Sottosegretario; quello accademico, che egli ha continuato a coltivare a Roma, mediante la sua docenza nell'Istituto Giovanni Paolo II per Studi su Matrimonio e Famiglia e nella Facoltà di Teologia del Pontificio Ateneo della Santa Croce; e quello della cura delle anime, che neppure ha lasciato nei suoi anni romani. Sono tre approcci complementari che si potenziano vicendevolmente.

L'autore ha raccolto in questo volume alcuni suoi articoli, tutti in lingua spagnola e adesso tradotti in italiano da P. Stanislao Renzi, C.P., e li ha raggruppati in tre capitoli. Il primo tratta i *bona matrimonii* in Sant'Agostino, San Tommaso d'Aquino e la manualistica morale e canonica della prima metà del secolo XX. Il secondo capitolo affronta l'argomento dei *bona* e dell'amore coniugale nella *Gaudium et spes*; e l'ultimo, dal titolo «La vita coniugale, realizzazione della verità del matrimonio», percorre il magistero di questo secolo sul matrimonio e la famiglia in modo più globale.

Nonostante i normali limiti di questo genere di pubblicazioni, in cui possono venire a mancare con facilità alcuni aggiornamenti bibliografici e non si può raggiungere una piena sistematicità nel contenuto, ritengo che quest'opera sia dotata di una profonda unità e coerenza

interna. Essa le deriva soprattutto dalla straordinaria familiarità con i grandi dottori e con il magistero della Chiesa. In particolare, per quanto concerne le fonti magisteriali, si evidenzia la dimestichezza dell'autore con i testi e con la loro ermeneutica basata sulla storia della redazione. Infatti, nel 1975 la sua tesi dottorale nell'Università di Navarra ha riguardato proprio i *bona matrimonia* nella *Gaudium et spes*; inoltre, sono ben note le sue utilissime sinossi di diversi documenti del Vaticano II, anzitutto della stessa *Gaudium et spes*.

Ma Gil Hellín non si limita ad analizzare ed ordinare la dottrina dei dottori e del magistero. L'autore sa offrire chiavi di lettura, veramente sostanziali, che mostrano la ricchezza ed armonia di quel patrimonio e anche il suo progresso nelle formulazioni. Vediamone alcune, iniziando da quelle attinenti ai singoli capitoli del libro per passare, successivamente, a quelle comuni all'intero volume.

Nel primo capitolo egli si mostra fermamente convinto della validità dello schema agostiniano sui tre beni del matrimonio, « nucleo centrale e fondamentale che sintetizza e ordina armonicamente tutta la ricchezza dottrinale di fini, proprietà e piani naturale e soprannaturale del matrimonio » (p. 15). Poi si constata come il Concilio, nella *Gaudium et spes*, ha saputo superare certi riduzionismi per collegarsi direttamente a quei grandi maestri che sono Sant'Agostino e San Tommaso. A suo giudizio, « lo schema dei

beni viene avallato dalla *Gaudium et spes* come particolarmente adatto per una presentazione dottrinale e pastorale del matrimonio » (p. 129). Il capitolo conclusivo mostra la continuità e, nel contempo, la graduale chiarificazione che il magistero ha apportato al tema dell'inseparabilità tra aspetto procreativo ed aspetto unitivo dell'atto coniugale e del matrimonio, oltrepassando ogni residuo di contrapposizione tra amore coniugale e procreazione (presente ad es. nella tendenza ad identificare aspetto unitivo ed amore coniugale, il quale rientrerebbe nei fini secondari del matrimonio). In questo capitolo vengono esaminati anche i più importanti documenti del pontificato di Giovanni Paolo II in materia, come la *Familiaris consortio*, la *Donum vitae* e la sua Lettera alle Famiglie. In quest'ultima, nonché, in maniera particolare, negli scritti del Beato Josemaría Escrivá, l'autore trova ispirazione per presentare una spiritualità matrimoniale e familiare, inseparabile dalla morale e dalla dogmatica, in cui il matrimonio e la famiglia nella loro più intima essenza appaiono come cammino di santità.

Se dovessi sintetizzare le chiavi di lettura di tutto il libro in una sola parola, sceglierei il termine *armonia*. In primo luogo, l'aspetto unitivo e quello procreativo, giustamente messi in rapporto con il *bonum fidei* e il *bonum prolis*, vengono considerati nella loro intrinseca ed essenziale inseparabilità, come due aspetti della medesima realtà. Questa armonia costitutiva viene costante-

mente vista sia nel matrimonio in quanto istituzione sia nella vita coniugale, ed in particolare in ciascuno degli atti coniugali: «il bene del matrimonio specifica la bontà del suo atto proprio e specifico» (p. 167). «L'assenza di fatto dell'uno o dell'altro aspetto rende intrinsecamente illecita la vita coniugale, come avrebbe reso nulla l'istituzione del matrimonio» (p. 212). Una terza variante di questa armonia è quella ripetutamente indicata tra amore e istituzione, essendo il matrimonio descritto come «l'istituzione dell'amore coniugale» (p. 165). La distinzione non comporta oblio del parallelismo, per cui, come si vede nella dottrina conciliare, «tutto quanto si predica unitariamente del matrimonio, come per esempio ciascuno dei *beni*, si possa predicare dell'*istituzione* come tale e dell'*amore coniugale*» (p. 159). Ne consegue che «l'amore coniugale ha delle leggi imprescindibili per contrarre validamente il matrimonio, e dei criteri di moralità nell'esercizio della vita intima coniugale. Essi sono la mutua donazione e l'ordinamento alla trasmissione della vita. In mancanza di questi criteri non si darebbe vero matrimonio, né esisterebbe rettitudine della vita coniugale» (p. 237). In fine, l'aspetto religioso soprannaturale, evidenziato dal *bonum sacramenti* (che non va ridotto alle sue conseguenze rispetto all'indissolubilità), viene presentato nella sua continuità e compenetrazione con i beni naturali del matrimonio (cfr. p. 35). L'opera mostra bene come nella dottrina della Chiesa

sia sempre presente la coscienza circa l'esistenza di una verità naturale sul matrimonio e la famiglia, che costituisce un terreno fondamentale per il dialogo contemporaneo dei cristiani con tutti gli uomini di buona volontà.

A mio avviso, l'opera rappresenta una valida introduzione teologica alla dottrina della Chiesa sul matrimonio e la famiglia. Certamente alcune questioni specifiche come la contraccezione vengono trattate in modo più diffuso, ma ritengo che il libro si raccomandi soprattutto come lettura globale, di approfondimento di queste realtà così centrali per la vita della persona e della società e presentate dal magistero di questo secolo con rinnovata attrattiva.

Carlos J. Errázuriz M.

Wojciech GÓRALSKI, *Lud Bozy. Kościelne prawo osobowe (Il popolo di Dio. Diritto personale della Chiesa)*, Biblioteca Niedzieli, Czestochowa, 1996, p. 331.

La pubblicazione del volume del prof. W. Góralski — Decano della Facoltà di Diritto Canonico presso l'Accademia di Teologia Cattolica a Varsavia — offre innanzitutto al lettore l'occasione e la possibilità di conoscere e studiare le strutture della Chiesa cattolica soprattutto dalla prospettiva della sua legislazione vigente.

L'introduzione al volume spiega il termine «popolo di Dio», introdotta

to dai Padri del Concilio Vaticano II nella costituzione apostolica *Lumen Gentium*, che poi è stato recepito dal legislatore canonico nel Codice dell'83, il cui Libro II è stato intitolato proprio « Il popolo di Dio »; comprende 543 canoni (cann. 204-746) che formalizzano così la materia costituzionale della Chiesa. La Chiesa, intesa come il popolo di Dio, è vista dal Concilio come una comunità e non come una semplice associazione, una comunità e contemporaneamente un'istituzione fondata da Dio. Così la volontà del divino fondatore, e non la volontà umana, come p.e. nella società democratica, costituisce il fondamento della Chiesa e delle sue strutture. L'autore ricorda che il Libro II del Codice consta di tre parti: 1) i fedeli, 2) la costituzione gerarchica della Chiesa, 3) gli istituti di vita consacrata e le società di vita apostolica; e così il CIC '83 corrisponde pienamente alla struttura della *Lumen Gentium*.

Il canonista polacco spiega subito che nel suo volume non ha voluto trattare della terza parte del Libro II, cioè degli istituti di vita consacrata e delle società di vita apostolica, perché la specificità di questa forma della vita della Chiesa meriterebbe uno studio a sé stante.

Conseguentemente troviamo due parti del libro; la prima è intitolata: Fedeli; la seconda invece: Regime gerarchico della Chiesa (tutte e due sono divise in punti brevi e numeri).

Nel primo punto della parte prima sui fedeli troviamo la spiegazione teologica e canonica della nozio-

ne di fedele, i gradi dell'appartenenza alla Chiesa e la distinzione tra loro (cfr. can. 207). Il can. 208 rimane come punto di partenza per fare l'analisi degli obblighi e dei diritti di tutti i fedeli; essi scaturiscono proprio dall'appartenenza alla comunità del popolo di Dio, tracciare la linea della divisione tra di loro è difficile e il legislatore canonico ha deciso di trattarli insieme. Successivamente spiega gli obblighi e i diritti dei fedeli laici: senz'altro per questa parte del Codice la dottrina dell'ultimo Concilio ha un grande merito senza precedenza nella storia della Chiesa. La *Lumen Gentium* attraverso la descrizione dei laici vuole nobilitare e valorizzare questa parte del popolo di Dio, molto trascurata nella legislazione del 1917. In seguito il volume si occupa degli ecclesiastici e analizza i seguenti temi: la formazione dei ministri sacri, l'incardineazione dei chierici, i loro rispettivi obblighi e diritti e la perdita dello stato clericale. Poi l'autore analizza il compito e la struttura dell'istituzione di prelature personali, nate dopo il Vaticano II, facendo espressamente riferimento all'Opus Dei. L'ultimo punto della prima parte del libro è dedicato alle associazioni dei fedeli, raccomandate dal Vaticano II, per promuovere il bene comune secondo la missione salvifica della Chiesa. Così si analizza prima le norme comuni e poi le associazioni pubbliche, le associazioni private e le norme speciali per le associazioni dei laici.

Il titolo della seconda parte del libro: « Costituzione gerarchica della

Chiesa» è preso dall'autore dalla costituzione *Lumen Gentium* e spiega le norme divine e umane riguardanti le strutture ecclesiastiche. Il primo punto si occupa della suprema autorità della Chiesa; cioè il Vescovo di Roma e il Collegio dei Vescovi e successivamente della funzione ecclesiale del Sinodo dei Vescovi, del Collegio Cardinalizio, della Curia Romana e dei Legati del Romano Pontefice.

Dunque, il prof. Góralski spiega in che cosa consiste la potestà ordinaria, piena, suprema, immediata e universale del Papa sulla Chiesa, richiama alcuni fatti storici riguardanti l'elezione del Vescovo di Roma e cita, alla fine, le norme attuali che riguardano tale elezione (cost. apost. *Universi Dominici gregis*).

Nel successivo numero l'autore spiega la funzione e il ruolo del Collegio dei Vescovi, che insieme con il suo capo, e mai senza il suo capo — cioè il Vescovo di Roma — è pure soggetto di suprema e piena potestà sulla Chiesa universale. Analizza poi chi appartiene al Collegio dei Vescovi e i modi di esercitare la suprema potestà: in modo solenne nel Concilio Ecumenico e anche nell'azione congiunta dei Vescovi sparsi nel mondo così che si realizzi come un vero atto collegiale. Soltanto al Romano Pontefice spetta convocare il Concilio Ecumenico.

Il Sinodo dei Vescovi è un'istituzione nuova, nata dopo il Concilio Vaticano II, convocata per la prima volta dal papa Paolo VI. Il Sinodo è un'assemblea di Vescovi delle diverse regioni del mondo per presta-

re aiuto al Romano Pontefice per il bene della Chiesa e così appare come un'istituzione centrale di aiuto nei confronti del Papa. Il Sinodo dei Vescovi non ha carattere collegiale, invece l'autore sostiene che la sua fonte sia nell'idea della collegialità. L'importanza del Sinodo dei Vescovi nella vita della Chiesa universale, specialmente la sua funzione d'aiuto, viene confermata con la pontificia pratica di pubblicare spesso i documenti postsinodali come p.e. *Christifideles laici* nel 1988, oppure *Pastores dabo vobis* nel 1992.

Successivamente si parla dei Cardinali: prima viene presentata la loro lunga storia e in seguito troviamo il commento ai canoni attuali e alle leggi pontificie, specialmente quelle che riguardano il compito principale dei Cardinali, cioè l'elezione del Romano Pontefice.

La Curia Romana, soprattutto, nella sua attività di ausilio, è presente nell'attività dei Papi da secoli. La storia della Curia Romana, come istituzione, incomincia nel 1588 con la costituzione di Sisto V *Immensa aeterni Dei*. Successivamente la struttura della Curia Romana è stata modificata attraverso diverse costituzioni pontificie fino all'ultima di Giovanni Paolo II, la *Pastor bonus* (1988), che sottolinea soprattutto il carattere pastorale del lavoro svolto dalla Curia per la Chiesa universale. Successivamente troviamo nel libro l'elenco e i compiti di tutti i Dicasteri e gli Organismi che coadiuvano il Romano Pontefice nell'esercizio del suo ufficio.

L'ultima parte di questo libro spiega la funzione dei Legati del Romano Pontefice, che devono rappresentarlo presso le Chiese e presso gli Stati e le Autorità pubbliche.

Successivamente l'autore si occupa delle Chiese particolari e dei Vescovi. Il punto di partenza è ormai già il famoso testo della costituzione *Lumen Gentium* (n. 23), percepito dal legislatore canonico nel can. 368. Prima il prof. Gòralski analizza la natura delle Chiese particolari, «*in quibus et ex quibus*» sussiste la Chiesa universale; in seguito descrive gli elementi teologici della diocesi e spiega brevemente il contenuto dei canoni sulle Chiese particolari.

Nel volume, come nel CIC '83, troviamo la stessa distinzione, cioè: dei Vescovi in genere, dei Vescovi diocesani, e dei Vescovi coadiutori e ausiliari. L'ultima parte è dedicata all'analisi dei canoni sulla sede impedita e sede vacante (cfr. cann. 412-430).

Poi troviamo l'analisi dei raggruppamenti di Chiese particolari: province e regioni ecclesiastiche. La pratica di unire le diocesi in province ecclesiastiche risale al II secolo nell'Oriente e III nell'Occidente, invece l'origine delle regioni al secolo scorso. Dopo una breve introduzione l'autore descrive la figura e i compiti del Metropolita e accenna a quelli del Patriarca e Primate. In seguito si occupa dell'analisi dell'istituzione del concilio plenario e del concilio provinciale.

Poi presenta la storia e la legislazione sulle conferenze episcopali.

L'ultima parte del libro è dedicata alla spiegazione delle strutture interne delle Chiese particolari: l'istituzione del sinodo diocesano, la curia diocesana (insieme con i Vicari generali ed episcopali, il cancelliere, gli altri notai, l'archivio diocesano, il consiglio per gli affari economici e l'economista), il consiglio presbiterale e il collegio dei consultori, il capitolo dei canonici, il consiglio pastorale, le parrocchie, i parroci, i vicari parrocchiali, i vicari foranei, i rettori delle chiese e i cappellani.

Dunque, la pubblicazione di questo volume che riguarda l'organizzazione della Chiesa è indirizzata — nell'idea dell'autore — soprattutto agli studenti dei Collegi teologici e agli studenti del diritto civile interessati anche alla problematica del diritto canonico. Perciò il volume non è da considerare un manuale oppure un commento ai relativi canoni del CIC '83; è scritto in un linguaggio semplice e non troppo tecnico, perciò per il lettore — che studia per la prima volta le istituzioni della Chiesa — dovrebbe essere interessante e agevole.

Senz'altro il riferimento all'insegnamento del Concilio Vaticano II e alla storia della Chiesa, che l'autore fa spesso, danno la possibilità di comprendere le radici del diritto della Chiesa. La bibliografia in lingua polacca, che si trova alla fine del volume, offre inoltre la possibilità di un successivo approfondimento.

Tomasz Rozkrut

Mirjam KOVAC, *L'orizzonte dell'obbedienza religiosa. Ricerca teologico-canonica*, Editrice Pontificia Università Gregoriana, Roma, 1996, p. 365.

Il libro presentato è la tesi dottorale (pubblicata nella collana *Tesi Gregoriana. Serie Diritto Canonico* della stessa Università) dell'autrice, slovena, nata a Ljubljana, che ha completato i suoi studi di Diritto Canonico presso la Pontificia Università Gregoriana, dove ha conseguito la Licenza (1992) e il Dottorato (1995).

Nel titolo del libro la parola «orizzonte» risponde ad una scelta che viene spiegata all'interno del libro (p. 267 ss.). Indispensabile è stata l'aggiunta al titolo «Ricerca teologico-canonica», anche se a nostro avviso può risultare troppo ampia.

Nell'indice del libro si presenta la divisione in sei capitoli. Il primo capitolo riguarda il cosiddetto aspetto storico dell'obbedienza religiosa, in cui spiega come essa è stata vista e realizzata da alcuni fondatori di ordini religiosi. Qui si fa riferimento a San Basilio il Grande, San Benedetto, San Francesco, Sant'Ignazio Loyola.

Il secondo capitolo intitolato «L'obbedienza religiosa nella storia del Concilio Vaticano II», presenta la dottrina conciliare di due documenti: *Lumen Gentium* e *Perfectae Caritatis*. Opportuni riferimenti vengono presentati per ciò che riguarda la formazione e lo sviluppo stesso dei documenti, particolarmente curato il secondo di essi.

Nel terzo capitolo invece si fa un riassunto della dottrina conciliare

sulla materia dell'obbedienza religiosa in base ad alcuni punti. Così il lettore può entrare nella questione dell'obbedienza intesa come consiglio, nella questione dell'aspetto biblico dell'obbedienza filiale, fino ad arrivare a Cristo modello di obbedienza. Questo capitolo si conclude con un argomento conciliare di grande importanza, la questione della dignità della persona, con speciale riferimento alla dignità della persona consacrata.

Il capitolo quarto ci offre un ampio sguardo sull'obbedienza religiosa nel periodo fra Concilio e Codice. Proprio in questo momento vengono analizzate le diverse dimensioni dell'obbedienza (teologica, cristologica, mariologica, antropologica) sia cristiana che religiosa, alla luce dei discorsi dei pontefici Paolo VI e Giovanni Paolo II.

L'intero capitolo quinto è dedicato all'obbedienza nel CIC 1983, e sono riportati ed analizzati con i rispettivi sviluppi storici i canoni sulla legislazione recente sull'obbedienza dei religiosi.

Il capitolo sesto, seguendo un ordine cronologico, è stato dedicato all'obbedienza dei religiosi dopo il Codice, e viene diviso in due fasi. Nella prima fase si analizza l'obbedienza religiosa attraverso l'opera redentrice di Cristo, tematica di nuovo affrontata nei discorsi di Giovanni Paolo II (questa volta, quelli *postcodicem*), nella seconda fase si passa alla formazione stessa dei religiosi e alla vita fraterna. Il capitolo conclude con un riferimento al Sinodo dei Vescovi sulla vita consa-

crata. Esso è stato dedicato sia al periodo di preparazione che all'*Instrumentum laboris*, allo stesso svolgimento del Sinodo, nonché all'Esortazione apostolica post-sinodale sulla Vita consacrata.

La lettura del libro viene arricchita con le appendici, che si riferiscono agli sviluppi degli schemi della Costituzione *Lumen Gentium*, del decreto *Perfectae Caritatis*, e del Codice di Diritto Canonico.

Analizzando il libro possiamo dire che la ricerca scientifica (teologico-canonica) ha voluto sottolineare il «*bonum oboedientiae*» nella vita religiosa con le rispettive dimensioni, e, collocandosi adeguatamente, ha voluto far comprendere ancora meglio la sua portata all'interno della vita della Chiesa.

Il libro esaminato con questa presentazione, secondo il nostro giudizio, dovrebbe essere trattato e consigliato come lettura utile sia ai Superiori che ai religiosi stessi, poiché potrebbe far comprendere meglio il diritto-dovere all'obbedienza dei religiosi. Allarghiamo il nostro consiglio a tutti gli altri fedeli, ai quali suggeriamo anche la lettura di questo libro. Essa sicuramente può aiutare ad ampliare l'orizzonte dell'universalità della Chiesa attraverso delle sue vocazioni.

Waldemar Sommertag

PIOTR KUBIAK, *L'assoluzione generale nel Codice di Diritto Canonico (cann. 961-963) alla luce della dottri-*

na del Concilio di Trento sull'integrità della confessione sacramentale, Editrice Pontificia Università Gregoriana, Roma, 1996, p. 210.

Il lavoro, frutto di una tesi di Dottorato alla Pontificia Università Gregoriana, si prefigge lo scopo di studiare la concordanza dell'attuale normativa sull'assoluzione collettiva con la definizione Tridentina sulla necessità della confessione integra dei peccati gravi. Per raggiungere questo obiettivo l'A. percorre un itinerario in tre tappe: la prima comprende lo studio esegetico ed ermeneutico delle dichiarazioni tridentine sull'integrità nella confessione; nella seconda si propone una breve sintesi storica dell'assoluzione generale; infine si analizza la normativa del Codice sull'argomento. In tutto questo percorso, l'A. tiene conto sia dei principali studi che sono stati fatti, sia della riflessione e delle indicazioni che la gerarchia della Chiesa ha dato, particolarmente nel periodo post-conciliare.

