

IUS ECCLESIAE

RIVISTA INTERNAZIONALE DI DIRITTO CANONICO

Vol. IX - Num. 2 - Luglio-Dicembre 1997

COLONNATA

PONTIFICIO ATENEO DELLA SANTA CROCE
GIUFFRÈ EDITORE

LA COLONIA

SOMMARIO

DOTTRINA

I. STUDI DI DIRITTO PROCESSUALE CANONICO.

- Z. GROCHOLEWSKI, *La certezza morale come chiave di lettura delle norme processuali*..... 417
- M.A. ORTIZ, *La competenza dei tribunali periferici secondo il grado di giudizio* 451

II. STUDI SULL'ATTIVITÀ DIPLOMATICA DEI LEGATI PONTIFICI.

- D. LE TOURNEAU, *La mission ad extra des représentants pontificaux*..... 485
- J.S. CASTILLO-ILLINGWOTH, *La misión diplomática de Mons. Pedro Gasparri en el Ecuador. Las Conferencias de Santa Elena*..... 509

III. ALTRI STUDI.

- J. HERRANZ, *Il diritto dell'uomo alla vita*..... 547
- A. VITALE, *Regolamentazione della libertà religiosa*..... 575

GIURISPRUDENZA

- SUPREMO TRIBUNALE DELLA SEGNAZIONE APOSTOLICA, *Iurium*. Sentenza definitiva. 4 maggio 1996. Davino, Ponente (con *nota* di D. Cito)..... 595
- TRIBUNALE DELLA ROTA ROMANA, *Romana*. Nullità del matrimonio. Simulazione totale. Difetto di discrezione di giudizio. Dolo. Condizione. Impotenza. Sentenza definitiva. 17 marzo 1993. De Lanversin, Ponente (con *nota* di J. Carreras)..... 600

NOTE E COMMENTI

J. OTADUY, <i>Sobre las « notas explicativas » del Consejo pontificio para la interpretación de los textos legislativos</i>	633
A. PAMPILLON, <i>Priestly celibacy: gift and law</i>	647
A. SÉRIAUX, <i>Un Code pour l'univers: réflexions sur la codification du droit canonique</i>	683
L. GRAZIANO, <i>Potestà e sacerdozio nella Chiesa</i>	695

RASSEGNA DI BIBLIOGRAFIA

Recensioni.

AA.VV., <i>Derecho Eclesiástico del Estado Español</i> (Carmelo de Diego-Lora) ..	715
AA.VV., <i>Error, ignorancia y dolo en el consentimiento matrimonial canónico</i> (M. Gas i Aixendri)	721
A. AL-AHMAR - A. KHALIFÉ - D. LE TOURNEAU (Eds.), <i>Acta Symposii Internationalis circa Codicem Canonum Ecclesiarum Orientalium, Kaslik 24-29 aprilis 1995</i> (P. Gefaell)	726
J.I. ARRIETA - J. CANOSA - J. MIÑAMBRES, <i>Legislazione sull'organizzazione centrale della Chiesa</i> (A. Bettetini)	734
K. BHARANIKULANGARA, <i>Particular Law of the Eastern Catholic Churches</i> (A. Nóbrega)	736
F. D'AGOSTINO, <i>Il Diritto come problema teologico</i> (J.M. Pommarès, O.S.B.)	739
G. DAMMACCO, <i>Sistema concordatario e patrimonio ecclesiastico</i> (G. Piomelli)	743
P. ERDŐ, <i>Teologia del diritto canonico. Un approccio storico-istituzionale</i> (C.J. Errázuriz M.)	746
B. ESPOSITO, <i>Il riconoscimento civile dei titoli accademici ecclesiastici in Italia: studio per la realizzazione di un pieno pluralismo</i> (D. Cito)	751
G. GÄNSWEIN, <i>Kirchengliedschaft - Vom Zweiten Vatikanischen Konzil zum Codex Iuris Canonici. Die Rezeption der konziliaren Aussagen über die Kirchengzugehörigkeit in das nachkonziliare Gesetzbuch der Lateinischen Kirche</i> (A. Cattaneo)	753
J.W.M. HENDRIKS, <i>Huwelijksrecht. Canon 1955-1165 van het wetboek van canoniek recht</i> (J.-P. Schoupe)	756
ROTAE ROMANAE TRIBUNAL, <i>Decreta selecta inter ea quae anno 1983 prodierunt cura eiusdem Apoliticis Tribunalis edita</i> , vol. 1 (J. Llobell)	757
M. RUESSMANN, <i>Exclaustration, its nature and use according to current law</i> (A. Filipazzi)	761

J.-M. SWERRY, <i>Aumôneries catholiques dans l'enseignement public. Un nouveau de la laïcité?</i> (D. Le Tourneau).....	762
J. VERNAY, <i>Le droit dans l'Église catholique. Initiation au droit canonique</i> (D. Le Tourneau).....	765
W.J. WOESTMAN, <i>Sacraments: Initiation, Penance, Anointing of the Sick</i> (P. Hayward).....	766

DOCUMENTI

Atti di Giovanni Paolo II.

Discorso alla Rota Romana, 27 gennaio 1997 (con <i>nota</i> di J. Carreras).....	771
Lettera apostolica « <i>motu proprio</i> » sull'apostolato marittimo <i>Stella Maris</i> , 31 gennaio 1997 (con <i>nota</i> di A.S. Sánchez-Gil).....	783

Atti della Santa Sede.

SEGRETERIA DI STATO, Quinto Accordo Addizionale alla Convenzione fra la Santa Sede e la Repubblica Austriaca per il Regolamento dei Rapporti Patrimoniali del 23 giugno 1960, 21 dicembre 1995 (con <i>nota</i> di H. Pree).....	801
SEGRETERIA DI STATO, Norme per la procedura di ricorso contro le delibere della Commissione disciplinare dello Stato della Città del Vaticano, 2 febbraio 1996 (con <i>nota</i> di J. Gozález-Ayesta).....	806
SUPREMO TRIBUNALE DELLA SEGNAURA APOSTOLICA, Decreto particolare « <i>Exercitii ministerii sacerdotalis</i> », 25 marzo 1996 (con <i>nota</i> di D. Cito).....	815
PONTIFICO CONSIGLIO PER L'INTERPRETAZIONE DEI TESTI LEGISLATIVI, Note esplicative « <i>Assoluzione generale senza previa confessione individuale</i> », 8 novembre 1996, « <i>Obbligo del Vescovo di risiedere in diocesi</i> », 12 settembre 1996.....	818
PONTIFICO CONSIGLIO PER L'INTERPRETAZIONE DEI TESTI LEGISLATIVI, Dichiarazione, 19 maggio 1997.....	825

Legislazione particolare.