Ci sembra che l'interesse principale di questo lavoro si concentri soprattutto nell'ultima parte, nella quale si studia la disciplina del Codice. L'A. considera attentamente i canoni e indica le principali variazioni di questa normativa nei confronti dei precedenti documenti (p. es. l'Ordo Poenitentiae) e inserisce anche le osservazioni più importanti che gli studiosi hanno fatto al riguardo. Questa caratteristica di offrire la documentazione più importante sugli argomenti trattati è presente in tutte le fasi del lavoro, ma

sarà apprezzata in particolare dal canonista di mestiere.

Dal punto di vista dottrinale, invece, lo studio poteva essere più profondo e più attento a spiegare i legami che uniscono la dottrina sul sacramento, la dichiarazione tridentina e la normativa attuale. Un simile obiettivo avrebbe richiesto principalmente lo studio storico-genetico dei criteri dottrinali sui quali poggiano i canoni e, in particolare, quello attorno al quale s'impenna tutta l'attuale disciplina. È ciò che noi vorremmo indicare brevemente qui di seguito.

Il criterio base della normativa del Codice è quello che potremmo chiamare « dell'ordinarietà esclusiva » della confessione individuale: « Individualis et integra confessio atque absolutio *unicum constituunt modum ordinarium*, quo fidelis peccatis gravis sibi conscius cum Deo et Ecclesia reconciliatur » (c. 960). Questo criterio apparve per la prima volta nelle Norme Pastorali sull'assoluzione generale del 1972, costituendo già allora l'asse della disciplina. Esso fu inserito nelle Norme con una finalità pratica. Si voleva dare un principio in grado di contemperare le tre esigenze che erano il frutto concreto dello studio della Congregazione della Dottrina della Fede sull'assoluzione generale. Tali esigenze erano: in primo luogo, l'impossibilità dogmatica di considerare l'assoluzione generale come forma del sacramento senza un ulteriore riferimento all'accusa specifica dei peccati. La Congregazione, infatti, aveva constatato la volontà del Conci-

lio di Trento di riferirsi all'accusa dei peccati come appartenente al diritto divino sul sacramento in senso stretto, per cui non era possibile prescindere assolutamente dall'accusa dei peccati. Una seconda esigenza era di ordine pastorale: sembrava conveniente incentivare la confessione integra dei peccati, ritenuta molto importante per lo sviluppo della vita cristiana dei fedeli, in un periodo di crisi della pratica sacramentale. C'era, infine, un terzo punto: il principio dato doveva avere una certa ampiezza, tale da non dirimere alcuni punti che rimanevano da chiarire sulla possibilità e sui limiti dell'assoluzione generale. Indicando la confessione individuale e integra quale unico modo ordinario di amministrazione del sacramento e precisando in seguito i casi in cui si poteva dare l'assoluzione generale, si teneva conto di questi tre punti, e perciò tale criterio appariva conveniente.

Quale era il nodo della discussione sulla possibilità e sui limiti dell'assoluzione generale? Il problema sorgeva perché non tutti erano concordi nell'affermare che dal dogma tridentino dovesse necessariamente scaturire l'obbligo di formulare l'accusa dei peccati *ogni volta* che si riceveva il sacramento. Alcuni, infatti, pensavano che si potesse permettere l'assoluzione generale fuori dei casi di grave necessità, purché ogni tanto — annualmente per esempio — fosse soddisfatto il precetto dell'accusa dei peccati gravi commessi dalla precedente confessione individuale e integra. Cercavano così di

tenere insieme il diritto divino dichiarato in Trento e la possibilità di iniziare una prassi ordinaria di assoluzioni generali, con l'obbligo però di realizzare ogni tanto l'accusa. Altri, invece, non ritenevano possibile questo per la natura stessa del sacramento e sostenevano la prassi tradizionale. La questione di discussa verteva, quindi, sui limiti del potere che la Chiesa ha in questo sacramento, e più concretamente, sulla possibilità dogmatica di anticipare l'assoluzione all'accusa dei peccati nelle circostanze ordinarie — cioè, al di fuori del pericolo di morte o della grave necessità —. Se la Chiesa permette già l'assoluzione generale in casi di grave necessità, e anticipa in questi casi l'assoluzione dei peccati alla loro accusa da parte del penitente, non potrà farlo pure in circostanze non gravi? Fin dove arriva il potere della Chiesa in questa materia? Nelle Norme Pastorali e nei documenti successivi che dipendono dottrinalmente dalle Norme — l'Ordo Poenitentiae, il Codice di Diritto Canonico, ecc. — la questione rimase dottrinalmente irrisolta, benché da un punto di vista pratico, e per la seconda delle esigenze da noi prima indicate, fu confermata la prassi tradizionale.

Oltre all'interesse che ha la conoscenza di questo aspetto dottrinale dell'attuale disciplina, essa è utile anche per poter giudicare meglio questioni discusse come, per esempio, quella della validità delle assoluzioni generali impartite in modo abusivo, cioè al di fuori delle condi-

zione di gravi necessità o di pericolo di morte stabilite dai canoni. L'A. del lavoro prende posizione in favore della validità di queste assoluzioni abusive perché ritiene che né dal punto di vista dell'attuale diritto né da quello del dogma si può affermare la invalidità di tali assoluzioni. Per quanto riguarda l'aspetto dogmatico, afferma che «la confessione e l'assoluzione individuale non sono elementi costitutivi del sacramento», come mostra il fatto che quest'ultimo possa essere celebrato senza quei presupposti, appunto nel caso delle assoluzioni generali considerate dai canoni.

Personalmente, non condivido appieno questa posizione. Al di là del fatto che non esiste una via all'interno del sacramento della penitenza che possa prescindere completamente dall'accusa — il che sembra già indicare il carattere costitutivo di questa —, le considerazioni che abbiamo fatto precedentemente pongono anche degli interrogativi in materia. Si può infatti dubitare che un ministro della Chiesa (vescovo o sacerdote che sia) possa avere il potere di dare l'assoluzione generale al di fuori di certi limiti. Come abbiamo visto prima, non è stata ancora risolta autoritativamente la questione se la Chiesa abbia il potere di *strutturare i diversi elementi del sacramento*, anticipando, quindi, l'assoluzione all'accusa dei peccati quando lo ritenga conveniente, o se, piuttosto, il potere della Chiesa si limiti soltanto a *riconoscere la presenza di una impossibilità* — fisica o morale — *di realizzare l'accusa*

nelle particolari circostanze, per anticipare in seguito l'assoluzione all'accusa anche a più penitenti allo stesso tempo (assoluzione generale).

Personalmente ritengo che, dalla storia del sacramento e anche dalla sua storia teologica più recente, sia emersa piuttosto la seconda ipotesi, e che essa sia già una convinzione teologica nella Chiesa, anche a motivo della sua sintonia con la dottrina di Trento sulla confessione. Ma se è così, se cioè la Chiesa per configurarsi con le intenzioni di Cristo su questo sacramento non può andare al di là di riconoscere la presenza di una impossibilità, se essa quindi non può attribuirsi un diritto più ampio perché non le spetta, allora neanche un ministro sacro lo può fare, e se lo fa, il suo atto è invalido perché invade un diritto che non è suo ma di Cristo.

Antonio Ducay

José Tomás Martín DE AGAR, *Elementi di Diritto Canonico*, BSR, Istituto Superiore di Scienze Religiose all'Apollinare - Apollinare Studi, Roma, 1996, p. IX + 244.

Questo piccolo libro è un prezioso contributo al Diritto Canonico. E quest'affermazione si può sostenere anche se non si tratta di un'opera specializzata né di un voluminoso manuale.

Si tratta, infatti, di una utile introduzione al complicato e, a primo sguardo, noioso e austero campo

del Diritto della Chiesa, indirizzata agli studenti dei corsi degli Istituti Superiori di Scienze Religiose e centri affini, dove i destinatari sono — di regola — privi di specifiche nozioni canonistiche. Con questo suo libro Martín de Agar è riuscito lodevolmente ad avvicinare loro la scienza canonistica, rendendola interessante anche agli occhi di un profano, senza perciò cadere nella superficialità o nell'incompletezza.

L'A. gode di una lunga esperienza nell'insegnamento del Diritto Canonico a livello universitario nelle Facoltà di Diritto Canonico di Navarra e del Pontificio Ateneo della Santa Croce e ciò avrebbe potuto comportare il pericolo di cadere in disquisizioni più adatte a specialisti. Tuttavia, Martín de Agar ha anche generosamente dedicato molto del suo tempo all'insegnamento del Diritto Canonico agli studenti di teologia e di scienze religiose: da qui la sua precisa conoscenza su cosa bisogna spiegare loro e come farlo.

Inoltre, l'A. non svolge un'attività di insegnamento chiusa in sé stessa, di artificiosa schematizzazione elaborata in laboratorio come alle volte si può riscontrare in certe impostazioni non realistiche dell'insegnamento del Diritto Canonico. Il suo lavoro come giudice esterno nel tribunale di appello del Vicariato di Roma e la sua ampia attività sacerdotale gli conferiscono un approccio pieno di saggia conoscenza della realtà pastorale.

Non ci soffermeremo troppo sulle singole parti del libro, perché — trattandosi di un manuale — ab-

braccia ovviamente tutti i campi del Diritto Canonico seguendo, in linea di massima, la struttura del Codice. Tuttavia, proprio questa sua completezza è da sottolineare: pochi manuali così «brevi» appaiono altresì tanto esaurienti.

Il capitolo I, intitolato «Il Diritto Canonico», tratta dell'essenzialità del Diritto nella Chiesa, del diritto divino e umano, e della storia del Diritto Canonico. Nel secondo capitolo («fonti del Diritto Canonico») si parla delle Norme e degli atti giuridici. La persona fisica e quella giuridica si trattano nel capitolo III sui «soggetti nell'ordinamento canonico». Il capitolo IV è sulla Costituzione della Chiesa (principi costituzionali e diritti e doveri fondamentali dei fedeli). Nel quinto capitolo si studia il Popolo di Dio e la sua struttura sociale (laici, chierici, associazioni). Il capitolo VI tratta del governo e dell'organizzazione della Chiesa. La vita consacrata è presentata nel capitolo VII. Il settimo e ottavo capitoli contengono i «mezzi di salvezza»: la Parola (cap. VII) e i sacramenti (cap. VIII) soffermandosi, come di dovere, sul matrimonio, ma senza trascurare gli altri contenuti. Sui beni temporali della Chiesa (capitolo X), l'A. aveva già scritto un suo contributo sul «Manual de Derecho Canónico», Eunsa, Pamplona 1988¹-1991². Il diritto penale è trattato nel capitolo XI. Il capitolo XII è sul diritto processuale. E, infine, il capitolo XIII raccoglie sinteticamente la ricca esperienza docente dell'A. sui rapporti tra Chiesa e Comunità politica.

Sui singoli contenuti del libro farò soltanto una breve osservazione. Sono d'accordo con l'A. — perché è un fatto — che alcune Conferenze episcopali hanno previsto la possibilità di assoluzioni collettive non soltanto nei territori di missione ma anche in posti di villeggiatura o simili (cfr. p. 145), ma bisogna domandarsi se i fedeli in villeggiatura sono veramente costretti a rimanere senza la possibilità di confessarsi individualmente per *lungo tempo*, vale a dire, per un periodo più a lungo di quanto stabilito dalla Conferenza Episcopale (che di solito è molto di più di un mese). Oggi come oggi, è difficile pensare a una villeggiatura così lunga!

Oltre alla succinta bibliografia generale riportata all'inizio del manuale, l'A. cerca di ovviare ai limiti imposti dalla brevità rimandando in nota ad altri libri più specialistici nel caso in cui si vogliano approfondire alcuni argomenti.

Ritengo che questo manuale può essere utile e interessante non soltanto per gli studenti a cui, in primo luogo, si rivolge, ma anche per gli studenti del ciclo istituzionale e per i professori dei seminari.

Pablo Gefaell

Francisca PÉREZ-MADRID, *La tutela penal de factor religioso en el Derecho español*, Colección Jurídica, Pamplona, 1995, p. 362.

Con el fin de individuar la contribución específica que aporta la doc-

trina eclesiasticista para explicar la importancia del «factor religioso» en el ordenamiento jurídico español, la Profesora Francisca Pérez-Madrid ha publicado esta monografía que se viene a sumar al conjunto de obras elaboradas por penalistas. Su título — *La tutela penal del factor religioso en el Derecho español* — recoge la expresión «factor religioso» de propósito, ya que, no sólo se toma en consideración la libertad religiosa, sino también otros aspectos distintos de lo religioso en el Derecho penal español.

El ámbito del estudio realizado queda limitado al Derecho penal español, porque un estudio de derecho comparado sobre el tema, según la autora, llevaría a unas conclusiones que no serían trasladables al ordenamiento jurídico positivo español, por las manifiestas diferencias, desde el punto de vista eclesiasticista, que este ordenamiento presenta respecto a otros.

Tras una breve introducción donde pone de relieve la finalidad de su trabajo y la escasa bibliografía específica sobre esta materia — sobre todo en lo que a trabajos de derecho eclesiástico se refiere — el libro se estructura en cuatro capítulos: El Capítulo I hace un breve pero necesario recorrido histórico desde el Derecho Romano hasta la legislación vigente (la Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre por la que se aprueba el actual Código Penal que aún no había entrado en vigor en el momento de la publicación). El Capítulo II trata sobre el bien jurídico protegido en los dis-

tintos tipos penales que regulan el factor religioso. El tercer Capítulo analiza los artículos del vigente Código Penal, tocando temas tan actuales como el de los nuevos movimientos religiosos, la captación de adeptos, etc. Por último, el Capítulo IV es una reflexión ante las posibles vías jurídicas alternativas de protección del factor religioso, especialmente la vía civil.

Seguidamente realiza una serie de consideraciones finales e incluye un Anexo con una relación cronológica exhaustiva de sentencias, con lo que se pretende ofrecer un instrumento de trabajo para estudios posteriores.

Con el Capítulo I no se pretende hacer un análisis que agote por completo el estudio de la protección penal del factor religioso en la historia, sino presentar una sencilla panorámica global, que resulta muy adecuada. Comienza por la habitual distinción de la doctrina entre *delitos de religión* (que suponen un ataque a la religión en sí misma considerada) y *delitos contra la religión* (cuyos tipos prevén conductas que van contra el culto oficial). Este análisis histórico nos va mostrando cómo el titular del bien jurídico protegido por estos delitos — la religión en sí misma — ha ido variando con el transcurso del tiempo: en la era romana, el delito en materia religiosa no era más que un delito contra el Estado; posteriormente pasa a ser un delito contra el Estado y el individuo conjuntamente, lo que propició la confusión entre el orden político y el orden religioso, para termi-

nar siendo un bien de titularidad exclusivamente individual.

El primer paso para la transformación de estos delitos relativos a la religión se dio con la quiebra de la unidad de fe en Europa, consecuencia de la Reforma Protestante. Un segundo paso lo constituyó el iluminismo, exaltador de *la razón* como valor superior incluso a *la fe* y que introdujo un hiato entre los derechos individuales y la ley natural. Con el liberalismo, último y decisivo paso, se supera la concepción de considerar la religión en sí misma como bien protegido penalmente, para comenzar a protegerse la libertad religiosa como bien individual.

El Capítulo II, con el título de «*El bien jurídico protegido: la libertad religiosa*», estudia qué es un bien jurídico para el Derecho penal, de modo que se pueda determinar si la libertad religiosa reúne esas características, con el objetivo de discernir si ésta es el bien jurídico que protegen los distintos tipos penales que regulan el factor religioso. Se deja bien claro que el problema que surge del estudio sobre el particular es la enorme variación de criterios utilizables para determinar qué bien o bienes son susceptibles de ser protegidos penalmente, quedando como únicas notas comunes *la importancia social y la necesidad de protección* por el Derecho penal. El criterio que se ha de adoptar, a juicio de Pérez-Madrid, es el de estimar que el bien jurídico — en nuestro caso, la libertad religiosa — sólo puede ser un *bien* conforme a la dignidad humana, es decir, que se

considere como una condición indispensable para respetar la dignidad humana en la vida social.

En primer término, el *principio de unidad del ordenamiento jurídico* lleva a preguntarnos qué establece la Constitución española acerca del concepto de libertad religiosa para ayudarnos a deducir si se trata realmente de un bien jurídico que requiera una *tutela penal específica*. La Autora no ve dificultad — y con razón — en admitir su consideración como derecho fundamental, entre otras cosas por su ubicación, pero se complica la cuestión en lo referente a dilucidar su especificidad en relación con la libertad de pensamiento, de conciencia e ideológica. Para ello, realiza un estudio interdisciplinar entre las aportaciones que se hacen desde el Derecho penal, constitucional y eclesiástico, destacando el papel de éste último en dicha sede, y que, sólo en el seno de la doctrina eclesiasticista se ha realizado un estudio acabado sobre el contenido de la libertad religiosa a partir de la Constitución y, por otro lado, es esa doctrina la que se ocupa específicamente del estudio del conjunto de normas que regulan la relevancia civil del factor religioso. Entre las diversas tesis doctrinales sobre el particular, Pérez-Madrid realiza una opción por la especificidad del objeto de cada una de las libertades enunciadas, aunque sin negar que forman conjuntamente un «núcleo de exigibilidad y debidad inherentes a la dignidad humana». Con ello se acoge a la solución dada por Hervada en esta ma-

tería, la cual, a mi entender, es la más coherente con el tratamiento de factor religioso en los códigos penales españoles.

Una vez determinada la naturaleza de la libertad religiosa como bien jurídico constitucional, con un contenido específico, ha de advertirse si, aun con la limitación impuesta con el *principio de intervención mínima* que impera en el Derecho penal, es un bien jurídico susceptible de ser protegido penalmente. La polémica gira en torno a la interpretación del principio de laicidad o aconfesionalidad imperante en el Estado español, de forma que muchos son los que insisten en que el Estado no debe intervenir en la protección del bien jurídico «libertad religiosa» porque es neutral o laico, uniéndose normalmente a esta concepción la consideración del derecho de libertad religiosa como una mera posibilidad de opción privada e individual para realizar o inhibirse de realizar actos religiosos, quedando así el acto de fe como una opción más de la libertad de pensamiento y, negándose por tanto, la especificidad de tal derecho. La Autora considera rota la alternatividad histórica existente durante siglos, entre el planteamiento de corte laicista y el de corte confesional ya que, la Constitución de 1978, en su artículo 16, ha optado por el principio de libertad religiosa, por encima del de laicidad o confesionalidad del Estado, de manera que, actualmente, la libertad religiosa ha dejado de contemplarse como una mera garantía negativa para llegar a considerarse

un bien jurídico que debe ser tutelado y promovido por el Estado. Lo dicho pone de relieve la necesaria cooperación entre la Iglesia y el Estado, reflejada expresamente en el artículo 16.3 de la Constitución, como una *obligación peculiar de tipo asistencial* con el fin de asegurar al ciudadano condiciones de vida propia de la dignidad humana que hagan posible el pleno ejercicio de los derechos políticos y civiles. De esta manera, el Estado se reviste de la competencia para regular civilmente la proyección civil del fenómeno religioso.

Con todo lo reseñado hasta ahora, se ha puesto de manifiesto la tajante opción que se hace en esta obra al considerar la libertad religiosa como bien jurídico, con especificidad propia, susceptible de protección penal y efectiva. Esta opción no es sino causa de su siguiente conclusión, cual es la consideración de que la libertad religiosa es el *único* bien protegido por los concretos tipos penales ubicados en la Sección 3ª del Título II del Libro II del Código Penal de 1973. Para dicha conclusión es clave, a mi juicio, el paralelismo que hace entre la figura del matrimonio *in fieri* (matrimonio como acto) e *in facto esse* (matrimonio como consorcio de toda la vida) y la libertad religiosa. Para la autora, hay que atender a un concepto de libertad religiosa extensivo, de forma que, quepa diferenciar un aspecto *in fieri* de ésta, que abarca todas las situaciones en las que el sujeto, individual o colectivo, quisiera determinarse u optar positivamente en ma-

tería religiosa y, un aspecto *in facto esse*, que sería el contenido y el objeto de la libertad religiosa *in fieri*, ya que, se ha de garantizar todo aquello que sea condición *sine qua non* del derecho de libertad religiosa. Así pues, haciendo trasladables estos términos del matrimonio a la noción de libertad religiosa y, entendiéndola como susceptible de protección penal tanto en su dimensión individual como colectiva, opta, dentro del complejo mosaico que nos muestra la doctrina, por la libertad religiosa como bien jurídico protegido en *toda* la Sección 3ª del Capítulo II del Código Penal. Cabe señalar la acertada crítica que realiza a la consideración del «sentimiento religioso» como bien jurídico protegido en algunos de estos tipos penales, tanto por lo vago e impreciso de la expresión, como por la exclusión que lleva dicha consideración de un amplio sector de la realidad protegible, especialmente por lo que a la dimensión institucional de las confesiones religiosas se refiere.

En el Capítulo III — que tiene por título «*La protección penal del factor religioso*» — realiza un análisis de los distintos artículos del Código Penal que afectan al «factor religioso», no sin antes poner de relieve, nuevamente, la escasa bibliografía existente sobre el particular, excepto de los artículos 205 y 207 del Código. Los artículos tratados son los recogidos en la sección 3ª del Capítulo II (arts. 205 e 212), añadiendo el artículo 340 y algunos otros que de alguna manera afectan al factor religioso.