KENIA, Norme complementarie al CIC emanate dalla Conferenza Episcopale, 30 novembre 1996 (con <i>nota</i> di D. Kimengich).....	827
---	-----

Pagina bianca

COLLABORATORI DI QUESTO FASCICOLO

- J.S. CASTILLO-ILLINGWOTH, Dottore in Diritto canonico - Quito
- L. GRAZIANO, Dottore in Giurisprudenza - Università degli Studi di Roma «La Sapienza»
- Z. GROCHOLEWSKI, Segretario del Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica
- J. HERRANZ, Presidente del Pontificio Consiglio per l'Interpretazione dei Testi Legislativi
- D. LE TOURNEAU, Professore visitante di Diritto canonico - Università di Navarra
- M.A. ORTIZ, Docente di Diritto canonico - Pontificio Ateneo della Santa Croce
- J. OTADUY, Professore Agregato di Parte Generale e Diritto della persona - Università di Navarra
- A. PAMPILLON, Dottore in Diritto canonico - Nairobi
- A. SÉRIAUX, Professore di Diritto canonico - Facoltà di Diritto e Scienze Politiche - Aix Marseille
- A. VITALE, Ordinario di Diritto ecclesiastico - Università di Napoli

Hanno collaborato anche: J.I. ARRIETA, A. BETTETINI, J. CANOSA, J. CARRERAS, D. CITO, C. DE DIEGO-LORA, A. CATTANEO, A. FILIPAZZI, M. GAS I AIXENDRI, P. GEFÆELL, J. GONZÁLEZ-AYESTA, P. HAYWARD, D. KIMENGIGH, J. LLOBELL, J. MIÑAMBRES, A. NÓBREGA, G. PIOMELLI, J.M. POMMARÈS, H. PREE, A.S. SÁNCHEZ-GIL, J.-P. SCHOUPPE.

Pagina bianca

Dottrina

I. Studi di diritto processuale canonico

Pagina bianca

ZENON GROCHOLEWSKI

LA CERTEZZA MORALE COME CHIAVE DI LETTURA DELLE NORME PROCESSUALI

I. *La formulazione imperfetta e il suo significato alla luce della storia*: 1. La formulazione non precisa; 2. Alla luce della storia. — II. *La necessità della certezza morale affermata per due diversi principi riguardo alle cause di nullità matrimoniale*. — III. *L'originalità del concetto canonico-processuale della certezza morale*: 1. In confronto agli ordinamenti statali; 2. In confronto con il concetto della certezza morale adottato dai filosofi; 3. In confronto con i principi di teologia morale. — IV. *La certezza morale canonica nella prospettiva storica*: 1. Nella storia; 2. Le allocuzioni di Pio XII; 3. Le norme processuali concesse agli USA; 4. L'allocuzione di Giovanni Paolo II; 5. L'interpretazione del can. 1608; 6. Osservazioni metodologiche. — V. *Il concetto della certezza morale*: 1. La certezza assoluta; 2. La probabilità; 3. La certezza morale. — VI. *L'oggettività della certezza morale*: 1. La certezza oggettiva; 2. «*Ex actis et probatis*»; 3. L'osservanza delle norme processuali. — VII. *L'oggetto della certezza morale*. — VIII. *La necessità e la sufficienza della certezza morale*: 1. Necessaria e sufficiente; 2. Vari gradi della certezza morale; 3. Perché è necessaria e sufficiente? — IX. *La strada per arrivare alla certezza morale*: 1. Le qualità personali del giudice e la sua preparazione; 2. L'impegno nell'osservare la legge processuale; 3. Lo sforzo nel valutare le prove secondo la sua coscienza; 4. La collaborazione in ordine al conseguimento, da parte del giudice, della certezza morale. — X. *Alcune osservazioni particolari riguardo alla certezza morale*: 1. La certezza morale che risulta da una quantità di prove che prese singolarmente non sono in grado di fondarla; 2. I conflitti tra il formalismo giuridico e il libero apprezzamento delle prove. — XI. *Due osservazioni conclusive*: 1. Il valore del concetto canonico della certezza morale; 2. Una importante chiave di lettura delle norme processuali.

Non pretendo di trattare in questa relazione tutti i problemi concernenti la delicata questione della certezza morale, ma intendo principalmente notare l'originalità di detto concetto canonistico-processuale, la sua recente elaborazione storica, le sue diverse implicazioni e il dinamismo nella formazione di tale certezza, per rilevare in-

fine il valore e la centralità operativa di quel concetto nella normativa di tutto il diritto processuale canonico.

I. *La formulazione imperfetta e il suo significato alla luce della storia.*

1. Il can. 1608 al § 1 stabilisce: «Per pronunciare una qualsiasi sentenza si richiede nell'animo del giudice la certezza morale su quanto deve decidere».

Al riguardo è opportuno notare che la formulazione di questa norma, presa letteralmente dal Codice del 1917, non è del tutto precisa⁽¹⁾. Non è vero, infatti, che per pronunciare «una qualsiasi sentenza» il giudice deve avere la certezza morale; egli la deve avere soltanto per pronunciare una sentenza che dà ragione all'attore, ossia che riconosce il diritto da lui rivendicato e unicamente in quanto lo riconosce; non altrettanto per pronunciare una sentenza negativa in confronto dell'attore.

Comunque, nonostante la formulazione imperfetta, detta norma non si presta a dubbi (e non si prestava a dubbi neanche nel CIC/17), in quanto il § 4 del medesimo canone specifica chiaramente: «Il giudice che non abbia potuto conseguire quella certezza sentenzi [sic⁽²⁾] che non consta del diritto dell'attore e assolva il convenuto⁽³⁾ [...]».

2. Alla luce della storia, l'aggettivo indefinito «qualsiasi» («una qualsiasi sentenza») in realtà si riferisce nel nostro caso piuttosto all'importanza e al genere delle cause, e cioè il § 1 del can. 1608

(1) K. LÜDICKE, afferma categoricamente: «Die Aussage des § 1 ist logisch falsch, wenn sie behauptet, daß die *moralis certitudo* zur Fällung eines jeden Urteils nötig sei» (*Der kirchliche Ebenichtigkeitsprozeß nach dem Codex Iuris Canonici von 1983*, Essen 1996², p. 246). Cf. anche C. DE DIEGO-LORA, in AA.VV., *Comentario exegético al Código de Derecho Canónico* (obra coordinada y dirigida por A. Marzoa, J. Miras y R. Rodríguez-Orcaña), Pamplona 1996, vol. IV/2, p. 1537.

(2) Nel testo latino «pronuntiet», ma non c'è alcun dubbio che si tratta di pronunciare la sentenza.