En primer lugar, respecto a la cuestión de la rúbrica — «*Delitos contra la libertad de conciencia*» — cabe señalar la incoherencia existente entre ésta y su articulado. La razón principal sería la contradicción que se produce al clasificar como delitos contra la libertad de conciencia, la cual es esencialmente individual, aspectos claramente colectivos. En cuanto a su ubicación sistemática, se encuentran dentro de los delitos contra la seguridad interior del Estado debido a su configuración histórica como delitos contra la Constitución.

Tras el análisis de la rúbrica y ubicación de dichos delitos realizado al final del Capítulo II, el Capítulo III — ahora sí — entra a analizar de manera pormenorizada en relación con el desarrollo doctrinal existente sobre el particular, cada uno de los delitos tipificados: sus sujetos, tanto activos como pasivos, acciones típicas, posibles medios de comisión, el elemento subjetivo del injusto y la jurisprudencia al respecto.

Las cuestiones de interés que se suscitan giran en torno a la admisibilidad o no de la *figura del ateo* como sujeto pasivo de estos delitos. Pérez-Madrid la excluye utilizando para ello un criterio de interpretación restrictivo del derecho de libertad religiosa, ya que, sólo incluye la respuesta positiva ante el interrogante religioso, entrando la negativa a formar parte de la libertad de pensamiento. Resulta indiscutible la exclusión de la figura del ateo de los tipos donde se exige, para la condi-

ción de sujeto pasivo, ser miembro de una confesión religiosa (ej. arts 205, 207) pero, considero que el derecho de libertad religiosa sólo es admisible en el ordenamiento jurídico español — donde impera, entre otros, el principio de igualdad y no discriminación — si entra dentro de su campo de protección, al menos en un primer momento, la respuesta negativa al interrogante religioso.

Otro tema de particular interés es el tratamiento que al término « confesión » se da al estudiar el sujeto pasivo de dichos delitos. Entiende Pérez-Madrid que dicho término debe interpretarse en sentido estricto, es decir, que sólo se refiere a las *confesiones religiosas debidamente inscritas* en el correspondiente Registro, aduciendo como argumentos tanto que se hace alusión a un concepto « normativo », como es el de « confesión », regulado en la Ley Orgánica de Libertad Religiosa de 1980, del que no se puede prescindir por razones de seguridad jurídica, como, que en el Proyecto de Código Penal de 1994 es el criterio que se adopta, al exigir el requisito de la inscripción expresamente en el artículo 207. Con esta solución se contradicen la mayor parte de las opiniones doctrinales vertidas sobre el tema.

Por último, considero conveniente para terminar el esbozo apuntado en estas líneas acerca del Capítulo III, reflejar las conclusiones que se derivan del análisis de los artículos concretos. Como conclusión más significativa cabe resaltar la ya señala-

da al final del Capítulo II, es decir, que el bien jurídico protegido en el Código Penal es, única y exclusivamente, la libertad religiosa, entendida en su faceta « individual y colectiva »: en los tipos de los artículos 205 y 207 de forma inmediata, mientras que en el resto se hace de forma mediata, sin que ello suponga una diferencia cuantitativa ni cualitativa de la protección que se les otorga. La especificidad de estos delitos, que provoca un tratamiento separado, nos la da, de una parte, la presencia de las confesiones religiosas como sujetos institucionales distintos de sus miembros y, de otra parte, la fuerte presencia del elemento subjetivo del injusto específico en estos delitos, cual es, la finalidad de ofender los « sentimientos religiosos », es decir, que se cometen contra la libertad religiosa.

El último de los Capítulos, el Capítulo IV, con el título « *Perspectivas de futuro, propuestas doctrinales y el Proyecto de Código Penal de 1994* », realiza un análisis del entonces futuro tratamiento penal del factor religioso, partiendo de la visión ya dada por el pasado y el presente.

Ante una situación como la que se nos muestra, las opciones del legislador son de muy diversa índole: despenalizar total o parcialmente las actuaciones tipificadas, reconducirlas a tipos genéricos ya regulados o seguir dándole un tratamiento específico.

Comienza haciendo un análisis de la posible reconducción de estos delitos a los tipos genéricos de coacciones, injurias y delitos contra la li-

bertad de reunión. Esta solución llevaría a una protección penal no específica de la libertad religiosa, tesis que, como ya vimos, es rechazada por la Autora. La razón de este rechazo la podemos encontrar en la calificación que hace de estos delitos como *delitos de tendencia interna intensificada*, de manera que, existe en ellos un elemento del injusto específico, que los diferencia del resto de tipos genéricos, provocando la existencia de conductas que quedarían desprotegidas de no ser por este tratamiento específico.

La segunda opción que se le presenta al legislador es la de la posible despenalización de estos delitos, acudiendo a la vía civil como nuevo cauce de protección. Si bien es verdad que no es claramente una alternativa, puesto que en numerosas ocasiones concurrirá la indemnización civil con la condena penal, cabe preguntarse si, en otros casos no susceptibles de calificarse como delitos, tiene alguna relevancia esta protección. La Autora ve viable esta opción aunque, naturalmente, se producirá una protección de naturaleza distinta como es la reparación en forma pecuniaria del daño moral sufrido. Concretamente, la vía civil presenta como posibilidades de protección el artículo 1902 — donde se establece un marco de gran amplitud para la responsabilidad extracontractual — y, de modo más indirecto, la Ley Orgánica 1/1982 de 5 de mayo sobre protección civil del honor, la intimidad familiar y la propia imagen, en particular el artículo 7,7.

Por último, pasa a realizar una valoración crítica del Proyecto de Código Penal de 1994, resultando cómo no parece que el legislador vaya a optar por lo que de modo mayoritario afirmaba la doctrina penal: la desaparición de estos delitos, por la supuesta contradicción que se da con un Estado laico o aconfesional. La conclusión definitiva que se extrae del examen de los nuevos preceptos regulados en el Proyecto de 1994 es que se protege la libertad religiosa y que se realiza un tratamiento específico de este sector, manifestando expresamente en varios de sus artículos la necesidad de que la acción se oriente directamente a ofender *los sentimientos religiosos*. La valoración, pues, es positiva, sin ser ello óbice para que se produzca la existencia de ciertos aspectos que debiendo haber sido corregidos, no lo han sido: se mantiene la expresión «legalmente tutelados» del artículo 208; se incorpora el escarnio de los no creyentes, etc.

Posteriores al Capítulo IV son las consideraciones finales que hace sobre todo lo reseñado, en un intento de aquilatar las conclusiones y posiciones doctrinales adoptadas a lo largo de toda la obra.

Con todo lo expuesto, considero que se ha alcanzado el fin pretendido de aportar una nueva visión, propia de la doctrina eclesialista, para explicar la importancia del factor religioso en nuestro ordenamiento jurídico. Francisca Pérez-Madrid subraya — a mi juicio, con gran acierto — la necesidad de un estudio interdisciplinar de este sector haciendo

un llamamiento especial a la doctrina eclesiasticista ya que, los estudios realizados hasta el momento, exclusivamente por penalistas, conducen a una visión parcial e incompleta del ámbito de protección que otorga en la práctica la regulación penal del factor religioso. Ello es consecuencia de que el análisis de este tema nos lleva, con relativa frecuencia, al uso de términos o instituciones que deben ser tratados en sede de Derecho Eclesiástico. Ejemplo de ello son los términos *culto, ministro, profanación, dogmas, confesiones...*

Considero, en suma, que es una obra de referencia obligada en la materia, que cumple su función de servir como instrumento de trabajo para estudios posteriores por las innumerables cuestiones de interés y debate que suscita y que aún no han sido resueltas, así como por el Anexo de Jurisprudencia que facilita. Considero que el mérito de una monografía estriba, entre otras cosas, por su virtualidad para suscitar debate y, no en menor medida, por la sencillez y claridad en la exposición. Ambas cualidades adornan sobradamente el estudio de la Profesora Pérez-Madrid.

Mercedes Salido

Daniel TIRAPU - Joaquín MANTECÓN - Blanca CALABRÚS, *Derecho matrimonial canónico. Aspectos sustantivos y procesales. Teoría, legislación*

y formularios, Ed. Comares, Granada, 1993, p. 244.

Dopo la pubblicazione delle *Once lecciones de derecho matrimonial*, curata dal prof. Tirapu, ha visto la luce questo volume che ripresenta parte di quelle pagine con notevoli cambiamenti, soprattutto per quanto riguarda gli aspetti processuali. Come il volume precedente, anche il presente lavoro riesce a offrire una visione piuttosto « chiara, semplice e breve » — come si legge nella Presentazione al volume — rivolta non soltanto agli studenti ma soprattutto agli operatori giuridici, in modo particolare agli avvocati.

Il presente volume contiene dieci delle undici lezioni di quello precedente: sul matrimonio in genere; sullo *ius connubii* e gli impedimenti; sul consenso matrimoniale e le sue anomalie; sulla forma giuridica; sugli effetti del matrimonio, la convalidazione e la separazione e dissoluzione e, infine, sul sistema matrimoniale spagnolo. È stata tolta l'undicesima lezione, del prof. Polaino, che aveva come titolo *Una cuestión fundamental en el actual Derecho matrimonial: aproximación a la psicología del matrimonio en el horizonte del siglo XXI*.

Invece sono state aggiunte nove lezioni riguardanti i punti essenziali dei processi matrimoniali: i presupposti; l'organizzazione giudiziaria; le parti; le fasi del processo ordinario di nullità del matrimonio; il processo documentale; il processo di separazione coniugale; il processo per la dispensa *super rato* e quelli

di morte presunta e di dissoluzione in favore della fede.

Le altre novità della pubblicazione sono due allegati; il primo contiene una trascrizione sia della normativa concordataria contenuta nell'Accordo del 3 gennaio 1979 sottoscritto dallo Stato spagnolo e la Santa Sede che dei canoni interessati del Codice di Diritto Canonico: quelli del Titolo VIII, Parte I, Libro IV (cann. 1055-1165) e quelli del capitolo I-IV del Titolo I, Parte III, Libro VII (cann. 1671-1707), nonché del Titolo IV della legge del 1981 che ha riformato gli articoli relativi al matrimonio del Codice civile spagnolo.

Il secondo allegato contiene diversi moduli o *specimen* riguardanti le richieste di dispensa *super rato* e l'*iter* di una causa di nullità del matrimonio, in quanto utili agli avvocati: il libello introduttivo della lite, la risposta alla citazione; la proposta di prove; il *restrictus iuris et facti*; il libello di domanda per il processo documentale; e la richiesta di efficacia civile delle decisioni di dispensa *super rato* e di nullità matrimoniale.

La valutazione del presente lavoro è la stessa che facevamo nel recensire le *Lecciones* precedenti (vedi *Ius Ecclesiae* 6 (1994) 345 s.). Si tratta di un sussidio utile e per gli studenti delle università civili e per gli operatori del diritto; un sussidio che oltre a offrire sinteticamente la normativa sostantiva e processuale circa il matrimonio, riesce anche a proporre con chiarezza e semplicità — qualità queste tutt'altro che banali — principi e riflessioni serie cir-

ca il matrimonio, i suoi elementi, le sue dimensioni naturali e soprannaturali e le sue patologie.

Miguel Angel Ortiz

Daniel TIRAPU MARTÍNEZ - José M^a. VÁZQUEZ GARCÍA-PENUELA, *La incapacidad sucesoria del confesor en el artículo 752 del Código Civil*, Editorial Comares, Granada, 1996, p. 149.

Sussiste nel *Código Civil* spagnolo la norma dell'art. 752, secondo la quale «no producirán efecto las disposiciones testamentarias que haga el testador durante su última enfermedad en favor del sacerdote que en ella le hubiese confesado, de los parientes del mismo dentro del cuarto grado, o de su iglesia, cabildo, comunidad o instituto». Anche a motivo della collocazione sistematica di tale norma, essa determina una incapacità relativa dei soggetti in essa menzionati a succedere *ex testamento*.

In passato leggi simili sono state frequenti come manifestazione di un vecchio giurisdizionalismo, competitivo nei confronti della Chiesa e desideroso di togliere ad essa occasioni, piccole o grandi che fossero, di aggancio e di presenza sulla società. Tuttavia è da tempo che tali leggi sono scomparse da molti codici civili, in virtù di una più coerente concezione dell'uguaglianza, sebbene persistano tuttora in certi Paesi dove l'influenza spagnola è stata più forte.

La monografia dei docenti di Diritto Ecclesiastico Tirapu (univ. di Jaén) e Vázquez (univ. di Almería), più che rilevare un anacronismo vuole evidenziare la necessità di affrontare questo problema (e altri simili) nell'ottica specifica del diritto ecclesiastico, mettendo alla prova la recezione reale dei principi che informano questo ramo dell'ordinamento statale.

Lo schema seguito è lineare e può essere riassunto così: storia della norma, dottrina civile al riguardo, giurisprudenza e infine visione ecclesiasticistica. Le prime tre sezioni offrono il quadro di riferimento nel quale si muovono le riflessioni critiche dell'ultima parte del libro.

Nella prima parte vengono rintracciati i precedenti dell'articolo incriminato, che risale al 1713 quando un Auto Acordado del Consejo de Castilla dispose la nullità dei lasciti fatti nell'ultima malattia in favore dei confessori oppure dei loro parenti, Chiese o Ordini religiosi. Il provvedimento, dietro al quale gli autori scoprono Melchor de Macanaz esponente di spicco del regalismo spagnolo, si colloca entro una fitta trama di disposizioni simili, tendenti a ridurre il peso delle cosiddette «mani morte». Sebbene la norma dovette essere rinnovata più di cinquanta anni dopo, perché era rimasta inosservata, la sua inclusione nel *Código Civil* non destò invece quasi nessuna opposizione.

La dottrina civilistica, nel commentare la norma, inquadra l'impossibilità a succedere del confessore nell'ambito delle incapacità suc-

cessorie relative. Tale norma trova la sua *ratio* nella cautela volta a difendere la libertà del testatore da possibili insidie, anche se involontarie o inconse, in circostanze così delicate sotto il profilo psicologico quale è la postrema infermità.

Non mancano tuttavia rilievi critici da parte di alcuni civilisti, che riguardano soprattutto i termini di ampiezza, generalità, e assolutezza con cui la legge è redatta, e che la fanno apparire come una presunzione *iuris et de iure* di malafede o di suggestione nei confronti del confessore, mentre basterebbero in tale ipotesi le norme generali sui vizi o sul difetto di volontà del testatore. D'altro canto viene notato come la norma dell'art. 752, oltre a limitare la capacità generale di ricevere *ex testamento*, limiti anche la libertà dello stesso testatore.

Nello stesso capitolo vengono esaminate anche le questioni tecniche riguardanti la portata oggettiva e soggettiva della norma, i requisiti di applicabilità e gli effetti della stessa.

Dopo lo studio analitico della norma, viene esaminata la giurisprudenza del *Tribunal Supremo* spagnolo circa la medesima.

In primo luogo si rileva che della proibizione di lasciti o eredità a favore del confessore occorre fare un'interpretazione ristretta, limitata cioè alle sole fattispecie chiaramente ed espressamente comprese nel testo della norma, senza che sia possibile estenderla ad altre simili o connesse; anche perché, come viene notato dai dottori, essa comporta una

limitazione della generale libertà di disporre dei propri beni, limite che non risponde alla *ratio* della norma stessa.

Di conseguenza, il *Tribunal Supremo* ammette che, sebbene l'art. 752 del *Código civil* stabilisca una certa presunzione di *captatio voluntatis* da parte del confessore, essa non è *iuris et de iure*, ed è quindi passibile di prova contraria. Inoltre, poiché la proibizione ha come scopo quello di limitare soltanto le ultime volontà di contenuto patrimoniale in favore del confessore, questo può essere nominato esecutore testamentario e ricevere altri incarichi relativi all'eredità, almeno nei casi in cui ciò non implichi alcun vantaggio economico per lui.

Poiché l'art. 752 del quale trattiamo si riferisce al sacerdote che ascolta in confessione il testatore durante la malattia che lo porta alla morte, la giurisprudenza ritiene che non rientrano nella fattispecie altri ausili spirituali, e di solito richiede che la malattia, la confessione e la disposizione testamentaria siano ravvicinate nel tempo, in modo che possa sussistere il sospetto legale di *captatio* o *suggestio* da parte del confessore.

La norma in esame vieta le disposizioni testamentarie in favore della chiesa, del capitolo, della comunità o istituto del confessore. La determinazione del rapporto tra questi e l'ente beneficiario pone non pochi problemi; comunque la giurisprudenza sembra orientata ad esigere che ne consegua un vantaggio economico per il sacerdote, e quindi non qualsiasi rapporto tra questi e

l'ente successore entra nella proibizione della norma.

Ma quanto sinora considerato non è che la premessa necessaria dell'ultima e più estesa parte dell'opera che stiamo esaminando, nella quale i problemi vengono riproposti dal punto di vista del diritto ecclesiastico, prospettiva che non è stata presa in considerazione né dai civilisti né dalla giurisprudenza, e che invece pone interrogativi di non poco conto se si pensa che le varie incapacità decretate dall'art. 752 partono da presupposti di fatto quali la condizione di confessore (cioè ministro di culto cattolico) e la confessione sacramentale (atto di culto compiuto dal testatore), e che quindi chiama in causa diritti e principi quali la libertà religiosa e il diritto a non essere discriminati per motivi di religione.

Gli autori partono dalle implicanze concordatarie dell'art. in questione, rilevando come né il concordato del 1851, precedente la promulgazione del *Código civil*, né quello posteriore del 1953 hanno comportato la deroga o l'inapplicabilità del precetto civile in esame, per il solo fatto di includere una clausola di stile, secondo la quale, le materie ecclesiastiche che non sono oggetto diretto di un articolo del concordato saranno regolate dal diritto canonico. Tuttavia, per quel che riguarda gli enti ecclesiastici, l'art. IV, 1 del concordato del 1953 riconosce ad essi con la massima ampiezza la piena capacità di acquistare ogni tipo di beni, per cui, sebbene ciò passasse inosservato alla dottrina civilistica, non sono man-

cati canonisti i quali hanno sostenuto una parziale deroga all'art. 752 da parte del citato art. concordatario, deroga che riguarda appunto gli istituti ecclesiastici beneficiari di volontà testamentarie.

Sotto questa stessa prospettiva gli autori interpretano il vigente Accordo del 1979, in quanto questo ha inteso rispettare i diritti acquisiti dagli enti che preesistevano alla sua entrata in vigore.

Oltre a ciò, il problema della persistenza dell'art. 752 si pone anche nei confronti della Costituzione del 1978 che, abbandonato il confessionismo, consacra come principi in materia religiosa la libertà e l'uguaglianza insieme alla laicità dello Stato. La Costituzione inoltre proibisce alle autorità di indagare sul credo o sulle idee dei cittadini.

Alla luce di questi principi, l'incapacità successoria del confessore (e connesse) stabilita dall'art. 752 del *Código civil* spagnolo sembra difficile da sostenere. Essa infatti appare in contrasto con la laicità dello Stato in quanto attribuisce ad un ministro religioso una sospetta intenzionalità nell'assistenza spirituale al testatore, penalizzando così tale attività.

L'uguaglianza richiederebbe che i ministri cattolici non fossero trattati in maniera dissimile dai ministri di altri culti che prestano assistenza ai loro fedeli ma anche dagli altri cittadini, in mancanza di una circostanza ragionevole che giustifichi tale disparità. Parimenti, e a maggior ragione, si può dire dei parenti del confessore. Parimenti gli enti canonici esclusi dalla successione a moti-

vo della loro vincolazione col confessore, appaiono come presunte persone interposte, sospetto questo che logicamente non si estende agli altri enti religiosi.

La libertà di fare testamento viene inoltre limitata in base al fatto che il testatore ha ricevuto una certa assistenza spirituale nell'esercizio della sua libertà religiosa.

L'opera si chiude con il commento di una recente disposizione (del 1992) in materia, che si trova nel codice successorio catalano. Questo, nonostante sia posteriore alla Costituzione in vigore, include (estendendola a tutte le confessioni) l'incapacità a succedere sia del religioso che abbia assistito il testatore nel decorso della sua postrema infermità, sia quella dell'ordine, della comunità, dell'istituto o della confessione di appartenenza del detto ministro.

La monografia dei professori Tirapu e Vázquez è pregevole, inoltre, per la sua brevità; senza inutili ripetizioni o superflua erudizione, essa riesce a presentare in maniera chiara e completa un problema che richiede di essere rivisto nella prospettiva specifica del diritto ecclesiastico, e chiama in causa l'applicazione effettiva dei principi comunemente ritenuti ispiratori dell'ordinamento spagnolo in materia di religione.

José T. Martín de Agar

Marco VENTURA, *Pena e penitenza nel diritto canonico postconciliare*, «Pubblicazioni della Facoltà di

to elementi nuovi, frutto dei dibattiti precedenti. Peraltro, come opportunamente è rilevato dall'A., l'opzione del legislatore di evitare accuratamente le definizioni, specialmente nel diritto penale, quasi che esse dovessero emergere in modo chiaro dal testo legale, non contribuisce certo a dissipare i dubbi, ma ingenera la persuasione di una costruzione legislativa fatta a partire da elementi fortemente eterogenei e non sufficientemente assorbiti in una visione che li coordinasse reciprocamente.