(3) Riguardo a queste ultime parole («assolva il convenuto»), anche se esse non hanno importanza per le mie specifiche considerazioni, è da notare che non in tutti questi casi si verifica una vera *assoluzione del convenuto* da un obbligo, ma talvolta viene soltanto negato all'attore il diritto da lui preteso. Infatti, oltre alle sentenze assolutorie, ci sono anche quelle di mero accertamento, ossia dichiaratorie. Cf. C. DE DIEGO-LORA, *Loc. cit.*, pp. 1545-1548.

vuol significare che per sentenziare in favore dell'attore è necessaria la certezza morale nelle cause di qualsiasi importanza e genere, cioè: in quelle di poca importanza non di meno che in quelle di grande importanza; sia nelle cause principali che in quelle incidentali; sia nelle cause contenziose o contenzioso amministrative (delle quali al can. 1445 § 2, ora sostituito dall'art. 123 della *Pastor bonus* ⁽⁴⁾) ⁽⁵⁾ che in quelle penali (cf. can. 1728 § 1).

Infatti, nella storia costantemente fino al Codice del 1917, per alcune cause (criminali, matrimoniali e contenziose di maggior importanza) veniva richiesta una certezza di grado maggiore, per altre bastava una certezza di grado minore ⁽⁶⁾. In tale contesto si capisce facilmente l'intento del Legislatore che, con l'espressione «una qualsiasi sentenza», pur non perfetta nella sua formulazione, ha voluto nel 1917 togliere detta distinzione circa la certezza richiesta secondo la diversa natura e gravità delle cause.

(4) Del 28 giugno 1988, in AAS 80 (1988) 841-912. In lingua italiana: in fascicolo separato, Tipografia Poliglotta Vaticana 1988; in *Enchiridion Vaticanum*, vol. 11, Bologna 1991, nn. 787-1070, pp. 492-635; nonché nelle più recenti edizioni del Codice in lingua italiana.

(5) Cf. *Normae speciales in Supremo Tribunali Signaturae Apostolicae ad experimentum servandae post Constitutionem Apostolicam Pauli PP. VI «Regimini Ecclesiae universae»*, approvate da Paolo VI il 23 marzo 1968, art. 126. Queste *Normae* non furono mai pubblicate negli AAS, ma in un fascicolo separato, Città del Vaticano 1968, nonché in diverse riviste (come *Periodica*, *Apollinaris*, *Ius Canonicum*), collezioni di documenti (cf. ad es. X. OCHOA, *Leges Ecclesiae*, vol. III, Romae 1972, coll. 5321-5332; I. GORDON - Z. GROCHOLEWSKI, *Documenta recentiora circa rem matrimonialem et processualem*, vol. I, Romae 1977, pp. 372-398; in lingua italiana in *Enchiridion Vaticanum*, vol. VIII, Bologna 1984, pp. 522-587) e in appendici di libri.

Esse non sono più in vigore, in quanto ha cessato la legge per la cui esecuzione sono state emanate (vide can. 33 § 2); però mancando ancora le nuove «Normae speciales» e atteso il can. 19, vengono osservate in modo suppletivo, evidentemente soltanto in quanto non contrarie alla nuova legge. Spetta alla Segnatura Apostolica elaborare adesso le nuove «Normae», ossia la nuova legge propria (oltre all'art. 125 vedi anche art. 38 della *Pastor bonus*).

(6) E.A. McCARTHY conclude la sua ricerca al riguardo con la seguente constatazione: «In historia procedurae canonicae haud notantur variationes circa gradum certitudinis in iudice requisitum ad sententiam ferendam. Altior gradus certitudinis moralis semper requirebatur ad decisionem ferendam in causis criminalibus et in contentiosis gravioribus. Simplex probabilitas in quibusdam causis sufficiebat si agebatur de causis contentiosis» (*De certitudine morali quae in iudicis animo ad sententiae pronuntiationem requiritur*, Romae 1948, p. 110; vedi anche *ivi* pp. 25-55). Cf. inoltre I. GORDON, *De nimia processuum matrimonialium duratione*, in *Periodica* 58 (1969) 718-719.

Al riguardo, I. Gordon, dopo aver esaminato, in base agli schemi del Codice del 1917, la questione di questo cambiamento, osserva: « Ratio [...] huius mutationis, praeter unificationem et simplificationem, quae codificationis dotes propriae fuerunt, fortasse invenitur in hoc canone Decreti Gratiani, qui inter fontes novi praescripti a Card. Gasparri recensetur: "grave satis est et indecens, ut in re dubia certa detur sententia" (7). Fortasse propter hanc rationem haud sperendam voluerunt codificatores ut neque in causis contentiosis minoris momenti sufficeret probatio semiplena seu probabilitas ad ferendam sententiam » (8).

II. *La necessità della certezza morale affermata per due diversi principi riguardo alle cause di nullità matrimoniale.*

Nel diritto della Chiesa una particolare importanza viene attribuita alle cause di nullità matrimoniale, e nella prassi esse occupano la stragrande maggioranza dell'operato dei tribunali ecclesiastici.

Riguardo a dette cause, l'esigenza della certezza morale per pronunciare una sentenza affermativa è asserita al § 4 del can. 1608 per ben due volte: sia nella prima parte di detto paragrafo che stabilisce il principio generale, cioè « Il giudice che non abbia potuto conseguire quella certezza sentenzi che non consta del diritto dell'attore [...] », sia nella seconda parte che contiene una eccezione, specificando: « [...] a meno che non si tratti di una causa che gode il favore del diritto, nel qual caso si deve pronunciare a favore della medesima ». Le cause di nullità di matrimonio sono proprio fra queste che godono di tale favore (can. 1060), e quindi il giudice che non abbia potuto conseguire detta certezza circa la nullità del matrimonio deve, anche per quest'ultimo motivo, pronunciarsi in favore della validità, cioè, strettamente dicendo, che non consta della nullità.

Così, la stessa norma viene stabilita per ben due volte nel menzionato paragrafo, partendo da due distinti principi, l'uno propriamente di diritto processuale (can. 1608 § 1 e la prima parte del § 4) e l'altro principalmente di diritto matrimoniale (can. 1060 nonché il can. 1608 seconda parte del § 4).

(7) P. II, C. 11, q. 3, c. 74 (si tratta di una espressione del papa Gregorio I: cf. E.A. McCARTHY, *Op. cit.*, p. 30). Altrove nel Decreto di Graziano si legge: « nec in re dubia certa danda est sententia » (P. II, C. 30, post c. 11).

(8) I. GORDON, *Art. cit.*, p. 720.

Quindi la nota Istruzione *Provida Mater* del 1936⁽⁹⁾, riguardante specificatamente le cause di nullità di matrimonio, riportando il corrispettivo can. 1869 del Codice del 1917, per non dire due volte la stessa cosa, ha semplificato la formulazione del § 4, stabilendo: «Iudex qui eam certitudinem post diligens examen efformare sibi non potuit, pronuntiet: *non constare de matrimonii nullitate in casu*» (art. 197 § 4).

III. *L'originalità del concetto canonico-processuale della certezza morale.*

1. Il concetto della certezza morale è originale e proprio del diritto processuale canonico *in confronto agli ordinamenti statali*. Nei diritti statali, anche se si possono trovare taluni elementi di questo concetto (quando si parla della certezza o delle prove), non sembra che esso sia stato elaborato ed impostato nelle legislazioni allo stesso modo che nel diritto canonico. Nel diritto anglo-sassone poi, come è noto, riguardo alle cause civili ossia contenziose viene adoperato il criterio della prevalenza delle prove («preponderance of evidence») che si discosta molto dal concetto della certezza morale nel senso canonistico-processuale, in quanto impone al giudice l'obbligo di pronunziarsi in favore della parte per la quale militano le prove prevalenti anche qualora queste determinino soltanto una probabilità e non siano in grado di far sorgere nell'animo del giudice la certezza nel senso canonico⁽¹⁰⁾.

Negli ordinamenti statali la legge, con diverse formulazioni, generalmente stabilisce che il giudice deve sentenziare «*ex actis et probatis*», ma — al di fuori dei menzionati casi ai quali deve essere applicato il principio della prevalenza delle prove — non è facile trovare un'ulteriore criterio chiaro e univoco circa l'animo con cui egli deve emettere il giudizio. Nel diritto canonico, c'è pure detto principio di dover giudicare «*ex actis et probatis*» (can. 1608 § 2), però, è sta-

⁽⁹⁾ AAS 28 (1936) 313-361.

⁽¹⁰⁾ Cf. ad es. F. HERMAN, *Certitudo moralis praesupposita in normis processualibus Tribunalium Statuum Foederatorum Americae necnon Australiae concessis*, in *Periodica* 61 (1972) 379-393.

Comunque, nella storia il principio della prevalenza delle prove non era estraneo al diritto canonico riguardo alle cause contenziose di minor importanza (cause non favorevoli): cf. E.A. McCARTHY, *Op. cit.*, p. 47.

to individuato un ulteriore criterio nel concetto della certezza morale, che indica lo stato d'animo — basato «super acta et probata» ponderati nella coscienza — necessario per pronunciare una sentenza favorevole all'attore.

2. Il concetto canonico-processuale della certezza morale è originale anche *in confronto con il concetto della certezza morale adoperato dai filosofi* — che distinguono fra la certezza metafisica, fisica e morale — in quanto, come giustamente è stato osservato, il concetto canonico-processuale e quello filosofico della certezza morale non coincidono, anche se ambedue si basano sul modo di comportarsi («mores») degli uomini⁽¹¹⁾. La certezza morale nel senso filosofico esclude la possibilità del contrario, mentre, come vedremo, quella richiesta per emanare una sentenza in favore dell'attore non la esclude. Infatti, la certezza filosofica — sia metafisica, sia fisica, sia morale — è certezza nel senso stretto ossia certezza assoluta, mentre la certezza morale canonico-processuale (che secondo le categorie filosofiche sarebbe soltanto opinione o massima probabilità), come noterò, si differenzia dalla certezza assoluta⁽¹²⁾. Non ritengo, però, necessario dilun-

(11) Si basano sul modo di comportarsi degli uomini, però, non nello stesso modo. Pio XII, parlando della certezza morale, afferma che essa «si appoggia sulla costanza delle leggi e degli usi che governano la vita umana» (*Alloc.* 1942, n. 1, cpv. 1). F. HÜRTH commenta: «Ex quibus verbis elucet: certitudinem, de qua erit sermo, non simpliciter coincidere cum "certitudine morali presse dicta" quam philosophi, disputantes in Critica de triplici certitudine, idest metaphysica, physica, morali, definiunt: certitudinem, quae ita nititur in constantibus rationalibus naturae moribus, inclinationibus, ut contradictorium, licet physicas hominis vires non excedat, tamen propter oppositionem vel incongruentiam cum natura rationali non fiat» (*Synopsis et Annotationes*, in *Periodica* 31 [1942] 359, n. 2. Questo articolo si trova anche in S. TROMP [ed.], *Allocutiones tres Pii Papae XII ad S. Romanam Rotam habitae a. d. 1941, 1942, 1944* [Textus et Documenta, Series Theologica, 27], Pontificia Universitas Gregoriana, Romae 1944, pp. 64-69. Nell'introduzione F. Tromp nota: «Gratias agimus [...] R. Patri Fr. Hürth S. I. de venia nobis impertita ediciendi allocutioni secundae *Annotationes* eas, quas de *moralis certitudine* conscripsit in *Periodica*. Quas *Annotationes* eo libentius denuo edendas curamus, quia ex certo fonte compertum habemus hanc de certitudine morali elucubrationem fideliter referre mentem Summi Pontificis» [p. 3]. Il commento di F. Hürth è stato riprodotto anche in J. TORRE, *Processus matrimonialis*, Neapoli 1956³, pp. 338-343).

(12) Cf. E.A. MCCARTHY, *Op. cit.*, pp. 56-64, 69-73, 111; F. HÜRTH, *Art. cit.*, 359-360, n. 2; J. GARCÍA FÁLDE, *Nuevo Derecho Procesal Canónico*, Salamanca 1992², pp. 206-207; G.P. WEISHAUP, *Die Parteiaussagen im Spiegel der moralischen Gewißheit*, in AA.VV., *Iustitia in caritate* (Festgabe für E. Rößler), hrsg. von R. Puza und A. Weiß,

garmi su questo. In ogni caso, i Romani Pontefici che trattano egregiamente della certezza morale non la distinguono da quella metafisica e fisica, ma — come vedremo — la propongono in un'altra prospettiva, distinguendola dalla certezza assoluta e dalla probabilità⁽¹³⁾.

3. Anche se il nostro concetto è stato attinto dai moralisti, esso non corrisponde neanche alla certezza che viene richiesta secondo i principi di *teologia morale* — e non soltanto perché questa si riferisce alla moralità degli atti umani e la certezza morale canonico-processuale riguarda l'applicazione della naturale facoltà conoscitiva alla valutazione di quanto è stato presentato e provato durante il processo⁽¹⁴⁾ — ma principalmente perché, secondo detti principi, atteso il diverso grado e genere degli obblighi morali, in molti casi basta una minore certezza, ossia una probabilità⁽¹⁵⁾.

IV. *La certezza morale canonica nella prospettiva storica.*

1. Il concetto di certezza morale, nella sua attuale configurazione ed impostazione legislativa, è piuttosto recente nel campo del diritto canonico.

La questione circa lo stato d'animo, richiesto per promanare una sentenza, era all'inizio considerata in modo soltanto indiretto, in quanto si discuteva del valore delle prove piuttosto che dello stato d'animo del giudice. L'espressione «certezza morale» non si trova né nel *Corpus Iuris Canonici* né viene adoperata dagli antichi decre-

Frankfurt am Main 1997, 410-411. Fra le sentenze rotali cf. *coram* STAFFA, Ianuen., 3 iunii 1949, n. 2, in SRRDec., p. 259.

⁽¹³⁾ Comunque non pochi autori la distinguono dalla certezza metafisica e quella fisica, confondendo spesso due ordini diversi, cioè la distinzione fra le diverse specie della certezza filosofica (metafisica, fisica e morale) che è certezza assoluta, e la distinzione fra la certezza assoluta e quella morale nel senso canonico-processuale.