La terza ed ultima parte è intitolata nell'indice del volume «Pena e penitenza nello *sviluppo* dottrinale». Nel testo invece compare la dizione «Pena e penitenza nelle *prospettive* dottrinali». Il rilievo non è fine a se stesso ma, quale che sia nelle intenzioni dell'A. il titolo da considerare definitivo, mi pare preferibile il secondo, tenuto conto di quanto avvenuto nel diritto penale canonico dopo la promulgazione del Codice. Infatti, il vivace dibattito che aveva caratterizzato gli anni precedenti il 1983 è andato via via spegnendosi, tanto da risultare difficile, tranne che per pochi autori, poter parlare di uno *sviluppo* dottrinale. E difatti l'A., in questa parte, si deve rifare ancora una volta a contributi anteriori alla promulgazione del Codice.

Tuttavia ciò non toglie interesse a questa parte del volume giacché si tratta di una riflessione attenta su temi particolarmente impegnativi che in questa sede non si possono che elencare sommariamente: «Plurali-

tà di modelli penali e *coordinatio* dei fori»; «Pluralità di modelli penali e efficacia della pena»; «Pena, penitenza e dimensione soggettiva»; «Pena, penitenza e dimensione temporale».

In conclusione il volume si presenta come un lavoro condotto con profondità e intelligenza. Ha inoltre il pregio di non limitarsi ad illustrare questa o quella parte del Codice ma affronta con sensibilità i problemi emersi e propone interrogativi non ancora risolti. Si può forse notare che, nell'economia del testo, la parte riguardante la penitenza sacramentale risulta la meno elaborata e non è facile cogliere legami e differenze con la sanzione penale. La lettura del volume costituisce, pertanto uno stimolo alla riflessione su problematiche solo apparentemente «datate» o superate, ma in realtà non espungibili dalla vita e dalla realtà salvifica della Chiesa.

Davide Cito

Antonio VITALE, *Appunti di diritto canonico*, EDISUD, Salerno, 1996, p. 140.

Chi conoscesse l'orientamento che gli interessi scientifici del prof. Vitale hanno preso da ormai diversi anni, non potrebbe non rimanere sorpreso dalla pubblicazione di questo, seppur breve e sintetico, Corso di diritto canonico. Dopo importanti ed apprezzati studi (tra i quali ricordiamo: *Inhabilitas ad accusan-*

Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Perugia», Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1996, p. 219.

«In mancanza di quel modello forte, predeterminato, ideologicamente maturato in più di un secolo di dottrina, che guidò il lavoro gaspariano, è prevalso dal 1983 in avanti un sistema penale tributario di molteplici ispirazioni, luogo di raccolta e integrazione di una pluralità di modelli in originale equilibrio tra la suggestione garantista degli esempi statuali e l'alterità carismatico-pastorale» (p. 143). A questa conclusione, pienamente condivisibile, giunge l'A. dopo un'attenta ricostruzione dell'attuale assetto del diritto penale canonico fatta a partire dai fermenti che hanno caratterizzato la revisione di questa parte del Codice pio-benedettino.

Il volume, come detto, si presenta come una ricognizione, sintetica e lucida, dell'evoluzione che ha portato alla vigente normativa del libro VI del CIC *De sanctionibus* in Ecclesia.

L'indagine si articola cronologicamente in tre momenti: «Pena e penitenza nella canonistica postconciliare»; «Pena e penitenza nella codificazione di Giovanni Paolo II»; «Pena e penitenza nello sviluppo dottrinale».

Alle tre principali correnti dottrinali che negli anni posteriori al Concilio si sono imbatute nel tentativo di superare il consolidato schema dello *ius publicum ecclesiasticum*, che ancorava saldamente la potestà

punitiva della Chiesa entro la teoria della *societas perfecta*, ed alle conseguenti problematiche, relative soprattutto alla natura e funzione di una normativa sanzionatoria ed agli inevitabili corollari dei rapporti tra peccato e delitto, foro interno e foro esterno, è dedicata la prima parte del volume, in cui vengono esposte in modo convincente le linee guida dei principali autori esaminati: Arias, Huizing e Gerosa. L'impressione che si trae, come l'A. del resto sottolinea allorché in sede di riflessioni valutative tratta della *coordinatio forum*, è che spesso pur utilizzando terminologie identiche od analoghe, gli autori esaminati partano a volte da presupposti concettuali differenti sulla natura e contenuto stesso del diritto canonico (e forse del diritto in genere). Ciò ovviamente non solo non agevola un fecondo dibattito ma può costituire fattore di confusione al momento di interpretare un medesimo termine del corpo legale.

La seconda parte, nel presentare succintamente il contenuto del Libro VI del Codice, per quanto concerne la definizione della pena, i meccanismi sanzionatori e le fattispecie delittuose, con opportuni richiami al CCEO, evidenzia quanto del dibattito precedente sia stato accolto, quanto rigettato, quanto accettato solo parzialmente. Indubbiamente, come era del resto forse prevedibile considerato l'iter di revisione e gli organismi intervenuti, non è difficile scorgere un impianto non dissimile da quello del Codice del 17, sebbene trovino accoglimen-

dum matrimonium, Napoli, 1963; *Contributo ad una teoria delle sanzioni nell'ordinamento canonico*, in «*Ephemerides iuris canonici*», XVIII, 1962, pp. 234-294 e XX, 1964, pp. 110-159; *L'ufficio ecclesiastico*, Napoli, 1965; *Sacramenti e diritto*, Freiburg-Roma, 1967), infatti, l'A. ha mostrato, negli anni successivi, di prediligere, rispetto a quelli canonistici, temi di diritto ecclesiastico, come è testimoniato dalle ripetute edizioni del suo fortunato *Manuale* (l'ultima delle quali abbiamo appena recensito) e dalla pubblicazione di un fondamentale saggio dedicato alla natura e gli scopi della disciplina (*Il diritto ecclesiastico*, Milano, 1978).

L'impronta più marcatamente teologica assunta dal diritto canonico, ad avviso dell'A., in seguito al Concilio Vaticano II, lasciava infatti poco spazio per chi, come lui, non condividesse questa prospettiva; perciò — scrisse in quel tempo l'A. — «nell'ora che volge, si impone ai canonisti-giuristi di ritirarsi in buon ordine, lasciando libero il campo ai canonisti-teologi» (*Sacramenti e diritto*, op. cit., 44).

Più caute, invece, si sono fatte oggi le posizioni del prof. Vitale, fino all'ammissione che sebbene «ogni riflessione sulle strutture fondamentali della Chiesa non può che essere svolta se non alla luce della parola e del disegno di Dio, (ciò) non comporta assolutamente che tale riflessione debba essere affidata in esclusiva alla scienza teologica» (*Il valore della «communis constansque doctorum sententia»*, in AA.VV., *Il Dirit-*

to della Chiesa. Interpretazione e prassi, Città del Vaticano, 1996, 92).

La ragione della pubblicazione del presente volumetto è però da rinvenirsi, più che in un meditato ripensamento della sua vocazione scientifica, nel desiderio di offrire agli studenti del Corso di diritto canonico — di cui il Prof. Vitale è titolare supplente — un agile strumento di preparazione all'esame universitario. Si tratta, insomma, di un compendio della disciplina approntato, come suol dirsi, «*ad usum scholarum*» — come si arguisce anche dall'esiguità del corredo bibliografico — per la cui preparazione l'A. ha cospicuamente attinto alle voci da lui pubblicate sulle più importanti enciclopedie giuridiche (si ricorda, fra le altre, *Chierici e comunità di base*, *Incardinazione*, *Parrocchia e parroci* e *Tribunali ecclesiastici*, *Terzi ordini secolari*) che costituiscono quasi tutta la sua produzione scientifica relativa al diritto canonico dopo la promulgazione del nuovo Codice.

Quanto al metodo utilizzato, sebbene il Decreto conciliare sulla formazione sacerdotale (*Optatam Totius*, n. 16), come è noto, raccomandi di tener presente nell'insegnamento del diritto canonico «il Mistero della Chiesa, secondo la Costituzione dogmatica "De Ecclesia"», l'A. ha ritenuto di impostare le sue lezioni secondo esigenze didattiche più consone all'insegnamento tenuto nell'Università Statale di un Paese aconfessionale: «Siccome ...lo studente di una Facoltà di Giurisprudenza non è tenuto a

credere al Dio dei cattolici in specie e a un Dio qualunque in generale, ci pare giusto occuparci del diritto canonico non già per la sua natura di strumento di salvezza nella fede (anche se questa natura costituisce, per così dire, la sua *costituzione materiale*), bensì, più modestamente, per la sua natura di strumento di giusta organizzazione della vita della Chiesa» (pag. 7; ci domandiamo, quindi, se l'invito espresso nel Decreto conciliare debba in effetti ritenersi valido nell'ispirare l'insegnamento del diritto canonico solo se impartito ai futuri sacerdoti, come il contenuto complessivo del documento d'altra parte suggerirebbe).

Coerentemente con tale impostazione, la *costituzione materiale* della Chiesa non è trattata nell'opera in esame, benché l'A. sia consapevole che soprattutto lo studio di essa dovrebbe costituire la principale attività della scienza giuridica canonica; vale a dire « chiarire ed argomentare il nucleo giuridico costitutivo della Chiesa, ossia gli elementi portanti — una sorta di costituzione *materiale* — del diritto ecclesiale » (*Il valore della « communis constansque doctorum sententia »*, op. cit., 93). Prevalgono dunque, sulle finalità più propriamente scientifiche, le esigenze didattiche.

Venendo ora al contenuto del volume, si rinvengono frequenti parallelismi tra la logica confessionale e quella che invece ispira gli Stati moderni a democrazia pluralista, con il chiaro intento di rendere più comprensibili agli studenti i tratti pecu-

liari dell'ordinamento canonico. Numerosi, inoltre, i riferimenti alla realtà ecclesiale italiana (CEI, comunità di base, ordinamento giudiziario, sostentamento del clero), così da offrire, anche, un utile complemento allo studio del diritto ecclesiastico dello Stato.

La trattazione si suddivide in dieci brevi capitoli (*Struttura del diritto; Funzioni sociali del diritto I) Accesso dei soggetti a beni e servizi; Funzioni sociali del diritto II) Assegnazione dei poteri pubblici; I tribunali ecclesiastici; L'organizzazione delle funzioni; Criteri di distribuzione dei poteri; Le risorse economiche; Autorità e libertà; La funzione penale; Rapporti con altri ordinamenti*), nei quali l'A. mostra di non aver affatto abbandonato alcune delle posizioni da lui sostenute in passato: trapela infatti il consueto scetticismo circa l'efficacia degli strumenti ecclesiali di tutela giudiziaria dei fedeli (« Possiamo dire ...che non esiste una seria protezione giuridica all'interno della Chiesa » — p. 78); né si rivede la concezione sostanzialmente panpubblicistica dell'ordinamento canonico (« nella Chiesa una distinzione [tra una sfera privata ed una sfera pubblica] non esiste, essendo ogni soggetto impegnato al raggiungimento dei fini dell'ordinamento », p. 47). Non si sorprenderà, quindi, il lettore, nel ritrovare tra le pagine la nota quanto pungente (ma a volte amara) ironia, che tutti all'A. riconoscono propria (« La virtù più importante di un vescovo è... il conformismo », p. 89).

Lo spirito critico dell'A. offre anche, in altri passi, interessanti spunti di riflessione. Certo il volume è alquanto breve (140 pp.) e talvolta la trattazione di alcuni argomenti appare sproorzionata rispetto ad altri (vedi, ad esempio, *la funzione legislativa* rispetto a quella *giudiziaria* ed *amministrativa*, p. 57). Diversi, inoltre, i temi non esaminati. Ma d'altra parte di *Appunti* stiamo parlando, e quindi non era nelle intenzioni dell'A. approntare uno studio completo ed esauriente.

Tuttavia, nel ricordare che anche con le prime brevi lezioni del *Corso di diritto ecclesiastico* (*Lezioni di diritto ecclesiastico*, Napoli, 1971, pp. 101), si gettavano semplicemente le basi per le successive e più meditate riflessioni, ci auguriamo che l'A. trovi la forza e l'entusiasmo per aggiornare ed ampliare in nuove edizioni, anche il presente lavoro, sospinto dall'interesse e dall'attenzione che senz'altro ad esso gli studenti non mancheranno di riservare.

Luigi Del Giudice

Pagina bianca

Documenti

Pagina bianca

ATTI DELLA SANTA SEDE

SEGRETERIA DI STATO, **Rescritto « ex audientia Sanctissimi » di conferma di alcune « facoltà straordinarie » al Decano della Rota Romana**, 30 settembre 1995 (*).

Il Santo Padre Giovanni Paolo II, in data 29 settembre 1995, ha confermato a S.E. il Decano del Tribunale della Rota Romana le seguenti facoltà straordinarie nei limiti e modalità qui appresso descritte:

1) *Facultas addendi subordinate quaestionem super matrimonio rato et non consummato, nisi super re Congregatio de Disciplina Sacramentorum manus iam apposuerit, atque directe dispensationis gratiam proponendi, si et quatenus, Summi Pontificis iudicio.*

2) *Facultas, in causis ad Rotam legitime deductis, actus sanandi, si leges processuales violatae fuerint a Tribunalibus inferioribus ex mandato Rotae Romanae agentibus.*

Tali facoltà, che saranno applicate sentito il parere favorevole del Turno Giudicante, in caso d'impedimento dell'Ecc.mo Decano sono « ipso iure », negli stessi limiti e modalità, devolute al Prelato Uditore più anziano.

Dal Vaticano, il 30 Settembre 1995.

+ Angelo Card. Sodano
Segretario di Stato

Sulle facoltà straordinarie del Decano della Rota Romana.

Fra i diversi modi di attribuire funzioni, da un soggetto ad un altro, ci sono le *facoltà abituali* ⁽¹⁾ denominate qui *straordinarie*. La qua-

(*) Vedi di seguito *nota* di J. CANOSA, *Sulle facoltà straordinarie del Decano della Rota Romana*.

⁽¹⁾ § 1. *Facultates habituales reguntur praescriptis de potestate delegata.* § 2. *Attamen nisi in eius concessione aliud expresse caveatur aut electa sit industria personae, facultas habitualis Ordinario concessa non perimitur resolutio iure Ordinarii cui concessa est, etiamsi ipse eam exsequi coeperit, sed transit ad quemvis Ordinarium qui ipsi in regimine succedit (can. 132 CIC). Cf. il simile contenuto del can. 982*

lifica di *abituali* o *generali* risponde all'indeterminatezza dei casi per i quali un soggetto riceve un certo potere giuridico; la denominazione *straordinarie* servirebbe piuttosto ad indicare che si tratta di facoltà pontificie che non seguono una delle formule ordinarie usate nelle concessioni.

Ogni conferimento delle facoltà, benché non di rado avvenga *ratione muneris* e non *ratione personae*, appare come una manifestazione della tecnica amministrativa della delegazione, diversa quindi dall'attribuzione di potestà ordinaria, ancora più direttamente collegata con la titolarità di un ufficio. Perciò le facoltà abituali vengono rette dalle disposizioni sulla potestà delegata (cf. can. 132 § 1 CIC e 982 § 1 CCEO) e in esse possono rilevarsi alcune note — l'importanza dell'elemento fiduciario, la necessità di dimostrare l'attribuzione ogni volta che ciò si renda necessario (cf. can. 131 § 3), l'applicazione *normale* di questa tecnica alla sola potestà esecutiva (cf. can. 137 § 1) —, caratterizzanti i conferimenti di potestà che seguono la tecnica amministrativa della delegazione.

All'interno dell'ambito dell'organizzazione centrale della Chiesa questo modo di attribuzione di funzioni pubbliche è previsto dai testi normativi per diversi fini. Così, nella cost. ap. *Pastor Bonus* ⁽²⁾ all'art. 18 si stabilisce che «*Summi Pontificis approbationi subiciendae sunt decisiones maioris momenti, exceptis iis pro quibus Dicasteriorum Moderatoribus speciales facultates tributae sunt exceptisque sententiis Tribunalis Rotae Romanae et Supremi Tribunalis Signaturae Apostolicae intra limites propriae competentiae latis*» ⁽³⁾. Una simile disposizione appare an-

del *Codice dei Canonici delle Chiese Orientali*. In dottrina, vedi fra altri, A. TOSO, *Ad Codicem Iuris Canonici commentaria. Liber I: Normae generales*, Romae 1921, pp. 159-161; B. OJETTI, *Commentarium in Codice Iuris Canonici. Liber primus. Normae generales*, Romae 1927, pp. 287-291; M. CONTE A CORONATA, *Institutiones Iuris Canonici*, vol. I, Taurini 1928, pp. 90-93; A. VERMEERSCH-I. CREUSEN, *Epitome Iuris Canonici*, t. I, Romae 1938, pp. 456-462; F. X. WERNZ-P. VIDAL, *Ius Canonicum*, t. I, Romae 1938, pp. 456-462; A. VAN HOVE, *De privilegiis. De dispensationibus*, Mechliniae-Romae 1939, pp. 147-162; S. SIPOS, *Enchiridion Iuris Canonici*, Pecs 1940, pp. 44-45 e 252-255; S. ROMANI, *Institutiones Iuris Canonici*, vol. I, Romae 1941, p. 124; G. MICHIELS, *Normae generales Iuris Canonici*, vol. II, Parisiis-Tornaci-Romae 1949, pp. 653-667; H.J. CICOGNANI-D. STAFFA, *Commentarium ad Librum Primum Codicis Iuris Canonici*, vol. II, Romae 1942, pp. 501-509; E. LABANDEIRA, *Trattato di Diritto amministrativo canonico*, Milano 1994, pp. 125-126; J.I. ARRIETA, *Lezioni di Organizzazione Ecclesiastica. Ad usum scholarum*, Roma 1995, pp. 160-163.

⁽²⁾ IOANNES PAULUS II, *Cost. ap. Pastor Bonus*, 28 giugno 1988 in AAS 80 (1988), pp. 841-930 (PB).

⁽³⁾ Il corsivo è nostro. Il testo dell'art. 18 PB continua nel modo seguente: «*Dicasteria leges aut decreta generalia vim legis habentia ferre non possunt nec iuris universalis vigentis praescriptis derogare, nisi singulis in casibus atque de specifica approbatio-*

che all'art. 111 § 2 del *Regolamento generale della Curia Romana*: «Le decisioni di maggiore importanza devono essere sottoposte al Romano Pontefice per la eventuale approvazione, ad eccezione di quelle per le quali sono state attribuite preventivamente ai Capi Dicastero *speciali facoltà*»⁽⁴⁾. La ragione di queste previsioni rientra nello scopo generale della Curia romana, cioè quello di contribuire a rendere operativa la funzione universale di governo del Romano Pontefice⁽⁵⁾. Infatti, il conferimento e la conseguente assunzione da parte di alcuni suoi stretti collaboratori — come i Capi Dicasteri — di certe funzioni che originariamente aspettano al Sommo Pontefice, si presenta come un modo fiduciario di partecipare alla missione universale del Romano Pontefice⁽⁶⁾. Anche il Decano della Rota Romana collabora in questo modo con il Sommo Pontefice, come, per altro, era già previsto nel passato. Infatti, l'antecedente conferimento, il cui testo si aggiunse come allegato 2° alle precedenti *Norme*⁽⁷⁾, risale al 26 luglio 1981, data nella quale vennero rinnovate e confermate le *facoltà straordinarie di S.E. il Decano della Sacra Romana Rota*, che precedentemente erano apparse nell'Appendice 2^a delle Norme del 1969⁽⁸⁾ che, a sua volta, rinnovavano delle facoltà concesse in precedenza⁽⁹⁾.

Le facoltà confermate nel 1981 erano le seguenti:

n. 1: «Aggiungere nuovi dubbi a quelli già discussi nelle precedenti istanze, di modo che la S.R. Rota, Tribunale di Appello, sia competente a giudicare anche in prima istanza».

n. 2: «Vedere subordinatamente "super matrimonio rato et non consummato", a meno che sulla questione la S. Congregazione per i Sacramenti "manus iam apposuerit"».

n. 3: «Dispensare dalle leggi canoniche di procedura e sanare gli atti nei quali le predette leggi fossero state violate dai Tribunali inferiori:

ne Summi Pontificis. Hoc autem sollemne sit ut nihil grave et extraordinarium agatur, nisi a Moderatoribus Dicasteriorum Summo Pontifici fuerit antea significatum».

(4) Il corsivo è nostro. SECRETARIA STATUS, *Regolamento generale della Curia romana*, 4 febbraio 1992 in AAS 84 (1992), pp. 201-267 (RGCR).

(5) Cf. PB, Proemio.

(6) Cf. art. 33 PB e 34 § 1 RGCR.

(7) SECRETARIA STATUS, *Normae Sacre Romanae Rotae*, 16 gennaio 1982 in AAS 74 (1982), pp. 490-517, specificamente la p. 516.

(8) Si trattava di facoltà rinnovate e confermate da Sua Santità Paolo VI, nell'udienza del 5 luglio 1963. SECRETARIA STATUS, *Normae internae Tribunalis Sacre Romanae Rotae et Facultates Decano eiusdem Tribunalis concessae*, 25 maggio 1969 in X. OCHOA, *Leges Ecclesiae*, vol. 4, n. 3752.