⁽¹⁴⁾ «In moralibus conscientia est cum primis iudicium de actione humana utrum licita sit vel illicita; conscientia enim est cum alia scientia seu explicatio scientiae ad aliquem actum: et in *moralibus*, synderesis seu legis moralis fit applicatio ad iudicandam moralitatem actuum humanorum; in *iudicialibus*, conscientia est naturalis facultatis cognoscitivae applicatio ad deductas probationes seu ad acta et probata, ut eorum valor aestimetur» (M. LEGA, V. BARTOCETTI, *Commentarius in iudicia ecclesiastica*, Romae 1950, vol. II, p. 940, n. 12).

⁽¹⁵⁾ Cf. E.A. McCARTHY, *Op. cit.*, pp. 60-64, 73-74.

talisti, anche se l'idea, espressa in essa, appare esistente in diverse osservazioni dei canonisti del passato.

La voce « certezza morale » è stata adoperata da Sanchez (1550-1610), Reiffenstuel (1642-1703), Schmalzgrueber (1663-1735) e da autori posteriori. Nel sec. XIX e all'inizio dell'attuale secolo la troviamo in alcuni documenti ufficiali e nella giurisprudenza della Santa Sede. In ogni caso — riguardo a detti autori, documenti e decisioni — si tratta della espressione in parola adoperata in diverse accezioni, ed anche non sempre facilmente definibili con precisione⁽¹⁶⁾.

2. Per quanto riguarda i testi legislativi, il termine « certezza morale » si trova per la prima volta nel CIC del 1917, al can. 1869.

Il suo concetto è stato poi spiegato o delineato in modo davvero magistrale da Pio XII soprattutto nell'allocuzione alla Rota Romana del 1942⁽¹⁷⁾ (e trattato anche in qualche altra sua allocuzione⁽¹⁸⁾), nella quale egli, attesa « l'importanza dell'argomento », si è proposto « di esaminare più accuratamente questo concetto »⁽¹⁹⁾, con la chiara intenzione, come lo stesso Pontefice successivamente ha dichiarato, « di mettere in rilievo [...] e di mostrare in qual modo la Chiesa, secondo la sua missione e il suo carattere », tale punto particolare « vede e considera, e come perciò vuole che [sia] vedut[o] e trattat[o] anche dal giudice e dagli ufficiali ecclesiastici »⁽²⁰⁾, ossia con l'« in-

⁽¹⁶⁾ E.A. McCARTHY, *Op. cit.*, pp. 52-55 (ed anche 25-52); I. GORDON, *Art. cit.*, pp. 717-718; P. FELICI, *Formalità giuridiche e valutazione delle prove nel processo canonico*, in *Communicationes* 9 (1977) 176-177.

⁽¹⁷⁾ *Allocuzione alla Rota Romana* del 1 ottobre 1942, in AAS 34 (1942) 338-343 (in seguito: *Alloc. 1942*). O. GIACCHI parla dell'« insegnamento mirabile di chiarezza, valido per il suo contenuto di scienza giuridica, a parte ogni considerazione dell'altissimo seggio spirituale da cui veniva pronunciato » (*La certezza morale nella pronuncia del giudice ecclesiastico*, in AA.VV., *Ius Populi Dei*, Miscellanea in honorem R. Bidagor, vol II, Roma 1972, p. 611).

⁽¹⁸⁾ *Allocuzione alla Rota Romana* del 3 ottobre 1941, in AAS 33 (1941) 421-426 (in seguito: *Alloc. 1941*). Per comprendere l'iter della formazione della certezza morale nell'animo del giudice, ritengo importante e prenderò in considerazione anche l'*Allocuzione alla Rota Romana* del 2 ottobre 1944, in AAS 36 (1944) 281-290 (in seguito: *Alloc. 1944*). Nell'*Allocuzione ai partecipanti del VI Convegno nazionale dei Giuristi Cattolici Italiani* del 5 dicembre 1954, in AAS 48 (1955) 60-71, Pio XII propose il concetto della certezza morale anche riguardo alla emanazione delle sentenze nel campo del diritto statale (*ivi*, p. 65).

⁽¹⁹⁾ *Alloc. 1942*, n. 1, cpv. 1.

⁽²⁰⁾ *Alloc. 1944*, l'introduzione, cpv. 1.

tenzione di esprimere lo spirito e la volontà della Chiesa»⁽²¹⁾ al riguardo⁽²²⁾.

3. Questo concetto in quanto delineato da Pio XII è stato purtroppo offuscato — anche se soltanto a livello di diritto particolare e per un periodo limitato — nelle Norme processuali concesse nel 1970, tramite il Consiglio per gli Affari Pubblici della Chiesa, alle Conferenze Episcopali degli USA e dell'Australia⁽²³⁾. In queste Norme, infatti, al n. 21 si legge una confusa e in un certo senso contraddittoria formula: « Il giudice emanerà la sua decisione in conformità alla certezza morale generata dal prevalente peso delle prove aventi un valore riconosciuto in diritto e in giurisprudenza »⁽²⁴⁾.

Tale formula, che sembra aver voluto conciliare due concetti, ossia quello della certezza morale e quello anglo-sassone della prevalenza delle prove, in realtà ha cambiato il concetto stesso della certezza morale, o almeno ha aperto la strada a tale cambiamento tramite una possibile interpretazione. Infatti, riconoscendo che in favore di una delle parti vi sia « il prevalente peso delle prove », per sé non si esclude che gli argomenti contrari contengano intrinsecamente una notevole probabilità, nel qual caso, nella citata norma, la certezza morale si estenderebbe quindi alla quasi-certezza, ossia alla probabilità⁽²⁵⁾, cosa che è inconciliabile, come vedremo, con l'inse-

(21) Ivi, cpv. 3.

(22) Avendo presenti le parole appena citate, S. TROMP commenta al riguardo: « Quae allocutiones etiam idcirco gravioris momenti censendae sunt, quia Summus Pontifex [...] expressis verbis declaravit, se has instructiones eo protulisse consilio, ut mentem ac voluntatem exponeret Sanctae Ecclesiae, seu quod ad idem redit, ut magisterio suo uteretur sacro ordinario » (*Op. cit.*, p. 3).

(23) In *Periodica* 59 (1970) 593-598; I. GORDON, Z. GROCHOLEWSKI, *Documenta recentiora circa rem matrimonialem et processualem*, vol. I, Romae 1977, pp. 243-252 nonché p. 259 n. 1456.

(24) « The judge will render his decision according to moral certitude generated by the prevailing weight of that evidence having a recognized value in law and jurisprudence ».