(9) Cf. lett. del Segretario della S.C. per gli Affari EE. SS. in cui si comunica che il Santo Padre concede al Decano della Sacra Romana Rota, «fino a nuovo avviso», le medesime facoltà che furono accordate in occasione dell'Anno Santo, 15 ottobre 1952, in X. OCHOA, *Leges Ecclesiae*, vol. 2, n. 2309.

omettere la citazione della parte convenuta, la quale, già a conoscenza del processo, non può essere canonicamente citata, perché residente in un territorio difficilmente accessibile per ragioni politiche; sanare atti di procedura, nulli perché assente il Difensore del Vincolo e il Notaro per ragioni delle distanze, per mancanza di clero o per altre cause».

n. 4: «Avocare al giudizio della S. Romana Rota una causa già pendente presso i tribunali ordinari, quando avendo la medesima S. Rota apposte le mani in questioni incidentali riguardanti la causa stessa, fossero emerse irregolarità così gravi da fare ritenere pregiudicato il successivo giudizio di merito se pronunciato dai tribunali inferiori»

Nel confronto fra le facoltà del 1981 e quelle vigenti, si rileva subito la riduzione del numero delle facoltà conferite, che se prima erano quattro, ora diventano due. Il cambiamento è dovuto ad alcune modifiche introdotte in parte dal *Codice di Diritto Canonico* del 1983 e in parte dalle nuove *Normae Romanae Rotae Tribunal*⁽¹⁰⁾, che hanno trasformato in potestà ordinaria⁽¹¹⁾ le facoltà straordinarie prima e quarta che in casi analoghi aveva precedentemente il Decano della Rota Romana per concessione dei Romani Pontefici.

Infatti, l'art. 55 § 2⁽¹²⁾ delle nuove *Normae Romanae Rotae Tribunal* — insieme al can. 1683 CIC — assorbe la materia della prima delle anteriori facoltà attribuendo al Turno Giudicante la potestà prevista dal can. 1683⁽¹³⁾, mentre l'art. 52 delle nuove *Normae Romanae Rotae Tribunal* assume il contenuto della quarta precedente facoltà quando riconosce al Decano della Rota, «auditis duobus antiquioribus auditoribus», la capacità di avocare già dalla prima istanza le cause di cui al § 1 can. 1444 CIC⁽¹⁴⁾, «quoties peculiaria adiuncta sive locorum sive personarum propter bonum animarum idipsum urgeant».

(10) ROTA ROMANA, *Normae Romanae Rotae Tribunal*, 18 aprile 1994 in AAS 86 (1994), pp. 508-540 (NRRT) e SECRETARIA STATUS, *Rescriptum ex Audientia Sanctissimi*, 23 febbraio 1995 in AAS 87 (1995), p. 366.

(11) Cfr. J.I. ARRIETA, *Commento all'art. 130 della cost. ap. Pastor Bonus*, in J.I. ARRIETA-J. CANOSA-J. MIÑAMBRES, *Legislazione sull'organizzazione centrale della Chiesa*, Milano 1997 e A. STANKIEWICZ, *Rilievi procedurali nel nuovo «Ordo Iudiciarius» della Rota Romana in Ius Ecclesiae 7* (1995), p. 67.

(12) Art. 55 § 2 NRRT: «Quoties in causis matrimonialibus iuxta can. 1683 num. caput adducatur, item Turni erit decernere de eodem admittendo vel reiciendo».

(13) Can. 1683 CIC: «Si in gradu appellationis novum nullitatis matrimonii caput afferatur, tribunal potest, tamquam in prima instantia, illud admittere et de eo iudicare».

(14) Can. 1444 CIC: § 1 «Rota Romana iudicat: (1) in secunda instantia, causas quae ab ordinariis tribunalibus primae instantiae diiudicatae fuerint et ad Sanctam Sedem per appellationem legitimam deferantur; (2) in tertia vel ulteriore instantia, causas ab ipsa Rota Romana et ab aliis quibusvis tribunalibus iam cognitae, nisi res iudicata habeatur». § 2. «Hoc tribunal iudicat etiam in prima instantia causas de quibus in can.

Oltre all'oggetto delle facoltà conferite, emergono dal *Rescritto* della Segreteria di Stato altri rilievi non privi d'interesse. Fra di essi, va apprezzato un modo d'intervento da parte della Segreteria di Stato che si concretizza nel dare certezza giuridica all'eventuale concorso di competenze riguardanti una stessa materia: la certezza viene fornita, in questo caso, confermando e formulando in modo consono ⁽¹⁵⁾ con la nuova legge universale, alcune facoltà che già in passato erano state concesse, ma che dopo alcuni avvenimenti — la promulgazione del Codice, l'emana-zione delle nuove *Normae Romanae Rotae Tribunal* —, e non con il semplice trascorso del tempo, potevano ritenersi abrogate ⁽¹⁶⁾. In una situa-zione di tale genere, quando appare il dubbio sulla vigenza di un deter-minato potere giuridico, si manifesta con chiarezza la nota della preca-rietà, propria delle facoltà abituali, che serve a distinguerle dalla potestà ordinaria (anche per questo motivo sembra adatta la denominazione fa-coltà *straordinaria*).

Inoltre, nel constatare che alcune delle precedenti facoltà sono sta-te assorbite dalla nuova normativa — Codice di diritto canonico e nuove norme della Rota —, e che restano ancora due di quelle attribuzioni rette dalla disciplina delle facoltà abituali, si conferma la vigenza e l'opera-tività della suddetta tecnica organizzativa, alla quale spesso vengono ri-servate materie particolarmente delicate o importanti e della quale sono destinatari alcuni soggetti investiti di particolari incarichi ⁽¹⁷⁾. Si mette così in risalto il valore della fiducia, della *fides*, atta ad agevolare alcuni compiti giuridici nell'ambito dei rapporti fra il Sommo Pontefice e i suoi più stretti collaboratori.

Javier Canosa

1405, § 3, aliasve quas Romanus Pontifex sive motu proprio, sive ad instantiam partium ad suum tribunal advocaverit et Rotae Romanae commiserit; easque, nisi aliud cautum sit in commissi muneris rescripto, ipsa Rota iudicat etiam in secunda et ulteriore instantia».

⁽¹⁵⁾ La novità nella formulazione si rileva soprattutto nella seconda facoltà attua-le, molto diversa dalla corrispondente terza facoltà confermata nel 1981. Infatti, non ri-sultano più nel testo della concessione alcune determinazioni che, fra l'altro, potevano recare lesioni al diritto di difesa.

⁽¹⁶⁾ Opinione che, secondo una dottrina autorevole, non si poteva escludere. Ve-di Z. GROCHOLEWSKI, *Comentario al can. 1444*, in INSTITUTO MARTÍN DE AZPILCUETA - FA-CULTAD DE DERECHO CANÓNICO. UNIVERSIDAD DE NAVARRA, *Comentario exegetico al Cód-i-go de Derecho Canónico*, Pamplona 1996, vol. IV/1, p. 899.

⁽¹⁷⁾ Esula da queste annotazioni determinare la natura della potestà conferita, perché meriterebbe una riflessione molto più approfondita. Ad una prima analisi, la *fa-cultas addendi subordinate quaestionem super matrimonio rato et non consummato*, (...), *atque directe dispensationis gratiam proponendi*, e la *facultas, in causis ad Rotam legitime deductis, actus sanandi*, sembrerebbero rientrare nell'attività amministrativa di un orga-no della Curia Romana.

CONGREGAZIONE PER I VESCOVI. **Decreto di erezione in persona giuridica pubblica della regione ecclesiastica della Lombardia (e relativi statuti)**, 4 novembre 1994 (*AAS* 87 (1995) p. 390-391; *Bollettino della diocesi di Cremona* 1995, n. 2, p. 54-56) (*)

De regionis ecclesiasticae in personam iuridicam erectione

DECRETUM

Ut communis diversarum dioecesium vicinarum, iuxta personarum et locorum adiuncta, actio promoveretur, utque dioecesanorum Episcoporum inter se relationes aptius foverentur, ecclesiasticae circumscriptiones Langobardiae iam longo tempore in regionem ecclesiasticam, Langobardam appellatam, coniunctae atque communi sensu uti « regio » habitae sunt.

Quae quidem regio constat ecclesiastica provincia Mediolanensi, metropolitana sede vulgo Milano eiusque suffraganeis dioecesibus Bergamo, Brescia, Como, Crema, Cremona, Lodi, Mantova, Pavia, Vigevano constituta.

Quod autem eiusdem ecclesiasticae regionis pastoralis opera efficacius expleri possit, Em.mus P.D. Camillus S.R.E. Cardinalis Ruini, Episcoporum Conferentiae Italicae Praeses, ab Apostolica Sede expostulavit, ut memorata regio ecclesiastica Langobarda in personam iuridicam erigeretur.

Summus Pontifex IOANNES PAULUS, Divina Providentia PP. II, ratus eiusmodi petitionem animarum bono profuturam, porrectis precibus benigne annuendum censuit atque praescripto can. 433 § 1 C.I.C. derogavit.

Quapropter, praesenti Congregationis pro Episcopis decreto, perinde valituro ac si Apostolicae sub plumbo Litterae datae forent, ecclesiasticam regionem Langobardam in personam iuridicam erigit, iuxta statua quae in adnexo exemplari continentur.

Ad art. 5 memoratorum statutorum quod attinet, de regionis ecclesiasticae Langobardae cum regione civili pactionibus, quae legitime ab Episcoporum Langobardiae Conferentia statuuntur ac canonice ab Apostolica Sede sunt « recognita », vim habent obligandi etiam Ordinarios, ad aliam Episcoporum Conferentiam pertinentes, pro suarum Ec-

(*) In data 4 novembre 1994 la Congregazione per i Vescovi concesse personalità giuridica pubblica alle Conferenze episcopali regionali italiane. Pubblichiamo il Decreto riguardante la regione lombarda (a mo' di esempio) accompagnato dagli Statuti della stessa Conferenza episcopale. Vedi *nota* di M. Marchesi alla fine dei documenti.

clesiarum parte quae intra fines regionis civilis Langobardiae sita est. Qui Ordinarii, tamem, antequam aliqua pactio conficiatur, audiendi sunt.

Ad haec executioni mandanda, idem Summus Pontifex deputat Exc.mum P.D. Carolum Furno, Archiepiscopum titularem Abaritanum et in Italia Apostolicum Nuntium, necessarias et opportunas eidem tribuens facultates etiam subdelegandi, ad effectum de quo agitur, quemlibet virum in ecclesiastica dignitate constitutum, onere imposito ad memoratam Congregationem pro Episcopis authenticum exemplar actus peractae executionis remittendi.

Contrariis quibusvis minime obstantibus.

Datum Romae, ex Aedibus Congregationis pro Episcopis, die 4 mensis Novembris anno 1994.

REGIONE ECCLESIASTICA LOMBARDIA

(Norme statutarie)

ART. 1. — La Regione Ecclesiastica Lombardia costituita ed eretta in persona giuridica canonica pubblica dalla Santa Sede con decreto 32/93, in deroga al can. 433, par. 1 del Codice di diritto canonico, è un ente ecclesiastico civilmente riconosciuto.

Essa ha sede in Milano.

ART. 2. — La Regione Ecclesiastica Lombardia ha lo scopo di promuovere un'azione pastorale comune tra le diocesi che la compongono e di favorire i mutui rapporti tra i Vescovi diocesani nella prospettiva di una più ampia convergenza di comunione in seno alla Chiesa che è in Italia, secondo gli indirizzi ed entro i limiti stabiliti dal can. 434 del Codice di diritto canonico.

ART. 3. — La Regione Ecclesiastica è governata collegialmente dalla Conferenza Episcopale regionale, costituita dai Vescovi diocesani delle Chiese particolari della stessa Regione, da coloro che per diritto sono ad essi equiparati, dai Vescovi loro Coadiutori e Ausiliari.

ART. 4. — La Conferenza Episcopale regionale, per il tramite del Presidente o dei suoi delegati, mantiene rapporti con le autorità civili e con le realtà sociali, culturali e politiche, al fine di contribuire, in spirito di sincera collaborazione, alla promozione dell'uomo e al bene della popolazione della Regione.

ART. 5. — Per la validità delle sedute della Conferenza Episcopale regionale è richiesta la presenza dei due terzi degli aventi diritto.

Le deliberazioni della Conferenza sono adottate con il consenso dei due terzi dei membri della Conferenza medesima.

Le deliberazioni di carattere pastorale hanno efficacia nelle singole diocesi se promulgate dal rispettivo Vescovo.

Le deliberazioni che approvano eventuali accordi o intese con la Regione civile Lombardia o con suoi organi hanno efficacia vincolante per tutte le diocesi, a condizioni che abbiano ottenuto la « recognitio » della Santa Sede.

ART. 6. — L'incarico di Presidenza e di Vice Presidenza della Regione Ecclesiastica ha la durata di cinque anni ed è assunto dal Presidente e dal Vice Presidente della Conferenza Episcopale regionale, eletti dai membri della stessa.

ART. 7. — Spetta al Presidente:

— rappresentare legalmente la Regione Ecclesiastica, anche di fronte a qualsiasi autorità giudiziaria e amministrativa, tanto canonica quanto civile;

— convocare e presiedere la Conferenza Episcopale regionale;

— compiere gli atti di straordinaria amministrazione.

Spetta alla Conferenza Episcopale regionale deliberare gli atti di straordinaria amministrazione.

ART. 8. — Il Vice Presidente sostituisce il Presidente, assumendone le funzioni, in caso di sua assenza o di impedimento e di vacanza dell'ufficio.

ART. 9. — Il patrimonio della Regione Ecclesiastica è costituito dalla dotazione stanziata dalle diocesi che compongono la Regione medesima nonché da offerte dei fedeli e da beni derivanti da acquisti, donazioni, eredità e legati.

ART. 10. — Ogni mutamento statutario deve essere deliberato dalla Conferenza Episcopale regionale e approvato dalla Santa Sede.

ART. 11. — Il Regolamento attuativo del presente statuto è adottato dalla Conferenza Episcopale regionale su proposta del Presidente.

ART. 12. — In caso di estinzione della Regione Ecclesiastica il patrimonio sarà devoluto in quote uguali alle diocesi comprese nel territorio regionale, fermo restando il disposto dell'art. 20 della legge 20 maggio 1985, n. 222.

ART. 13. — Per quanto non previsto negli articoli precedenti si applicano le norme del diritto canonico e le leggi civili in quanto applicabili agli enti ecclesiastici.

Le regioni ecclesiastiche in Italia.

1. Il 24 agosto 1989, la S. Congregazione per i Vescovi ha emanato l'Istruzione *Alcuni Arcivescovi e Vescovi* ⁽¹⁾. Con essa veniva dato fondamento giuridico alle riunioni annuali dei Vescovi italiani, da tenersi nelle varie *regioni*.

La richiesta avanzata al Papa da alcuni Arcivescovi e Vescovi per essere autorizzati ad incontrarsi, in forma strutturata, era motivata dal fatto che «utile tornerebbe agli interessi di nostra santa religione l'uso nelle varie regioni della penisola delle Conferenze Episcopali...». Particolari riunioni di Conferenze Episcopali erano già state sperimentate in Umbria (nel 1849), dove lo stesso Papa Leone XIII era stato Arcivescovo di Perugia, e anche in altre nazioni. Con l'Istruzione, l'invito «alla pratica di queste regionali conferenze» veniva esteso a tutto l'episcopato italiano.

Il documento si presenta con una articolazione in cinque punti. Il primo di essi riguarda la struttura territoriale delle cosiddette *regioni*. L'Italia veniva divisa in 17 regioni ecclesiastiche, denominate: Circondario di Roma, Umbria, Marche, Etruria, Emilia, Liguria, Piemonte, Lombardia, Veneto, Sardegna, Abruzzi, Benevento, Campania, Salerno-Basilicata, Puglie, Calabria, Sicilia.

2. A seguito della pubblicazione del Codice di Diritto Canonico del 1917 che, con il can. 283, prescriveva la celebrazione di un Concilio provinciale almeno ogni venti anni, diverse provincie ecclesiastiche si trovarono in difficoltà per le trasformazioni subite dalle circoscrizioni territoriali, a causa di motivazioni etniche (zone di confine) e di rivoluzioni politiche.

Allo scopo di ovviare a questi inconvenienti, la S. Congregazione Concistoriale, il 15 febbraio 1919, emanò il decreto *Pro celebratione conciliorum et appellationibus in regionibus Italiae* ⁽²⁾. Con esso veniva istituita e regolata la prassi di Concili plenari regionali, per le cosiddette regioni, che «vulgari sermone efferuntur»: «Emilia, Romagna, Toscana, Umbria, Marche, Abruzzi e Molise, Beneventano, Campania, Salernitano, Basilicata, Puglie, Calabria, Sicilia, Sardegna» ⁽³⁾. Restava, invece, ferma la norma canonica circa la celebrazione del Concilio

⁽¹⁾ S. CONGR. EPISCOPORUM ET REGULARIUM, *Instructio Negotiis Praepositae de Colationibus quolibet anno ab Italis Episcopis in variis quae designantur Regionibus habendis*, in *Acta Leonis XIII*, vol. IX, 1889, pp. 184-190.

⁽²⁾ S. CONGR. CONCISTORIALIS, *Pro Celebratione Conciliorum et Appellationibus in Regionibus Italiae - Decretum*, in *AAS*, XI (1919), pp. 72-74.

⁽³⁾ Si notino le differenze di qualificazione nominativa di alcune regioni, rispetto alla *Instructio* del 1889.

provinciale per le provincie ecclesiastiche: Veneta, Milanese, Vercellese, Torinese, Genovese. Per le diocesi del Lazio («prout hoc nomen nunc temporis audit»), lo stesso Papa avrebbe dato le opportune disposizioni.

3. In attuazione del decreto appena sopra richiamato, la stessa S. Congregazione Concistoriale, il 22 marzo successivo, inviava una Lettera Circolare all'Episcopato italiano⁽⁴⁾. La circolare richiamava le disposizioni del 24 agosto 1889 e le due modificazioni apportate da Pio X alle regioni Emilia e Lazio (o Circondario di Roma). Inoltre, essa stabiliva «che per le conferenze episcopali e rispettivamente per i concili regionali gli Ordinari d'Italia si raggruppino a seconda delle regioni che qui... vengono elencate»: Emilia, Romagna, Marche, Umbria, Etruria, Lazio Superiore o Regione Cimina, Lazio Inferiore, Campania, Beneventano, Salernitano-Basilicata, Calabrie, Abruzzi, Puglie, Sicilia, Saredegna. «Quanto al Veneto, Lombardia e Liguria, poichè la regione coincide con la provincia ecclesiastica, nulla avvi da immutare per la celebrazione dei concili provinciali. Quanto al Piemonte, dove sebbene siano due le provincie, unica è la conferenza, se gli Ordinari credessero miglior cosa in luogo di due concili provinciali farne uno solo regionale, potranno farne domanda, che sarà bene accolta, sembrando in massima cosa opportuna»⁽⁵⁾.

4. Dopo il 1919 e prima del 1983, vi sono stati alcuni interventi, tesi a modificare gli assetti della regione di Benevento⁽⁶⁾, della Campania, Benevento e Lucano-Salernitana⁽⁷⁾, dell'Emilia e della Flaminia⁽⁸⁾.

(4) S. CONGR. CONCISTORIALIS, *Lettera Circolare all'Episcopato italiano in esecuzione del decreto «Pro conciliorum celebratione in regionibus Italiae» del 15 febbraio 1919*, in AAS XI (1919) pp. 175-177.

(5) In pratica, le regioni individuate diventano 18.

(6) S. CONGR. CONCISTORIALIS, *Sipontina et Vestana Troiana et Fodiana - Decretum*, 29 settembre 1933, in AAS, XXV (1933) p. 466.

(7) S. CONGR. PRO EPISCOPIS, *De Conferentiis Episcoporum Patorialium Regionum Campaniensis, Beneventanae et Lucanae-Salernitanae - Decretum*, 12 settembre 1976, in AAS, LXVIII (1976) pp. 678-680.

(8) S. CONGR. PRO EPISCOPIS, *De Conferentiis Episcoporum Pastoralium Regionum Aemiliae et Flaminiae coniunctione - Decretum*, 8 dicembre 1976, in AAS, LXIX (1977) pp. 156-157. Particolarmente significativo questo decreto, con il quale, dopo aver richiamato che Leone XIII aveva costituito l'unica regione Emilia, che poi Pio X era intervenuto, «mutatis adiunctis», a ridividerla in due (Emilia e Flaminia), si ritorna a formare una sola regione.

Per completezza documentale, occorre richiamare anche il Motu Proprio *Qua Cura*, del 31 dicembre 1938 [in AAS, XXX (1938) pp. 410-413], con cui, nello stabilire i Tribunali ecclesiastici per le cause di nullità matrimoniale, si individuano 18 regioni (Emilia e Romagna sono ancora divise e figura ancora la Beneventana).

È con l'ultimo decreto della S. Congregazione per i Vescovi, anche se incentrato più sulla Conferenza episcopale e non sulla regione, che si viene a fissare definitivamente, almeno quanto alla qualificazione nominativa, le 16 regioni ecclesiastiche, così come esse si presentano attualmente ⁽⁹⁾.

5. L'accordo di revisione concordataria tra la Santa Sede e la Repubblica Italiana del 18 febbraio 1984 ha determinato anche una revisione degli enti ecclesiastici e dei relativi beni. Uno degli aspetti più significativi, attuato due anni dopo la firma dell'Accordo, è stata l'operazione del riordinamento delle diocesi ⁽¹⁰⁾.

Il processo di assestamento degli enti ecclesiastici italiani, unitamente alla previsione del can. 433 del CIC del 1983 ⁽¹¹⁾, ha fatto riaffiorare l'idea di una strutturazione canonica più precisa delle cosiddette regioni ecclesiastiche, in vista di una loro collocazione all'interno sia dell'ordinamento canonico sia dell'ordinamento giuridico italiano come enti ecclesiastici civilmente riconosciuti.

Lo studio della questione fu avviato, nell'ambito della Conferenza Episcopale Italiana, dalla Commissione episcopale per i problemi giuridici, la quale, nella riunione del 18 febbraio 1987, partendo dall'orientamento verso la costituzione in persona giuridica delle Conferenze Episcopali Regionali, arrivò all'affermazione che «sembra conveniente il riferimento all'ente territoriale, il cui organo giuridico espressivo è la Conferenza Episcopale e il legale rappresentante è il Presidente della Conferenza Episcopale Regionale» ⁽¹²⁾.

Nella stessa sessione, la Commissione chiese all'Ufficio per i problemi giuridici di predisporre «uno schema tipo di statuto». L'11 maggio dello stesso anno, fu esaminata la prima bozza di statuto, che sollevò due problemi: «a) fa difficoltà il rapporto tra Regione Ecclesiastica e Conferenza Episcopale: si potrebbero sollevare problemi teologici, problemi di rappresentanza, problemi in ordine alla non corrispondenza tra Regione Ecclesiastica e Regione Civile; b) lo Statuto in sé va semplificato».

⁽⁹⁾ Pur tenendo presente l'ancora incerta situazione relativa alla regione Lazio.

⁽¹⁰⁾ Cfr. CONFERENZA EPISCOPALE ITALIANA, *Notiziario*, 8, 23 ottobre 1986, pp. 209-226.

⁽¹¹⁾ «§ 1. Se l'utilità lo consiglia, specialmente nei paesi in cui le Chiese sono piuttosto numerose, le provincie ecclesiastiche viciniori, su proposta della Conferenza Episcopale, possono essere riunite dalla Santa Sede in regioni ecclesiastiche. § 2. La regione ecclesiastica può essere eretta in persona giuridica».

⁽¹²⁾ Dal *Verbale* della riunione. Tali verbali si trovano in *Archivio*, presso la sede della Conferenza Episcopale.

Il problema dello statuto venne affrontato dalla Commissione in diverse riunioni successive.

Il 14 gennaio 1992, il Presidente della Commissione, alla riunione dei Presidenti delle Conferenze Episcopali Regionali, illustrò l'o. d. g. n. 4/b, su «Il riconoscimento giuridico delle Regioni Ecclesiastiche o delle Conferenze Episcopali Regionali». Nell'appunto predisposto per l'occasione (V) si legge: «Nell'intento di procedere per l'erezione giuridica e la funzionalità pastorale delle regioni ecclesiastiche e delle Conferenze Episcopali Regionali, la nostra Commissione ha curato la preparazione di una bozza di statuto. È stata presentata alla Congregazione per i Vescovi, che ha poi chiesto il parere della Pontificia Commissione per l'Interpretazione del Codice. È giunta la seguente risposta: 'A giudizio di questa Commissione la suddetta bozza di Statuto sembra essere sostanzialmente in armonia con la natura e le funzioni delle Assemblee Episcopali Regionali, che essa specifica in modo dettagliato'. Da tutto ciò mi pare consti che siamo sulla buona via per ottenere la erezione canonica, o delle Regioni (in conformità al can. 432), o delle Conferenze Episcopali Regionali (seguendo l'apertura offerta dal can. 434). Alla prima soluzione pone difficoltà la non coincidenza geografica di molte Regioni Ecclesiastiche con le corrispondenti civili. Per la seconda proposta, dopo la prudente valutazione della C.E.I., sarà necessario conoscere la 'mens' della Santa Sede».

Il problema venne ripreso nel Consiglio Episcopale Permanente del 9-12 marzo 1992, il cui o. d. g. n. 6/b prevedeva: «Problemi concernenti le Conferenze Episcopali Regionali e le circoscrizioni diocesane d'Italia»⁽¹³⁾.

Successivamente la Commissione per i problemi giuridici tornò ad esaminare lo statuto, rilevando la necessità di elaborare uno schema 'breve', contenente soltanto gli articoli essenziali.

Si giunse così al 18 novembre 1992, quando, con lettera Prot. n. 821/92, il Presidente della C.E.I. ha inviato al Prefetto della Congregazione per i Vescovi la domanda formale per il riconoscimento giuridico

(13) Da tale appunto si apprende che «il giorno 6 marzo 1992 si è svolta presso la Congregazione per i Vescovi una riunione dedicata all'esame di alcuni problemi attinenti le Conferenze Episcopali Regionali e le circoscrizioni diocesane d'Italia...In linea operativa, si è convenuto quanto segue: a) la Presidenza della C.E.I., avuto il consenso del Consiglio Episcopale Permanente nella prossima riunione (9-12 marzo 1992), presenterà formale domanda alla Congregazione per i Vescovi in ordine al riconoscimento della personalità giuridica canonica pubblica alle 16 regioni ecclesiastiche d'Italia; b) alla domanda sarà allegata una bozza di statuto della regione ecclesiastica, fondamentalmente uniforme (salvi gli adattamenti che si renderanno necessari soprattutto per le regioni comprendenti il territorio di più regioni civili); c) alla domanda sarà allegata anche una mappa precisa delle modifiche di confini diocesani che si rendono necessarie per adeguare i confini regionali ecclesiastici a quelli civili...».

delle regioni ecclesiastiche, allegando due fattispecie di statuto: «una forma lunga prevalentemente incentrata sulla Conferenza Episcopale Regionale quale organo giuridico della regione; una forma breve incentrata esclusivamente sulla regione intesa quale ente, con il rinvio a un eventuale regolamento per quanto attiene al funzionamento interno della Conferenza Episcopale Regionale...»⁽¹⁴⁾.

Nella prima metà del 1993, tra la Conferenza Episcopale Italiana e la Congregazione per i Vescovi, vi è stato uno scambio di più lettere, tendenti a mettere a fuoco alcune problematiche specifiche⁽¹⁵⁾.

Dopo alcune incertezze e accurate valutazioni delle questioni implicate, con scambi di pareri, scritti e verbali, tra la Congregazione per i Vescovi, la Nunziatura Apostolica e la Conferenza Episcopale Italiana, si è giunti all'emanazione dei decreti, con i quali sono state erette in persona giuridica canonica pubblica le 16 regioni ecclesiastiche d'Italia, così denominate: Abruzzo-Molise, Basilicata (Lucania), Calabria, Campa-

(14) La lettera riassume così lo 'status quaestionis': «Il giorno 6 marzo 1992, in una riunione presso codesta Congregazione per i Vescovi, sono stati esaminati alcuni problemi attinenti le Conferenze Episcopali Regionali e le circoscrizioni diocesane d'Italia. In merito all'opportunità del riconoscimento canonico e civile delle Regioni ecclesiastiche o delle Conferenze Episcopali, dopo ampia e approfondita riflessione, è prevalso l'orientamento di conformarsi alle disposizioni del Codice di diritto canonico, che al can. 433, prevede la possibilità di attribuire la personalità giuridica canonica alla 'regione ecclesiastica', intesa come 'coniunctio' di 'provinciae ecclesiasticae viciniores'... Il Consiglio Episcopale Permanente di questa Conferenza Episcopale, nella sessione 9-12 marzo 1992, ha espresso il suo consenso alla soluzione prospettata, anche se essa comporta alcuni problemi delicati in ordine alla sua applicabilità alla realtà strutturale delle regioni ecclesiastiche così come esse si presentano attualmente in Italia. Tenuto conto di quanto premesso, la Presidenza della Conferenza Episcopale Italiana presenta domanda a codesta Congregazione al fine di ottenere il riconoscimento giuridico canonico delle regioni ecclesiastiche nell'attuale numero di 16, l'approvazione dello statuto relativo e la deroga alla disposizione del can. 433 per le sei 'regioni' che sono ora un'unica provincia (Basilicata, Calabria, Lazio, Liguria, Lombardia, Umbria)».

(15) Tali problematiche possono essere così compendiate: il nome da dare alla Basilicata (Lucania); il fatto che la provincia ecclesiastica della Basilicata sia già riconosciuta civilmente come provincia; la questione della deroga al can. 433, § 1, per le 'regioni' in cui figura una sola provincia ecclesiastica, con l'aggiunta di alcune diocesi 'immediatamente soggette'; la questione della eventuale abrogazione della personalità giuridica canonica delle provincie, stante il fatto che, conferendo personalità giuridica alle regioni, si vengono a sovrapporre due o più persone giuridiche insistenti sullo stesso territorio; la possibilità di trasferire ai Vescovi della regione le competenze di cui ai canoni 952, § 1 e 1264; la modalità di specificazione del patrimonio nello statuto; la necessità o meno di un vero e proprio decreto istitutivo o di un decreto puramente «di carattere ricognitivo» per alcune regioni; la convenienza di inserire nello statuto il riferimento al can. 434 («entro i limiti stabiliti dal can. 434 CIC»).

nia, Emilia-Romagna (Emilia-Flaminia) Liguria, Lombardia, Lazio, Puglia, Marche (Picena), Piemonte, Sardegna, Sicilia, Toscana (Etruria), Triveneto, Umbria⁽¹⁶⁾.

Mario Marchesi

(16) Cfr. AAS, LXXXVII (1995) pp. 369-391. Per otto regioni ecclesiastiche è stata introdotta la deroga al can. 433, § 1 C.I.C. Per dieci regioni ecclesiastiche è stata inserita una variazione all'art. 5 dello statuto predisposto, con la quale si stabilisce che gli accordi fatti tra regione ecclesiastica e regione civile « vim habent obligandi etiam Ordinarios, ad aliam Episcoporum Conferentiam pertinentes, pro suarum Ecclesiarum parte quae intra fines regionis civilis ... sita est. Qui Ordinarii, tamen, antequam aliam pactio conficiatur, audiendi sunt ». Undici regioni ecclesiastiche 'sconfinano' rispetto a quelle civili (con entità territoriali più o meno consistenti). Tre regioni ecclesiastiche risultano costituite ciascuna da due o tre regioni civili. Lo statuto approvato è in forma breve, costituito da 12 articoli.

LEGISLAZIONE PARTICOLARE

CONSIGLIO DELLE CONFERENZE DEI VESCOVI D'EUROPA (CCEE). **Statuto**, 2 dicembre 1995 (*Notiziario CEI*, 2 settembre 1996, p. 211-216) (*).

Decreto di approvazione

Per rafforzare l'affetto collegiale e prestarsi reciproco aiuto tra Conferenze Episcopali d'Europa, è sorto il Consilium Conferentiarum Episcoporum Europae (CCEE), le cui norme direttive furono approvate dal Sommo Pontefice Paolo VI nell'udienza del 10 gennaio 1977.

Trascorsi da allora quasi vent'anni, sono state presentate alla Santa Sede le nuove norme, che devono opportunamente promuovere una più stretta congiunzione tra le Conferenze e una più stretta collaborazione con la Sede Apostolica.

Il Sommo Pontefice Giovanni Paolo II, nell'udienza del giorno 2 dicembre 1995, sulla base di quanto riferitogli dal sottoscritto Prefetto della Congregazione per i Vescovi e sentita la Segreteria di Stato, ha valutato e approvato il nuovo Statuto del Consiglio delle Conferenze dei Vescovi d'Europa, secondo l'esemplare allegato.

Lo stesso Statuto, perciò, secondo i modi e i tempi determinati dallo stesso Consiglio delle Conferenze dei Vescovi d'Europa, potrà essere promulgato.

Dato a Roma, dalla sede della Congregazione per i Vescovi, il 2 dicembre 1995.

Bernardin card. Gantin prefetto
Jorge María Mejía segretario

Testo dello statuto

ART. 1. (*Natura e finalità*). — Il Consiglio delle Conferenze dei Vescovi d'Europa (CCEE) è un organismo di comunione tra le Conferenze Episcopali d'Europa, che ha come fine, in un mondo che tende

(*) Vedi *nota* di J. González-Ayesta alla fine del documento.

verso una più piena unità, la promozione e la custodia del bene della Chiesa. E in particolare:

— l'esercizio della collegialità nella comunione gerarchica *cum et sub* il Romano Pontefice;

— la pratica di una più stretta comunicazione e cooperazione tra i Vescovi e le Conferenze Episcopali europee, nel rispetto della funzione e delle competenze proprie di ciascuno, per promuovere e ispirare la nuova evangelizzazione in ambito europeo;

— la promozione della comunione con i consigli delle Conferenze Episcopali degli altri continenti;

— il sostegno alla collaborazione ecumenica in Europa, per ristabilire l'unità dei cristiani;

— la testimonianza ecclesiale nella società europea.

ART. 2. (*Funzioni*). — In vista dell'adempimento delle finalità esposte all'art. 1, il Consiglio delle Conferenze dei Vescovi d'Europa:

— cura la collaborazione e la comunicazione delle Conferenze Episcopali nelle iniziative della nuova evangelizzazione;

— provvede alla comunicazione delle risorse, delle esperienze pastorali e delle informazioni;

— coopera con i consigli delle Conferenze Episcopali degli altri continenti;

— in ambito ecumenico collabora in modo speciale con la Konferenz Europäischer Kirchen (KEK, Conferenza delle Chiese europee);

— attraverso la sua funzione rende presente la Chiesa nella società europea.

ART. 3. (*Membri*). — § 1. Al Consiglio delle Conferenze dei Vescovi d'Europa appartengono quali membri tutte le Conferenze Episcopali presenti in Europa, rappresentate di diritto dal loro Presidente, che gode di voto deliberativo. Ogni Conferenza Episcopale ha diritto di inviare un secondo Vescovo alle Assemblee con voto solamente consultivo.

§ 2. Qualora il Presidente di una Conferenza Episcopale sia impedito, dimandi il diritto di voto deliberativo al secondo Vescovo della sua Conferenza Episcopale, di cui al § 1, oppure in sua mancanza deleghi un altro Vescovo della sua Conferenza Episcopale perché partecipi all'Assemblea con voto deliberativo.

§ 3. L'Assemblea plenaria può equiparare ai Presidenti delle Conferenze Episcopali i Vescovi rappresentanti dell'episcopato delle regioni in cui non è stata costituita una Conferenza Episcopale.

§ 4. I Vescovi che non appartengono a Conferenze Episcopali saranno associati in modo opportuno alle attività del Consiglio delle Conferenze dei Vescovi d'Europa.

ART. 4. (*Organi*). — § 1. Si tenga almeno un'Assemblea plenaria l'anno, in data e luogo fissati dalla precedente Assemblea plenaria o dalla Presidenza.

L'Assemblea plenaria è convocata inoltre su richiesta della stessa Assemblea o della Presidenza o di almeno dieci membri.

Gli atti collegiali si compiono a norma del can. 119 nn. 1 e 2 del *CJC*.

Le dichiarazioni del Consiglio delle Conferenze dei Vescovi d'Europa possono essere emesse qualora, presenti almeno i due terzi dei membri, vi sia unanimità, e devono essere trasmesse alla Santa Sede prima della pubblicazione.

L'ordine del giorno, steso dal Presidente, e il verbale, redatto dal Segretario Generale, vengono inviati in tempo utile tanto ai membri del Consiglio delle Conferenze dei Vescovi d'Europa quanto alla Congregazione per i Vescovi.

§ 2. La Presidenza, che guida i lavori del Consiglio delle Conferenze dei Vescovi d'Europa, è composta dal Presidente e dai due Vice-Presidenti eletti dall'Assemblea plenaria tra i Presidenti delle Conferenze Episcopali per un quinquennio; trascorso tale periodo possono essere confermati per un altro quinquennio.

Il Presidente, qualora cessi dalla funzione di presidente della propria Conferenza Episcopale, rimane in quella di Presidente o Vice-Presidente del Consiglio delle Conferenze dei Vescovi d'Europa nei pieni diritti che gli competono per la carica.

§ 3. Il Presidente rappresenta il Consiglio delle Conferenze dei Vescovi d'Europa.

§ 4. L'Assemblea plenaria nomina o istituisce delegati o commissioni permanenti perché si occupino stabilmente di questioni relative a un determinato genere di problemi o a una particolare categoria di persone; dalla Presidenza possono essere costituite commissioni *ad tempus* (ad esempio per la preparazione dell'Assemblea, ecc.).

§ 5. Il Segretario Generale, che dirige il Segretariato del Consiglio delle Conferenze dei Vescovi d'Europa secondo modalità definite dal Presidente, viene eletto per un quinquennio dall'Assemblea plenaria.

Il Segretariato è a servizio dell'Assemblea plenaria, della Presidenza, del Presidente, dei delegati e delle commissioni, e inoltre chiede i documenti e i decreti alle Segreterie delle singole Conferenze Episcopali e comunica per questioni di utilità con i membri del Consiglio delle Conferenze dei Vescovi d'Europa.

Gli aiutanti maggiori del Segretariato (ad esempio il Segretario aggiunto), sono nominati dalla Presidenza.

§ 6. La sede del Segretariato è definita dall'Assemblea plenaria, tenuto conto del parere della Presidenza.

ART. 5. (*Collaborazione speciale*). — La collaborazione degli Episcopati delle nazioni dell'Unione europea, negli ambiti che riguardano la

stessa Unione europea, viene demandata alla Commissione degli Episcopati della Comunità Europea (COMECE), che deve esercitare le sue funzioni, nel rispetto della propria natura definita nello Statuto, in stretta comunione con il Consiglio delle Conferenze dei Vescovi d'Europa e i suoi Organi.

ART. 6. (*Attività*). — § 1. Qualora circostanze particolari o la necessità pastorale lo consiglino, l'Assemblea plenaria stabilisce:

- la convocazione di congressi o simposi dei Vescovi;
- assemblee cosiddette « di settore », a cui sono invitati i Vescovi che nelle rispettive Conferenze Episcopali rivestono una funzione speciale (ad esempio per la pastorale dei migranti, per i mezzi di comunicazione sociale);
- la convocazione di Assemblee ecumeniche europee;
- altre attività per l'adempimento delle finalità e delle funzioni (di carattere internazionale) previste per il Consiglio delle Conferenze dei Vescovi d'Europa, di cui agli artt. 1-2.

Prima che tali decisioni siano portate a compimento, conviene che sia interpellata la Santa Sede.

A questi congressi e assemblee sia invitata la Sede Apostolica.

§ 2. Per diffondere l'informazione e discutere i problemi comuni il Segretario Generale invita i Segretari delle Conferenze episcopali europee a riunirsi, d'accordo con la Presidenza.

ART. 7. (*Spese*). — Le spese vengono sostenute da contribuzioni volontarie delle Conferenze Episcopali, a cui il Segretariato chiede di partecipare secondo la volontà e le possibilità.

ART. 8. (*Modificazione dello Statuto*). — Lo Statuto può essere modificato con il consenso dei due terzi dei membri del Consiglio delle Conferenze dei Vescovi d'Europa che godono del voto deliberativo e con il consenso della Sede Apostolica.

La riforma degli statuti del Consiglio delle conferenze dei Vescovi d'Europa⁽¹⁾

Con decr. del 2 dic. 1995, sono stati approvati i nuovi statuti del *Consilium Conferentiarum Episcoporum Europae* (CCEE), che sostituiscono le *Normae Directivae* in vigore dal 1977⁽²⁾.

Il Consiglio era stato costituito nel 1971, nel contesto delle finalità pastorali indicate nel decr. conciliare *Christus Dominus* (n. 38, 5) e poi precisate nel m. p. *Ecclesiae Sanctae* (I, 41, 5). Oggi, queste finalità trovano spazio nel c. 459 del CIC '83 che afferma: «*foveantur relationes inter Episcoporum Conferentias, praesertim viciniores, ad maius bonum promovendum ac tuendum*». Tuttavia, il Codice di Diritto Canonico non contiene una normativa su quelle che attualmente sono chiamate «*Riunioni Internazionali di Conferenze Episcopali*», tra le quali si annovera appunto il CCEE⁽³⁾.

Il Consiglio delle Conferenze dei vescovi d'Europa non è una conferenza episcopale, né ha le competenze ad esse spettanti. È un organismo di comunione creato per offrire un'adeguata risposta al bisogno di opportune forme di collaborazione fra le Chiese d'Europa⁽⁴⁾.

La revisione dei suoi statuti è legata in parte agli avvenimenti storici che in tempo molto breve hanno cambiato la fisionomia d'Europa⁽⁵⁾; in parte alla sempre più sentita necessità di una nuova evangelizzazione. L'assemblea speciale del Sinodo dei Vescovi per l'Europa dell'anno 1991 ha rappresentato una tappa importante in tale prospettiva, e da essa sono scaturiti orientamenti e proposte per il lavoro del

(1) Parliamo di Consiglio delle *conferenze dei vescovi*, e non di Consiglio delle *conferenze episcopali*, poiché questa è la terminologia usata nel Decreto di approvazione dei nuovi statuti, nonché negli statuti stessi, così come essi sono stati pubblicati sul *Notiziario della C.E.I.* (cf., n. 6, 2 settembre 1996, pp. 211-216).

(2) In seguito, queste ultime verranno citate semplicemente come *Normae*, più il numero quando necessario. Esse non apparirono sugli AAS, ma furono pubblicate come appendice del fascicolo *Conspectus Conferentiarum Episcoporum Europae, status: 1 januarii 1977, editio altera, cura Secretariatum Conferentiarum Episcoporum Europae, 1977*. Cf. FELICIANI, *Il Consiglio delle conferenze episcopali d'Europa*, in *Ius Canonicum* 19 (1979) n. 38, p. 31, nota 6.

(3) Cf. *Annuario Pontificio* per il 1996, p. 1109 e 1110.