(25) Cf. I. GORDON, *De nimia procesuum matrimonialium duratione*, in *Periodica* 58 (1969) 702-711; C. LEFEBVRE, *De procedura in causis matrimonialibus concessa Conferentiae Episcopali U.S.A.*, in *Periodica* 59 (1970) 586-587; F. HERMAN, *Art. cit.*, pp. 379-393, soprattutto 381, 383-386; Z. GROCHOLEWSKI, *De exclusione indissolubilitatis ex consensu matrimoniali eiusque probatione*, Neapoli 1972, p. 160; L. DEL AMO, *Procedimiento matrimonial canónico en experimentación*, in *Lex Ecclesiae*, Estudios en Honor del M. Cabrerros de Anta, Salamanca 1972, pp. 531-534; T. PIERONEK, *Normy postępowania w*

gnamento di Pio XII. Questo oscuramento riguardo al concetto della certezza morale appare davvero grave in quanto riferito proprio alle cause di grande importanza, quelle cioè di nullità del matrimonio⁽²⁶⁾.

La questione dell'interpretazione della menzionata formula ha, in ogni caso, perso attualità quando dette norme sono scadute, cioè, per quanto riguarda l'Australia, nel 1974⁽²⁷⁾, e per quanto concerne gli USA, con l'entrata in vigore del Codice del 1983⁽²⁸⁾.

sprawach małżeńskich wydane przez Stolicę Apostolską dla diecezji Stanów Zjednoczonych, in *Prawo Kanoniczne* 16 (1973) I-II, 195-196.

⁽²⁶⁾ Non mi sento di poter condividere la diversa valutazione, ed opposta anche a quella degli autori citati nella nota precedente, di P.A. BONNET, *De iudicis sententia ac de certitudine morali*, in *Periodica* 75 (1986) 88-92, tanto più che l'A. si limita alle asserzioni generiche e non prende in considerazione elementi significativi in materia, fra i quali: a) che non esclusivamente nel *Common Law* ma anche nella storia della Chiesa era applicato a certe cause (mai a quelle di nullità matrimoniale) il principio della prevalenza delle prove (cf. sopra, nt. 10), ciò che è stato poi abbandonato; b) che anche nella tradizione della *Common Law* non a tutte le cause viene applicato il principio della prevalenza delle prove, infatti non viene applicato alle cause di grande rilevanza pubblica come sono le cause penali; c) che nella Chiesa, per motivi teologici, in tutte le cause vi sia possibilità di ricorrere o appellare alla Santa Sede, ciò che postula l'unità riguardo agli elementi essenziali del processo (cf. ad es. *Principia quae Codicis Iuris Canonici recognitionem dirigant*, n. 5 ultimo cpv., in *Communicationes* 1 [1969] 82); d) che quindi non è sufficiente citare al riguardo gli autori che trattano genericamente della possibilità, opportunità o necessità di accettare le diverse legislazioni nella Chiesa; e) che per natura delle cose c'è una relazione fra l'importanza della cause e il grado di certezza richiesta (cf. sotto VIII, 2c, verso fine); e quindi soprattutto f) che dette Norme per gli USA e l'Australia riguardavano cause di nullità matrimoniale (non le altre, nelle quali sarebbe più facile discutere l'applicabilità nel diritto della Chiesa del principio della prevalenza delle prove), che — per la loro importanza di ordine pubblico, in quanto riguardano una realtà sacramentale e in quanto coinvolgono l'indissolubilità stabilita da Cristo che la Chiesa si sente in dovere di proclamare e difendere — non trovano riscontro nelle cause risolte nel *Common Law* secondo il principio della prevalenza delle prove; con altre parole, non prende in considerazione il motivo per cui in tutta la storia della Chiesa prima del CIC/17 nelle cause matrimoniali veniva richiesta una certezza maggiore che in altre cause, e per cui costantemente anche dopo il 1917 vengono stabilite particolari garanzie per dette cause, ossia non prende in considerazione il sovvertimento del principio del «favor matrimonii» e le altre implicazioni teologico-pastorali; g) che non si pone la domanda circa il motivo per cui dette Norme non sono state ulteriormente rinnovate, e cioè perché, dopo una esperienza di parecchi anni, non hanno trovato una valutazione favorevole.

⁽²⁷⁾ Cf. I. GORDON, Z. GROCHOLEWSKI, *Op. cit.*, p. 259, n. 1456.

⁽²⁸⁾ Cf. *Lettera del Consiglio per gli Affari Pubblici della Chiesa*, del 22 maggio 1974, ivi, p. 255, n. 1439.

4. Comunque, nell'Allocuzione alla Rota Romana del 1980 — e quindi ancora prima dell'entrata in vigore del CIC/83 — Giovanni Paolo II, dopo aver affermato che «Pio XII dichiarò in modo autentico [il corsivo è mio] il concetto canonico della certezza morale nell'allocuzione rivolta [...] il 1° ottobre 1942» e dopo aver citato letteralmente, e perciò confermato, le sue precisazioni, ha ribadito: «Di conseguenza a nessun giudice [corsivo è mio] è lecito pronunciare una sentenza a favore della nullità di un matrimonio, se non ha acquisito prima la certezza morale sull'esistenza della medesima nullità. *Non basta la sola probabilità* per decidere una causa [corsivo è mio]. Varrebbe per ogni cedimento a questo riguardo quanto è stato detto saggiamente delle altre leggi relative al matrimonio: ogni loro rilassamento ha in sé una dinamica impellente, "cui, si mos geratur, divortio, alio nomine tecto, in Ecclesia tolerando via sternitur"»⁽²⁹⁾.

5. La disposizione del can. 1608 dell'attuale Codice, che tratta della certezza morale, è identica (salva qualche diversa formulazione letteraria) riguardo alle questioni che intendo affrontare, al can. 1869 del Codice del 1917. Quindi — tenendo conto del can. 6 § 2 — ritengo doveroso, interpretando detta disposizione, prendere principalmente in considerazione le allocuzioni di Pio XII al riguardo, soprattutto quella del 1942, nonché quella di Giovanni Paolo II del 1980, che sono tutte pienamente concordi tra di loro.

Tanto più lo ritengo necessario perché si tratta almeno del magistero ordinario dei Romani Pontefici⁽³⁰⁾, ed anzi — avendo presenti le sopra citate (punto 2) precisazioni specifiche di Pio XII e la menzionata constatazione di Giovanni Paolo II: «Pio XII dichiarò in modo autentico il concetto canonico della certezza morale» — penso piuttosto che quell'ultimo Pontefice affermi trattarsi di una interpretazione autentica⁽³¹⁾ del concetto della certezza morale, o al-

⁽²⁹⁾ *Alloc.* 1980, n. 6, cpv. 2-4.

⁽³⁰⁾ Cf. sopra, nt. 22.

⁽³¹⁾ Secondo il can. 16 § 1 — al quale corrisponde il can. 17 del Codice del 1917 — «Interpreta autenticamente le leggi il legislatore e colui al quale egli abbia commesso la potestà d'interpretarle autenticamente». Quindi in primo luogo lo stesso legislatore interpreta le leggi autenticamente.

Nell'Allocuzione alla Rota Romana del 26 gennaio 1984 Giovanni Paolo II ha significativamente notato: «Un altro aspetto importante della relazione del giudice con la legge ruota attorno all'interpretazione di questa. In senso stretto la vera interpretazione autentica che dichiara il senso generale della legge per tutta la comunità è riservata al

meno che egli voglia che da questo momento detto concetto venga così considerato. Infatti l'espressione «dichiarare in modo autentico un concetto» non sembra poter significare altro che in modo autentico dichiarare il suo senso, ossia interpretarlo in tal modo.

Inoltre, ripeto, soprattutto l'allocuzione del 1942 è davvero magistrale al riguardo.

6. *Osservazioni metodologiche.* Dal momento che nelle ulteriori considerazioni citerò abbondantemente le menzionate allocuzioni, ritengo opportuno fare due osservazioni:

— Dette allocuzioni si riferiscono espressamente soltanto alle cause di nullità di matrimonio (e all'esame circa i presupposti per la soluzione del vincolo matrimoniale), ma riguardo alle determinazioni concernenti la certezza morale valgono ovviamente per tutte le cause ecclesiastiche, a norma del can. 1608 § 1, citato e spiegato all'inizio. Quindi, avendo fatto questa osservazione, non mi sforzerò nel citare i testi ad espellere da essi ogni riferimento alle cause matrimoniali, tanto più che proprio principalmente con queste hanno a che fare i tribunali ecclesiastici.

— In dette allocuzioni troviamo talvolta delle espressioni che all'inizio di questa relazione, in riferimento al can. 1608 § 1, ho indicato come non del tutto precise (che cioè sembrano insinuare che per pronunciare una «qualsiasi» sentenza il giudice deve avere la certezza morale)⁽³²⁾. Anche queste non cercherò di correggere nelle citazioni, tanto più che si tratta del modo di parlare assai comune nella letteratura canonistica, senza con ciò avere una idea sbagliata al riguardo.

V. *Il concetto della certezza morale.*

In realtà, in primo luogo Pio XII delinea *il concetto* della certezza morale. Per renderlo chiaro presenta prima altri due concetti: della certezza assoluta e della probabilità.

legislatore, secondo il noto principio: «unde ius prodiit, interpretatio quoque procedat» [Innocentius III, X, V, 39, 31]» (AAS 76 [1984] 643-649, n. 6).

⁽³²⁾ «[...] si richiede la certezza morale [...] acciocché il giudice possa procedere a pronunciare la sua sentenza» (*Alloc.* 1942, n. 1, cpv. 1; similmente *Alloc.* 1944, introduzione, cpv. 2); «La certezza di cui parliamo, è necessaria [...] per pronunciare una sentenza» (*Alloc.* 1942, n. 1, cpv. 5); «Il giudice umano [...] ha il dovere di formarsi, prima di emanare la sentenza giudiziale, una certezza morale» (*Alloc.* 1954, ai Giuristi Cattolici, p. 65, all'inizio).

1. La *certezza assoluta* è quella nella quale «ogni possibile dubbio circa la verità del fatto e la insussistenza del contrario è totalmente escluso».

Riguardo a tale certezza, il Pontefice afferma che essa «non è necessaria per proferire la sentenza»⁽³³⁾.

2. La maggiore o minore *probabilità* (o quasi-certezza), invece, che è in opposizione alla certezza assoluta, «non esclude ogni ragionevole dubbio e lascia sussistere un fondato timore di errare». Al riguardo, Pio XII dice che:

— la probabilità «non offre una base sufficiente per una sentenza giudiziaria intorno alla obiettiva verità del fatto»;

— essa, anche se non di rado viene chiamata (o considerata) nel linguaggio comune una cognizione certa o certezza, «non merita tale appellativo»⁽³⁴⁾.

3. «Tra la certezza assoluta e la quasi-certezza o probabilità sta, come tra due estremi», la *certezza morale*. Essa — afferma Pio XII e lo ripete Giovanni Paolo II — «nel lato positivo, è caratterizzata da ciò, che *esclude ogni fondato o ragionevole dubbio* e, così considerata, si distingue essenzialmente dalla menzionata quasi-certezza; dal lato poi negativo, *lascia sussistere la possibilità assoluta del contrario*, e con ciò si differenzia dall'assoluta certezza» (il corsivo è mio)⁽³⁵⁾.

Vale la pena notare che l'espressione «ogni fondato o ragionevole dubbio»⁽³⁶⁾ viene anche scambiata con «ogni dubbio prudente»⁽³⁷⁾, «ogni dubbio prudente, ossia fondato su ragioni positive»⁽³⁸⁾. Altrove afferma Pio XII che la certezza morale non si ha «se vi sono per la realtà del contrario motivi [...], almeno in qualche modo, degni di attenzione»⁽³⁹⁾. Tutte queste espressioni si integrano nello spiegare il concetto.

⁽³³⁾ *Alloc.* 1942, n. 1, cpv. 2.

⁽³⁴⁾ *Alloc.* 1942, n. 1, cpv. 3.

⁽³⁵⁾ *Alloc.* 1942, n. 1, cpv. 5; *Alloc.* 1980, n. 6, cpv. 3.

⁽³⁶⁾ Riguardo a questa espressione, oltre al testo appena citato, cf. *Alloc.* 1942, n. 2, all'inizio; n. 5, nella prima parte; *Alloc.* 1944, introduzione, cpv. 2; *Alloc.* 1954 ai Giuristi Cattolici, p. 65; *Alloc.* 1980, n. 6, cpv. 3.

⁽³⁷⁾ *Alloc.* 1941, n. 1, cpv. 3, alla fine; n. 3, cpv. 4, all'inizio.

⁽³⁸⁾ *Alloc.* 1941, n. 2, cpv. 2, in mezzo.

⁽³⁹⁾ «Una tale certezza [...] non si ha — specifica Pio XII —, se vi sono per la

Con altre parole, si tratta della certezza che esclude la *probabilità* del contrario, anche se non esclude la *possibilità* assoluta del contrario⁽⁴⁰⁾.

E.A. McCarty quindi definisce la certezza morale come «*adhaesio mentis alicui propositioni sine prudenti formidine errandi*»⁽⁴¹⁾.

VI. *L'oggettività della certezza morale.*

1. Pio XII sottolinea: «Ad ogni modo, questa certezza va intesa come certezza obbiettiva, cioè basata su motivi oggettivi». La oggettività, quindi, costituisce una caratteristica essenziale della certezza in parola.

Non si tratta, infatti, di «una certezza puramente soggettiva che si fonda sul sentimento o sulla opinione meramente soggettiva di questo o di quello, forse anche su personale credulità, sconsideratezza, inesperienza»⁽⁴²⁾.