(4) Cf. GIOVANNI PAOLO II, *Allocutio ad praesides Conferentiarum Episcoporum ab omni Europa*, n. 1, AAS 86 (1994) p. 227.

(5) Giovanni Paolo II, diceva ai Presidenti delle conferenze episcopali europee: «Di fronte alla nuova situazione, il cui inizio risale all'anno 1989, è sorta la necessità di una nuova impostazione soprattutto delle strutture del Consiglio (...), perché di per sé questo Consiglio comprende la Chiesa in tutto il continente» (*Prolusione ai Presidenti delle Conferenze Episcopali Europee* - 1.XII.1992 -, *L'Osservatore Romano*, 3.XII.1992, p. 4-5).

CCEE⁽⁶⁾. Tutto ciò cominciò ad essere studiato un anno dopo, in una riunione dei Presidenti delle conferenze episcopali europee, che ebbe luogo in Vaticano nel dicembre del 1992. Di seguito, il Santo Padre, accogliendo il voto espresso dai partecipanti, dispose che i presidenti delle conferenze episcopali europee diventassero membri ordinari del Consiglio⁽⁷⁾. Ad essi spettava, da quel momento, il compito di «dedicarsi in maniera diretta alla ristrutturazione di tale importante organo di collegamento fra i diversi episcopati del continente»⁽⁸⁾.

In questo contesto, dunque, sono stati elaborati i nuovi statuti del Consiglio. Essi seguono, per quanto riguarda la divisione delle materie, la stessa sistematica delle *Normae*. Queste ultime, tuttavia, erano divise in 14 numeri, mentre i nuovi statuti si compongono di 8 articoli, suddivisi in paragrafi. Passiamo ora ad esaminarli, limitandoci a sottolineare le differenze rispetto alle norme anteriori. Per meglio mostrare quali esse siano, abbiamo deciso di seguire l'ordine del nuovo articolato, rinunciando ad un approccio sistematico⁽⁹⁾.

a) *Natura e finalità del Consiglio (art. 1).*

Nelle *Normae* questa parte constava di due numeri: il primo riferito ai fini, e il secondo più in rapporto con la natura del Consiglio, poiché chiariva che esso «*nullam habet potestatem iuridicam in Conferentias Episcopales, vel Ecclesias particulares*». I nuovi statuti sviluppano di più quanto si riferisce ai fini, in corrispondenza con quanto detto sopra sul nuovo contesto europeo⁽¹⁰⁾. Non c'è in essi, però, alcun riferimento diretto alla mancanza di potestà giuridica del Consiglio, che viene semplicemente caratterizzato come «organismo di comunione» (cf. art 1). Per meglio capire quale sia la portata di questa espressione, può essere

(6) Cf. GIOVANNI PAOLO II, *Allocutio ad praesides...*, cit., nn. 2 e 3, AAS 86 (1994) pp. 227-229.

(7) Cf. Annuario Pontificio per il 1996, p. 1784, dove si fa riferimento ad una lett. del Cardinale Segretario di Stato, in data 15 febb. 1993.

(8) Cf. GIOVANNI PAOLO II, *Messaggio del Santo Padre ai partecipanti nella riunione del CCEE*, 14.IV.1993, in L'Osservatore Romano del 16.IV.1993, p. 5.

(9) Questa prospettiva ci è sembrata interessante per cercare di rilevare quale sia la portata dei cambiamenti operati. Del resto, uno studio più completo sul Consiglio, si può trovare nell'articolo di FELICIANI (cit. in nota 2); studio che pur risalendo al 1979, continua ad essere valido per capire quest'organismo.

(10) Giovanni Paolo II, parlando ai Presidenti delle conferenze episcopali europee (cit. in nota 4), oltre a sottolineare la necessità di una maggiore comunicazione e cooperazione tra gli Episcopati europei, indicava che il CCEE era chiamato a realizzare in futuro importanti compiti: promuovere la nuova evangelizzazione, favorire la cooperazione ecumenica e stimolare la comunione con i consigli delle conferenze episcopali degli altri continenti.

di aiuto l'articolo 1 degli statuti del CELAM. In essi si afferma che « il Consiglio episcopale latino-americano è un organismo di *contatto, riflessione, collaborazione e servizio* tra le conferenze episcopali di America Latina »⁽¹¹⁾. A nostro avviso tutte queste note caratterizzano bene che cosa sia un « organismo di comunione ». Sembra, dunque, che tale formulazione sia sufficiente per chiarire che il CCEE è un organo senza potestà giuridica. Perciò è possibile affermare che la soppressione di quel n. 2 delle *Normae* non comporta una diversa valutazione né circa la natura del Consiglio, né circa il tipo di rapporto che intercorre tra questi e i suoi membri. Una riprova di ciò si trova nel fatto che lo stesso art. 1 dei nuovi statuti parla del rispetto della funzione e delle competenze dei vescovi e delle conferenze episcopali.

Nonostante ciò, è altrettanto vero che oggi si parla spesso del « governo in comunione », per indicare un certo modo di esercitare la potestà nella Chiesa. Forse sarebbe stato utile, a scanso di equivoci, riaffermare chiaramente la mancanza di potestà giuridica del Consiglio, come si faceva nelle *Normae*.

b) *Funzioni (art. 2).*

Una semplice lettura dell'articolo 2 degli statuti è sufficiente per accorgersi della differente impostazione che esso presenta rispetto al numero 3 delle *Normae*. Queste ultime indicavano come compito principale del Consiglio il favorire diversi tipi di scambio (d'informazioni, di documenti, di esperienze pastorali, ecc.) tra i membri⁽¹²⁾. Si potrebbe, quindi, dire che, secondo le *Normae*, erano appunto i membri, singolarmente considerati, che assumevano un ruolo di primo piano. Di fatti, quegli scambi tra le conferenze potevano in qualche maniera essersi verificati anche se il Consiglio non fosse stato costituito (ovviamente con delle maggiori difficoltà). I nuovi statuti mantengono come uno dei compiti del Consiglio quello di curare la collaborazione e la comunicazione delle conferenze episcopali. Essi, però, presentano anche delle funzioni riguardanti la collaborazione e la cooperazione del Consiglio con soggetti diversi dai suoi propri membri. Questo tipo di funzioni, dal momento che non riguardano i rapporti esistenti tra le singole conferenze — bensì i rapporti dell'insieme con terzi soggetti — fanno sì che il Consiglio stesso assuma un ruolo più rilevante. Così accade, ad esempio, quando si afferma (art. 2) che il Consiglio « coopera con i consigli delle Conferenze Episcopali degli altri continenti » e che « in ambito

(11) *Estatutos del CELAM*, pubblicati dal Segretariato Generale dello stesso organismo, Bogotà 1975. La traduzione è il sottolineato sono nostri.

(12) Infatti, dei 5 *munera* elencati, i primi 4 cominciavano nello stesso modo, facendo riferimento alle conferenze episcopali: *sibi invicem communicent...*; *sibi invicem transmittant...*; *sibi invicem significant...*; *sibi invicem proponant...* (cf. *Normae*, n. 3).

ecumenico collabora in modo speciale con la Konferez Europäischer Kirchen».

Quanto abbiamo appena detto evidenzia un cambio di prospettiva della norma giuridica. Cambio che, da una parte, sembra essere frutto dell'esperienza vissuta in questi anni passati; e dall'altra guarda verso l'avvenire. Pensiamo, dunque, che questo nuovo elenco di funzioni riflette meglio ciò che, in qualche modo, era già presente in questi anni di attività del consiglio.

c) *Membri (art. 3).*

Le *Normae* dedicavano a questo tema solo un numero. Gli attuali statuti appaiono più articolati, poiché quest'articolo è diviso in quattro paragrafi.

Anzitutto occorre sottolineare che la condizione di membro del consiglio è attribuita alle stesse conferenze episcopali d'Europa, rappresentate di diritto dal proprio presidente, che ha voto deliberativo. Esse, inoltre, possono inviare un altro vescovo alle riunioni, ma con voto soltanto consultivo (art. 3, § 1). Di conseguenza, le regioni dell'Europa nelle quali non esiste un'organizzazione unitaria dell'episcopato, non sono membri. Tuttavia, i vescovi rappresentanti dell'episcopato di queste regioni, possono essere equiparati, dall'assemblea plenaria, ai presidenti delle conferenze episcopali (art. 3, § 3). In passato, invece, potevano inviare soltanto un delegato alle riunioni su invito del Presidente del CCEE (cf. *Normae*, n. 4)⁽¹³⁾. Tuttavia non è molto chiara la portata di questa equiparazione. Pare che essa si riferisca soltanto al fatto di avere voto deliberativo, e che, invece, non comprenda la possibilità di essere eletto per incarichi di presidenza (cf art. 4, § 2).

Per quanto riguarda la possibilità di farsi rappresentare, le norme anteriori erano molto generiche, limitandosi a dire che «*Episcopi vices gerentes Episcoporum delegatorum pleno iure in sessionibus plenariis intersunt*» (cf. *Normae*, n. 4). Invece, il § 2 dell'art. 3 degli attuali statuti si

(13) Nel 1988, i membri del Consiglio erano 25: le venti conferenze episcopali allora esistenti in Europa, più i rappresentanti degli episcopati di Cecoslovacchia, Romania, Bulgaria e Lituania, ai quali si aggiungeva il vescovo di Lussemburgo, dove soltanto esiste una diocesi (cf. I. FURER, *Las conferencias episcopales en sus relaciones reciprocas*, in AA.VV., *Naturaleza y futuro de las conferencias episcopales*, Salamanca 1988, p. 198; R. ASTORRI, *Gli statuti delle conferenze episcopali d'Europa*, CEDAM-Padova, 1987, p. 50). Oggi, in questi paesi appena elencati, ad eccezione del Lussemburgo, esistono già conferenze episcopali regolarmente erette. Inoltre, anche negli ultimi anni, sono state create le conferenze episcopali di Croazia, Bosnia-Erzegovina e Slovenia. Questi dati fanno pensare che il disposto dell'art. 3, § 3 dei nuovi statuti, tendente a rafforzare la presenza nel Consiglio di quelle zone dell'est d'Europa in cui non era stato ancora possibile costituire le conferenze episcopali, trova ad oggi scarsa applicazione.

riferisce concretamente al caso in cui il presidente della conferenza sia impedito, è dispone che questi demandi il diritto di voto deliberativo a un altro vescovo della medesima conferenza episcopale⁽¹⁴⁾. Sembra, dunque, che non si stia pensando tanto ad un diritto, quanto ad una sorte di obbligo dei presidenti. Secondo noi, in questa prospettiva, il senso della norma è di garantire che le conferenze siano sempre presenti, con voce attiva e per mezzo di uno dei suoi componenti, nelle riunioni del Consiglio. A questo proposito, ci sembra significativo, ad esempio, che l'art. 5. degli statuti del CELAM parli di un *dovere* dei presidenti delle conferenze episcopali dei paesi latino-americani di prendere parte nelle Assemblies.

Alla fine di questo articolo 3 si stabilisce che i vescovi che non appartengono alle conferenze episcopali, saranno associati in modo opportuno alle attività del consiglio. Forse sarebbe stato più adeguato includere questa norma nell'art. 6, che parla appunto delle attività, se non si vuole pensare che tali vescovi possano essere invitati a prendere parte nelle medesime assemblee del Consiglio.

Prima di concludere questa parte, vorremmo rilevare che, a nostro avviso, l'uso del termine *membro*, negli attuali statuti, non sembra, da un punto di vista tecnico, molto coerente. Pare, infatti, che non si sia riuscito a distinguere adeguatamente la condizione di membro del Consiglio dalla condizione di membro dell'assemblea generale⁽¹⁵⁾.

d) *Gli organi (art. 4).*

In primo luogo, si parla appunto dell'assemblea plenaria, e ci sono due novità che è interessante rilevare. Per quanto riguarda la normativa sugli atti collegiali, mentre le *Normae* si limitavano a dire che le elezioni si dovevano fare secondo i canoni del CIC (cf. n. 5), gli attuali statuti

(14) Conviene precisare che se la conferenza episcopale ha già inviato un altro vescovo al Consiglio (cf. art. 3, § 1), il voto deliberativo deve essere demandato a questo secondo vescovo.

(15) Membri del Consiglio sono le conferenze episcopali d'Europa (art. 3, § 1). Membri dell'assemblea plenaria sarebbero invece: *a) con voto deliberativo*: i presidenti delle conferenze episcopali (art. 3, § 1), i vescovi ad essi equiparati dall'assemblea (art. 3, § 3) e, secondo noi, stando all'art. 4, § 2, anche i membri della presidenza del CCEE, pur non essendo più presidenti della propria conferenza episcopale; *b) con voto soltanto consultivo*: gli altri vescovi che possono essere inviati dalle conferenze (art. 3, § 1).

Tuttavia, sembra che si confondano queste due condizioni quando nell'art. 8 si dice: «lo statuto può essere modificato con il consenso dei due terzi dei membri del Consiglio delle conferenze dei vescovi d'Europa che godono del voto deliberativo». Ciò potrebbe creare qualche problema interpretativo, dal momento che non tutti coloro che hanno voto deliberativo sono rappresentanti dei membri del Consiglio in senso proprio, cioè delle conferenze episcopali d'Europa.

stabiliscono che tali atti (in genere, non solo le elezioni) si fanno a norma del c. 119 1-2 CIC. Si introduce, però, un'eccezione che riguarda le Dichiarazioni del Consiglio⁽¹⁶⁾: un tipo di atto collegiale non previsto nelle *Normae*, e che costituisce, per l'appunto, l'altra novità a cui facciamo riferimento⁽¹⁷⁾. Il termine « dichiarazione » è di per sé abbastanza ampio, e non dice molto sulla natura formale di un atto, anche se sembra indicare che esso non possa essere vincolante giuridicamente. Del resto, alla stessa conclusione sembra portare la caratterizzazione, già sopra accennata, del Consiglio come organismo di comunione. Tuttavia, occorre tenere presente che nel governo della Chiesa a volte esistono atti che, pur non essendo formalmente vincolanti, hanno materialmente un'influenza non indifferente. Perciò, un'adeguata valutazione della rilevanza di tali « dichiarazioni », potrà farsi soltanto *a posteriori*. Ad ogni modo esse debbono essere trasmesse alla Sede Apostolica prima della pubblicazione. Tale sistema di controllo, però, non sembra avere il carattere di una *recognitio*⁽¹⁸⁾.

Il secondo degli organi del Consiglio (art. 4 § 2) è la presidenza. Essa consta di un presidente (che a norma del § 3, rappresenta il Consiglio) e due vice-presidenti, eletti dall'assemblea generale tra i presidenti delle conferenze episcopali. Tuttavia, la Presidenza o Vice-presidenza del CCEE, non si perdono nel momento in cui termina l'incarico di Presidente della propria conferenza. Inoltre, il mandato passa da tre a cinque anni, con possibilità di conferma per un altro quinquennio. Il senso di queste ultime disposizioni sembra essere quello di dare alla presidenza del Consiglio una maggiore stabilità, che consenta di realizzare più facilmente i progetti, nonché di garantire più continuità nella guida dei lavori.

Si parla poi dei delegati e delle commissioni. I precedenti statuti si limitavano ad indicare che l'assemblea plenaria poteva nominare delegati o istituire commissioni, quando fosse opportuno (cf. *Normae*, n. 7). Oggi, la normativa (art. 4, § 4) è sostanzialmente la stessa, anche se si distinguono due tipi di commissioni: le permanenti (per trattare stabilmente determinate questioni) e quelle *ad tempus*. Inoltre, queste ultime

(16) Eccezione giacché, in questo caso, il *quorum* di costituzione è dei due terzi dei membri, e inoltre si richiede il consenso di tutti i presenti (non è sufficiente la maggioranza) per l'approvazione.

(17) Tuttavia, si può ricordare che già negli anni 1980 e 1987, i presidenti delle conferenze episcopali d'Europa pubblicarono, a nome loro e non delle conferenze, due dichiarazioni (cf. I. FURER, *Las conferencias...*, o.c., p. 197).

(18) Secondo noi, l'esistenza di questa forma di controllo starebbe a confermare che le dichiarazioni che il Consiglio può emanare, pur non vincolando i membri, avrebbero un'importanza da non sottovalutare.

possono essere istituite dalla presidenza senza l'intervento dell'assemblea.

Gli ultimi due organi (§§ 5 e 6) sono il segretario generale e la segreteria. Le novità in confronto con i vecchi statuti (cf. *Normae*, n. 8) si possono sintetizzare così: 1) il Segretario è eletto per cinque anni anziché per tre; 2) egli dirige la Segreteria secondo modalità definite dal Presidente; 3) la Presidenza nomina gli aiutanti maggiori del segretario; 4) l'assemblea generale determina la sede della Segreteria, tenendo conto del parere della Presidenza⁽¹⁹⁾.

e) *Collaborazione speciale (art. 5).*

Per quanto attiene a questo punto, si può rilevare un cambio di prospettiva. Le *Normae* parlavano in genere della promozione della collaborazione tra le conferenze episcopali vicine o limitrofe, indicando alcuni possibili mezzi per realizzarla (cf. nn. 9 e 10). Invece, oggi si fa riferimento in concreto alla collaborazione fra gli episcopati delle nazioni che appartengono all'Unione europea. Da una parte si chiarisce che tutto ciò che riguarda tale collaborazione spetta alla *Commissio Episcopatum Communitatis Europaeensis* (COMECE)⁽²⁰⁾. Dall'altra si afferma che quest'organismo agisce in stretta comunione con il CCEE. Secondo noi, è possibile intravedere anche qui un'impostazione, già sottolineata a proposito delle funzioni, volta a dare al Consiglio una maggiore rilevanza.

f) *Attività (art. 6).*

La normativa sulle attività del Consiglio coincide, in linea di massima, con quella che nei numeri 11 e 12 delle *Normae* appariva sotto il titolo *Negotia Extraordinaria*. Così, oltre alla possibilità, già prevista nelle *Normae* (cf. n. 11), di convocare congressi o simposi di Vescovi quando le circostanze o le necessità pastorali lo suggeriscano, i nuovi statuti parlano anche della convocazione di riunioni, cosiddette «di settore», di Vescovi che rivestono una stessa funzione speciale nelle rispettive conferenze episcopali, nonché di assemblee ecumeniche europee (art. 6, § 1). Ed è da rilevare che, prima di portare a compimento tali decisioni, conviene che sia interpellata la Sede Apostolica, che quindi deve essere invitata a partecipare. D'altra parte, il n. 12 delle *Normae* diceva

⁽¹⁹⁾ Sembra che in queste novità, si possa ravvisare la volontà di dare alla presidenza l'effettiva possibilità di dirigere e controllare l'esecuzione dei lavori, affidata alla segreteria.

⁽²⁰⁾ «La Commissione è stata creata nel 1980 per favorire una cooperazione più stretta tra gli Episcopati degli stati membri della Comunità Europea, e dei medesimi Episcopati con la Santa Sede, (...) sulle questioni pastorali di comune interesse concernenti la stessa Comunità» (Annuario Pontificio per il 1996, p. 1785)

che, quando fosse opportuno, il Segretario poteva *con mandato della Presidenza* convocare i segretari delle conferenze episcopali. Oggi, il § 2 dell'art. 6 contiene la stessa norma, ma dice *d'accordo con la presidenza*.

g) *Spese (art. 7) e modificazione dello statuto (art. 8).*

In questi due articoli finali non vi è alcuna novità per quanto riguarda il contenuto (cf., *Normae*, nn. 13 e 14). Le spese continuano ad essere sostenute da contribuzioni volontarie delle conferenze episcopali. E per modificare gli statuti si esigono gli stessi requisiti di prima: il consenso della Santa Sede, e dei due terzi dei membri; anche se oggi si specifica — tenendo conto della nuova composizione del CCEE — che deve trattarsi dei due terzi dei membri aventi voto deliberativo⁽²¹⁾.

* * *

Alla luce di quanto fin qui detto, si può affermare che dopo la riforma dei suoi statuti, il Consiglio delle conferenze dei vescovi d'Europa conserva essenzialmente la stessa struttura organizzativa. Non si è, dunque, voluto creare una struttura più articolata, come, per esempio, quella del CELAM. Si è voluto, invece, consolidare il Consiglio attraverso alcuni cambiamenti nella composizione, mediante l'affidamento di alcune nuove funzioni, nonché con una maggiore stabilità delle cariche di presidenza, e della carica di segretario generale. Non si deve però dimenticare che lo scopo principale di queste nuove norme è quello di «promuovere una più stretta congiunzione tra le Conferenze e una più stretta collaborazione con la Sede Apostolica»⁽²²⁾. Perciò, il Consiglio deve favorire quanto possa giovare a tale collaborazione, evitando allo stesso tempo di apparire una sorte di «super-conferenza» che oscura le competenze e le responsabilità dei suoi membri.

J. González-Ayesta

(21) Dei dubbi che può suscitare l'interpretazione di questa norma, abbiamo già parlato a proposito del significato del termine membro (vd. sopra, nota 11).

(22) Decreto di approvazione degli statuti del CCEE, 2 dic. 1995.

NUOVA ZELANDA

NEW ZEALAND CATHOLIC BISHOPS CONFERENCE. **Particular Legislation** (*).

Promulgation of the general decrees of the New Zealand Catholic Bishops Conference

The following general decrees have been approved by the New Zealand Catholic Bishops and have been reviewed by the Apostolic See in accordance with canon 455 § 2 (cf. Decree of the Congregation for the Evangelisation of Peoples, Prot. N. 4610/93, 28 October 1993). The New Zealand Catholic Bishops Conference on this the 1st day of October in the year 1994 formally promulgates these decrees and declares that the same come into force on the 1st day of November in the year 1994. This letter and the decrees are to be published in each Diocese using its ordinary means of publication to its clergy and Christifideles.

Given in Wellington, New Zealand this 1st day of October in the year 1994.

† *Leonard A. Boyle*. President

† *Thomas Card. Williams*. Secretary

Canon 230 § 1: Requirements for installation as Lector or Acolyte

Laymen of mature age and exemplary Christian life, judged to be suitable by their diocesan bishop, may be installed on a stable basis in the ministries:

(1) of Lector, after one year of fulltime study in a Catholic Theological Institute;

(2) of Acolyte, after two years of fulltime study in a Catholic Theological Institute.

Canon 236: Programme for the formation of permanent deacons

The Programme of Formation for Permanent Deacons as approved for New Zealand by the Sacred Congregation for Divine Worship and the Discipline of the Sacraments, Prot. no 1187/88, 28 June 1991 is to be followed.

Canon 242: Charter of priestly formation

(*) Vedi *note* di J. T. Martín de Agar alla fine del documento.

In accordance with the prescriptions of canon 242, 'The Charter of Priestly Formation' as approved for New Zealand by the Sacred Congregation for Catholic Education, remains in force until adapted to new circumstances with the approval of the Apostolic See.

Canon 276 § 2 3^o: Obligation of permanent deacons to recite the Liturgy of the Hours

Permanent deacons are obliged to pray the morning and evening prayer of the Liturgy of the Hours each day.

Provision for the appropriate maintenance of infirm, old and retired priests (canons 281 § 2 and 538 § 3) and for the upkeep of a Bishop who has resigned (canon 402 § 2)

While leaving the specifics to be formulated in each diocese in accordance with its own circumstances and customs:

(a) in the exercise of his responsibility, each Diocesan Bishop is to have a specific and funded scheme, adequately designed to provide worthy maintenance and accommodation for all the infirm, elderly and retired priests of his diocese;

(b) a number of priests (ex officio, and representatives of the priests of the diocese) are to be involved in the administration of the scheme;

(c) the adequacy of the scheme is to be reviewed regularly;

(d) the scheme is to apply also to a bishop who has resigned.

Canon 284

The criteria for Clerical dress is to be:

- 1) identifiable as clerics;
- 2) appropriate to the occasion;

It is left to the Diocesan Bishop to be more specific if he judged it appropriate.

Canon 496: Statutes of Presbyteral Councils

In accordance with the prescriptions of canon 496, the New Zealand Catholic Bishops Conference decrees that the Presbyteral Council in each diocese shall have an Executive Committee chaired by the Diocesan Bishop or his delegate.

The Presbyteral Council is to meet at least twice each year.

The mandate of priests elected to the Presbyteral Council or named by the Diocesan Bishop is not less than two years nor more than five, renewable.

The duties of the Presbyteral Council shall be coordinated with those of other diocesan bodies.

Parish registers (canons 535 § 1; 895)

In view of the long-established practice in New Zealand, a Register of Confirmations is to be kept in each parish, rather than in the Central Register at the Diocesan Curia.

In addition to the Registers of Baptism, of Marriages and of Deaths, there is to be in each parish in New Zealand a Register of Confirmations.

Canon 766: Lay preaching

The New Zealand Catholic Bishops Conference hereby decrees that members of the lay faithful, certified by the local Ordinary to be doctrinally competent and of exemplary Christian life may be authorised by him to preach in a Church or Oratory in the following circumstances:

- when there is no priest or deacon who can converse in the language of the people;
- when the Liturgy of the Word is celebrated without a priest or deacon;
- when seminarians who have completed their studies in theology are sent to parishes as part of their pastoral formation;
- when the Diocesan Bishop judges it opportune.

In conformity with Canon 767 § 1, the homily is always to be given by a priest or deacon. For children's Masses, however, the norms contained in the Directory on Children's Masses continue to apply.

Canons 772 § 2 and 831 § 2: Preaching on radio and television

In order to participate occasionally in a radio-television broadcast, it is sufficient for a cleric or a religious priest to have the authorisation to preach and possess the necessary competency.

For other members of Religious Institutes, it is necessary to have the authorisation of their own Major Superior.

In difficult situations and excepting emergency, the Ordinary of the place where the broadcast will be transmitted, or his delegate, will be consulted.

In order to take part, on a permanent basis, in radio-television broadcasts, a cleric must have the authorisation, and a Religious must have the permission of his or her Ordinary; and for broadcasts which are transmitted nationally, the authorisation of the President of the Episcopal Conference or the Episcopal Deputy for Catholic Communications is necessary.

Canon 788 § 3: Arrangement of the catechumenate

1. (a) Those requesting admittance to the Catechumenate must do so freely. They must lead a life in harmony with the Gospel and the Church and, if married, they must be in a marital state recognised by the Catholic Church.

(b) Those adults desiring to become members of the Church are normally to be instructed in a catechumenate programme in their parish.

(c) The content of the instruction is to be in accord with the 1992 Catechism of the Catholic Church, so that catechumens are introduced

into the beliefs, liturgy, life of faith and the apostolic work of the Church.

(d) It is the responsibility of the parish priest to ensure that the duration of the programme and the contents of the instruction are adequate for each individual.

(e) Catechists and sponsors must have an adequate knowledge of the Catholic faith and lead a life in accordance with Church teaching.

2. Catechumens may:

(a) apply for tagged positions in Catholic Integrated Schools;

(b) be granted preferential enrolment for their children at Catholic Integrated Schools;

(c) celebrate the Catholic form of marriage and receive blessings and ecclesiastical burial.

3. Children of a catechetical age, with the consent of their parents, are to be instructed in a programme adapted to their needs.

4. The liturgical norms of the Rite of Initiation of Adults or of Children are to be followed.

Canon 851, 1^o: Rites of initiation

If possible, all catechumens are to participate in at least one of the liturgical ceremonies of the Rite of Christian Initiation in the Cathedral Church with their diocesan bishop.

Baptism and adoption: canon 877 § 3

In accordance with the prescriptions of Canon 877 § 3, the New Zealand Catholic Bishops Conference decrees that Baptism may not lawfully be administered before adoption has taken place, unless:

(a) there has been a specific request by the natural parent(s) and there is a founded hope that the child will be brought up in the Catholic faith; or

(b) there is danger of death.

If the adopting parents are aware that the child was baptised before adoption, they are to ask that the following note be made in the baptismal register:

« This child was legally adopted as (name) on (date) at (place) by (names of adopting parents) ».

Thereafter the certificate of baptism will carry only the child's adopted name and the names of the adoptive parents.

Records of Baptism of an adopted child should not include the name(s) of the natural parent(s). In those cases where baptismal records include the name(s) of the natural parent(s), any certificate issued for whatever purpose must not disclose this information.

Canon 952 § 1: Mass offerings

The offering for legacy Masses is to be five dollars for each of the first twenty Masses and, thereafter, ten dollars for each Mass.

The offering for Masses is to be five dollars for each of the first twenty Masses and, thereafter, ten dollars for each Mass and any division of Mass offerings for November Masses is to be at five dollars for each Mass.

Confessionals: canon 964 § 2

Confessionals and confessional rooms should be so constructed that penitents have the option of remaining anonymous.

Canon 1062 § 1: Engagement before marriage

Having regard to the prescriptions of canon 1062, the New Zealand Bishops Conference decrees that, since the practice of engagement in view of marriage does not presently have direct canonical or civil effect in New Zealand, it is not appropriate at this time to establish legislation in this matter.

Canon 1067: Norms concerning marriage

Before a marriage takes place, the officiating priest is responsible for:

- 1) ascertaining the freedom of the couple to marry;
- 2) preparing the couple adequately;
- 3) completing the pre-nuptial papers approved for use in New Zealand;
- 4) obtaining any dispensations/permissions that are needed;
- 5) ensuring that marriage papers from outside New Zealand have been processed by the diocesan curia of the place of marriage;
- 6) notifying the place of baptism spouse(s) of the marriage;
- 7) returning the marriage papers to the diocesan curia of the place of marriage.

Canon 1083 § 2: Age for the lawful celebration of marriage

For the lawful celebration of marriage in New Zealand, each party is to have completed the eighteenth year of age.

Canon 1112 § 1: Permission for lay persons to assist at marriages

The New Zealand Bishops Conference gives its approval to member bishops who may decide to request the permission of the Apostolic See for granting this faculty.

Canon 1126: The manner in which the declaration and promise preceding a marriage involving mixed religion or the diriment impediment of disparity of cult (canons 1086 § 2, 1129) are to be made and established in the external forum, and how the non Catholic party is to be informed (canon 1126)

The New Zealand Catholic Bishops Conference determines that:

- (a) the Catholic seeking the permission/dispensation is to read and then sign the declaration and promise;

(b) the Catholic's signature on the formula, countersigned at the end of the form by the instructing priest, is to be taken as proof that the declaration and promise have been made;

(c) if for some reason the Catholic, although willing to make the declaration and promise, is unwilling to sign, it will be for the diocesan bishop to decide what alternative proof he will accept that the declaration and promise have been made;

(d) when the declaration and promise are not made in the presence of the other party it is the responsibility of the priest (deacon) to ensure this other party is informed. The priest (deacon) will testify to this fact on the appropriate form.

Canon 1127 § 2: Dispensation from canonical form

The criteria for granting dispensations from Canonical form are:

(a) that the Catholic party's reason for the dispensation does not indicate a lack of commitment to his/her Faith; and

(b) that the Catholic party is seeking this dispensation out of respect for the non-Catholic's commitment to his/her own Faith; or

(c) that in the informed judgment of the Local Ordinary the refusal of the dispensation could constitute a grave danger to the faith of the Catholic party or to the peace and harmony of the couple.

Canon 1236 § 1: Altars

Fixed altars are to be constructed with natural stone or any solid worthy material approved by the Diocesan Bishop.

Canon 1246: Holy Days

1. The following are to be observed as Holy Days of Obligation: the Nativity of Our Lord, the Ascension of Our Lord, the Assumption of the Blessed Virgin Mary, All Saints.

2. The following Solemnities are transferred to Sundays: the Epiphany, Corpus Christi, the Feast of the Apostles Saints Peter and Paul.

3. The Solemnities of the Motherhood of God, the Immaculate Conception and St Joseph are not to be observed as Holy Days nor transferred to Sundays.

Canons 1251, 1253: Days of penance

The practice of fasting and abstinence from meat are to be observed on Ash Wednesday and Good Friday.

On all other Fridays of the year, the law of the common practice of penance is fulfilled by performing any one of the following:

a) abstaining from meat or some other food;

b) abstaining from alcoholic drink, smoking or some other form of amusement;

c) fasting from all food for a longer period than usual;

d) giving what is saved as the result of fasting and abstinence to the needy at home or abroad;

e) going out of the way to help somebody who is poor, sick, old or lonely;

f) making an extra effort in terms of family prayer, participating in the Mass, visiting the Blessed Sacrament, or praying the Stations of the Cross.

Canon 1262: Collections

In accordance with the prescriptions of 1262 regarding collections and financial contributions, the New Zealand Catholic Bishops Conference hereby decrees that:

(a) each parish priest shall inform the faithful about the purpose of each special collection and, in due time, shall give an account of the results, in accordance with the prescription of Canon 1287 § 2;

(b) collections for cultural or philanthropic purposes shall not be taken up during a liturgical service in parishes and oratories without the prior authorisation of the local Ordinary;

(c) more detailed norms will be determined in each diocese by the Diocesan Bishop.

Canon 1272: Benefices

In view of the fact that no benefices properly so called exist in New Zealand, no regulations are made in their regard.

Canon 1277: Extraordinary administration

The following are acts of extraordinary administration for Diocesan Bishops:

(a) an act of administration by which a diocese would be committed to an annual repayment, principal and interest of, or in excess of, NZ\$150,000.

(b) an act of administration by which a diocese would forego an annual sum equal to NZ\$60,000.

Canon 1292 § 1: Alienation

The maximum sum for alienation as mentioned in Canon 1292 § 1 is NZ\$1,500,000.

The minimum sum for alienation as mentioned in Canon 1292 § 1 is NZ\$150,000.

Canon 1297: Leasing of ecclesiastical goods

All leases are to be drawn up in accordance with the norms of Civil Law.

Except when the lease is to a work of the apostolate the monetary consideration is to be approximately the ruling market value.

Leases for periods of longer than nine years require the consent of the Authority competent according to canon 1292 § 1.

Canon 1421 § 2: Lay judges

In virtue of canon 1421, § 2 the New Zealand Catholic Bishops Conference permits that the Diocesan Bishop or Moderator of any tri-

bunal within our territory may appoint lay persons as judges. Where necessity suggests one of these may be chosen in forming a college of judges.

Canon 1425 § 4: Sole judge

Since in the Tribunal of First Instance for the territory of the New Zealand Catholic Bishops Conference it is not always possible to always constitute Colleges of Judges, we — for as long as the impossibility persists — permit the Moderator of the Tribunal to entrust cases to a sole clerical judge. Where possible, the sole judge is to associate with himself an assessor and auditor.

Note alle norme della Conferenza episcopale neozelandese per l'attuazione del C.I.C.

I decreti generali sopra riportati sono stati promulgati con decreto del Presidente della Conferenza il 1° ottobre del 1994. Come hanno fatto altre Conferenze, segnatamente quella canadese, ad ognuno di essi si accompagna un commento esplicativo (qui non riportato) che ha un certo valore ufficiale.

Sempre in tema di promulgazione, la Conferenza episcopale della Nuova Zelanda non ha statuito direttamente circa il modo in cui essa debba avvenire né sul termine di vacanza dei propri decreti (cc. 8 § 2 e 455 § 3); tali particolari si contengono invece nel decreto di promulgazione emanato dal Presidente e riportato in capo alle norme. Esso costituisce l'atto esecutivo formale di promulgazione e fissa la data di entrata in vigore dei decreti seguendo la norma del c. 8 § 2 sulla *vacatio*; mentre rimanda la loro pubblicazione al modo e mezzi usati in ogni diocesi. Quindi vengono disgiunte promulgazione e pubblicazione⁽¹⁾.

Da uno sguardo generale traspare in queste norme una spiccata attenzione per la diversità di circostanze in cui possono versare le diocesi, e di conseguenza per l'autonomia di ogni Vescovo diocesano; sono infatti parecchie le circostanze in cui si lascia al Vescovo la precisa determinazione della materia oggetto di un decreto, talvolta senza nemmeno esprimere i criteri per tale determinazione⁽²⁾.

Nell'elaborare i suoi decreti, la Conferenza neozelandese ha tenuto conto delle norme emanate da altre Conferenze episcopali, tra le altre

(1) Sulla promulgazione delle leggi vid. J. OTADUY, commento ai cc. 7 e 8, in AA.VV., *Comentario exegético al Código de Derecho Canónico*, vol. I, Pamplona 1996, p. 299-310.

(2) Si vedano, ad esempio, le norme riguardanti i cc. 230 § 1, 538 § 3, 284, 1236 § 1, 1262.

quella del Canada, Australia e Francia⁽³⁾. Infine è da rilevare che appare un riferimento al Catechismo della Chiesa Cattolica, nella delibera riguardante la formazione dei catecumeni⁽⁴⁾.

c. 230: Seguendo il criterio, peraltro logico, di tante Conferenze episcopali anche la neozelandese attribuisce al Vescovo diocesano l'elezione dei candidati ai ministeri laicali. Questi dovrà pure discernere se essi hanno l'età e le condizioni adeguate giacché la Conferenza statuisce soltanto circa la durata degli studi che devono avere compiuto in uno Istituto cattolico di Teologia.

cc. 281 § 2, 538 § 3 e 402 § 2: Si è voluto in questo decreto stabilire regole (che anche qui si dovranno precisare secondo le circostanze e consuetudini di ogni diocesi) circa la previdenza sociale dei chierici, vescovi inclusi. È però da rilevare che il c. 281 non attribuisce nessuna competenza alla Conferenza episcopale, mentre gli altri due si riferiscono specificamente ai parroci e ai vescovi ritirati, non agli altri chierici, sui quali invece il c. 1274 § 2 attribuisce alla Conferenza una competenza suppletiva.

c. 284: Questa delibera sull'abito ecclesiastico rispecchia in buona misura quanto stabilito per l'Australia e il Canada. Essa stabilisce che sono ammessi qualsiasi indumento o distintivo in grado di identificare come chierico colui che li indossa e siano adeguati alle circostanze.

c. 496: Anche questa delibera della Conferenza episcopale neozelandese sugli statuti del Consiglio presbiterale diocesano segue esattamente quella della Conferenza canadese.

cc. 535 § 1 e 895: Come la grande parte delle Conferenze, la neozelandese ha riunito in una sola delibera tutto quanto riguarda i registri parrocchiali, assegnando alla parrocchia quello delle cresime. Nessun altro registro, oltre a quelli richiesti dalla legge universale è previsto.

c. 767: Il decreto sulla predicazione dei laici ha preso in considerazione i criteri seguiti dalle Conferenze del Canada e dell'Inghilterra-Galles. Oltre alle circostanze previste dalla Conferenza episcopale, viene lasciata al Vescovo diocesano la possibilità di segnalarne altre in cui i laici possono essere autorizzati a predicare.

cc. 772 § 2 e 831 § 2: I Vescovi neozelandesi hanno espletato le due competenze riguardanti i mezzi audiovisivi in una sola delibera, ispirandosi ai criteri della Conferenza episcopale francese riguardanti però solo i chierici e i religiosi (c. 831 § 2). Di conseguenza non si fa nessuna previsione sull'intervento di laici nei programmi di radio o televisione e, in

(3) Per i riferimenti ai decreti delle diverse Conferenze episcopali, cfr. J. T. MARTÍN DE AGAR, *Legislazione delle Conferenze Episcopali complementare al C.I.C.*, Milano 1990.

(4) Cfr. il decreto relativo al c. 788.

realità, la competenza attribuita alla Conferenza episcopale dal c. 772 § 2 non viene esercitata.

c. 788 § 3: La formazione dei catecumeni deve essere imperniata sul Catechismo della Chiesa Cattolica. Oltre al fatto che si chiede ai catecumeni una situazione coniugale che sia regolare per la Chiesa, appare una novità che possano celebrare il matrimonio in forma canonica.

c. 877 § 3: Le norme sulla registrazione del battesimo dei bambini adottati rispecchiano quelle del Canada e dell'Australia. Nello stabilire il modo di effettuare l'annotazione di questi battesimi, si applica quanto disposto dal c. 868, che però non fa menzione delle Conferenze episcopali. La delibera intende proteggere la riservatezza dei dati contenuti nel registro nel rispetto della legislazione civile in materia di adozione.

c. 952 § 1: Si stabiliscono criteri per la divisione delle somme offerte (*inter vivos* o *mortis causa*) per la celebrazione di messe; e per la partecipazione alla offerta nel mese di novembre.

c. 964 § 2: Nel permettere che ci possano essere sedi per la confessione, alternative al confessionale tradizionale, la Conferenza episcopale neozelandese mette come condizione il rispetto per la libertà del penitente di scegliere di rimanere anonimo, in modo che questo diritto non venga di fatto misconosciuto a causa dell'allestimento delle sedi.

c. 1067: Il decreto non fa menzione delle pubblicazioni e domanda al sacerdote celebrante la preparazione e l'espletamento della pratica prematrimoniale, responsabilità queste che di solito incombono sul parroco. Va inoltre notato che il c. 1067 non attribuisce alcuna competenza alla Conferenza episcopale sulla preparazione degli sposi, ma sul loro esame, sulle pubblicazioni matrimoniali e altre investigazioni del caso.

c. 1112 § 1: Attenendosi scrupolosamente alla competenza che il canone le affida, la Conferenza neozelandese dà la sua approvazione senza pregiudicare la licenza della Santa Sede⁽⁵⁾.

c. 1127 § 2: È interessante notare che la Conferenza episcopale desidera evitare che la richiesta della dispensa della forma possa rispondere a mancanza di impegno nella fede della parte cattolica.

c. 1236 § 1: Il decreto trasferisce la competenza al Vescovo diocesano.

cc. 1251 e 1253: Sulla traccia del relativo decreto della Conferenza australiana, questo decreto contiene alternative penitenziali al digiuno e all'astinenza dalle carni interessanti per il nostro tempo, come quella della preghiera in famiglia.

c. 1262: Seguendo la normativa codiciale e la relativa delibera della Conferenza episcopale canadese, viene stabilito il dovere di informare i fedeli sull'esito delle questue.

(5) Nella stessa maniera hanno dato la loro approvazione le Conferenze episcopali del Messico, Bolivia, India, Cile, Perù e Venezuela.

c. 1277: Come tante altre Conferenze⁽⁶⁾, quella neozelandese ha stabilito gli atti di amministrazione straordinaria su criteri quantitativi, fissando però due somme diverse a seconda che si tratti di assunzione di obblighi o di rinuncia a diritti.

c. 1297: Viene stabilito il requisito della licenza dell'autorità competente per certe locazioni di lunga durata; il riferimento al § 1 del c. 1292 sembra escludere che si debba in alcun caso ottenere anche la licenza dalla Santa Sede.

cc. 1421 § 2 e 1425 § 4: In queste due delibere riguardanti i giudici si estende al Moderatore del tribunale l'esercizio di competenze che i canoni attribuiscono espressamente al Vescovo diocesano.

José T. Martín de Agar

(6) Ad esempio quelle del Lussemburgo, Santo Domingo, Brasile e Malta.