2. Concordamente con ciò, il Codice prescrive che il giudice deve attingere questa certezza «*ex actis et probatis*» (can. 1608 § 2). «*Ex actis*», cioè dalle asserzioni e negazioni, petizioni e dinieghi

realtà del contrario *motivi* [...], almeno in qualche modo, degni di attenzione, e i quali per conseguenza fanno sì che il contrario debba qualificarsi come non soltanto assolutamente possibile, ma altresì, in qualche maniera probabile» (*Alloc.* 1942, n. 3, cpv. 1, alla fine: corsivo è mio).

⁽⁴⁰⁾ «Una tale certezza morale [...] non si ha, se vi sono per la realtà del contrario motivi, che [...] fanno sì che il contrario debba qualificarsi come non soltanto assolutamente possibile, ma altresì, in qualche maniera, probabile» (*Alloc.* 1942, n. 3, cpv. 1, alla fine). Cf. anche *Alloc.* 1941, n. 2, cpv. 2.

Così si esprimono anche generalmente gli autori. Cf. ad es. I. NOVAL, *De processibus*, pars I - *De iudiciis*, Augustae Taurinorum - Romae 1920, p. 409; A. BLAT, *Commentarium textus Codicis Iuris Canonici*, vol. IV - *De processibus*, Romae 1927, p. 376; M. LEGA, V. BARTOCETTI, *Op. cit.*, p. 934, n. 2; F.M. CAPPELLO, *Summa Iuris Canonici*, vol. III, Romae 1955⁴, p. 293, n. 324; E.A. MCCARTHY, *Op. cit.*, pp. 66 e 86; F. DELLA ROCCA, *De morali certitudine in sententia canonica*, in ID., *Saggi di diritto processuale canonico*, Padova 1961, p. 280 (idem in *Apollinaris* 33 [1960] 215); G.P. WEISHAUPT, *Art. cit.*, p. 410.

⁽⁴¹⁾ *Op. cit.*, p. 66. Ivi, pp. 66-68, l'A. spiega i singoli elementi di tale definizione. La sentenza rotale *coram* STAFFA, Ianuen., 3 iunii 1949, n. 2, similmente afferma che la certezza morale è «*adhaesio mentis absque dubio positivo circa rem sententia definientiam*» (SRRDec., p. 259).

⁽⁴²⁾ *Alloc.* 1942, n. 3, cpv. 1. Cf. anche *Alloc.* 1944, introduzione, cpv. 2.

dedotti in giudizio⁽⁴³⁾ e riferiti negli atti; «ex probatis», ossia dalle prove prodotte in giudizio e riferite negli atti. A ciò risponde il noto aforisma: «Quod non est in actis, non est in mundo».

Conseguentemente il can. 1604 § 1 stabilisce: «È assolutamente proibito alle parti, ai loro avvocati o anche ad altri di dare al giudice informazioni, che rimangano fuori dagli atti di causa».

Quindi il Codice esclude imperativamente, come fonte della certezza morale, le informazioni che non sono constatate nel processo⁽⁴⁴⁾.

Detto principio è stato perspicacemente affermato già da S. Tommaso d'Aquino: «Iudicare pertinet ad iudicem secundum quod fungitur publica potestate. Et ideo informari debet in iudicando non secundum id quod ipse novit tanquam privata persona, sed secundum id quod sibi innotescit tanquam personae publicae»⁽⁴⁵⁾; e, rispondendo all'obiezione che il giudice peccerebbe se procedesse «contra conscientiam veritatis quam habet», ribadisce: «Homo in his quae ad propriam personam pertinent, debet informare conscientiam suam ex propria scientia. Sed in his quae pertinent ad publicam potestatem, debet informare conscientiam suam secundum ea quae in publico iudicio sciri possunt»⁽⁴⁶⁾.

(43) In realtà, la parola «acta» nel can. 1608 § 2, secondo una genuina interpretazione, non è un semplice sostantivo e cioè non significa affatto gli atti giudiziari ai sensi del can. 1522 — anche se non pochi autori così interpretano detta parola —, ma è il participio perfetto passivo (come la parola «probatis») del verbo *agere*, e quindi significa ciò che è compiuto nel processo. Gli atti giudiziari sono soltanto un contenitore in cui si trovano gli elementi, ossia «acta et probata», dai quali il giudice deve attingere la certezza morale a norma del can. 1608 § 2. Cf. al riguardo sopra nt. 14 ed inoltre: I. NOVAL, *Op. cit.*, pp. 410-411; E.A. McCARTHY, *Op. cit.*, p. 80; e soprattutto K. LÜDICKE, *Op. cit.*, p. 248, n. 7.

(44) C. DE DIEGO-LORA, *Comm. cit.*, p. 1539. Al riguardo cf. anche I. NOVAL, *Op. cit.*, p. 411; A. BLAT, *Op. cit.*, p. 376-377; E.A. McCARTHY, *Op. cit.*, pp. 50-51, 80-82; M. LEGA, V. BARTOCCEI, *Op. cit.*, pp. 938-940, nn. 9-11; O. GIACCHI, *Art. cit.*, pp. 615-616; F. DELLA ROCCA, *Art. cit.*, pp. 281-282 (in *Apollinaris*, 216-217); J. LLOBELL, *La genesi della sentenza canonica*, in AA.VV., *Il processo matrimoniale canonico*, Città del Vaticano 1994², p. 700.

Osserva una sentenza *coram* MATTIOLI: «Si praescripta certitudo non ab actis, sed a privatis aut externis documentis aut elementis hauriretur, non esset iudicialis sententia, sed aliud» (26 februarii 1954, n. 2, in SRRDec., p. 176).

(45) *Summa Theol.*, II-II, q. 67, a. 2, respondeo (in SANCTI THOMAE DE AQUINO, *Summa Theologiae*, Editiones Paolinae, Cinisello Balsano [Milano] 1988², p. 1377).

(46) *Ibidem*, ad 4.

Comunque, nel caso che il giudice abbia dalla scienza privata gli elementi contrari da quanto risulta dagli atti, per prevenire una sentenza ingiusta, egli può d'ufficio supplire le prove a norma del can. 1452.

3. Evidentemente, ad assicurare l'oggettività della certezza morale sono orientate tutte le norme del diritto processuale canonico. Di lì l'importanza della loro retta osservanza. Dell'argomento farò qualche cenno anche appresso (IX, 2).

VII. *L'oggetto della certezza morale.*

Il can. 1608 al § 1 parla in modo generico dicendo che il giudice deve avere questa certezza «su quanto deve decidere con essa» («circa rem sententia definiendam»).

Il § 2 del medesimo canone, invece, parlando della certezza morale «ex actis et probatis», tratta soltanto della certezza morale circa il fatto (non circa le legge) ⁽⁴⁷⁾.

Nelle menzionate allocuzioni si parla spesso della certezza morale circa il *fatto* da giudicare ⁽⁴⁸⁾. Anche tali affermazioni sembrano dover essere interpretate nel senso che i Pontefici parlino qui soltanto della certezza riguardante i fatti (e non di quella concernente la legge materiale da applicare) ⁽⁴⁹⁾. Ma le affermazioni in parola forse possono anche essere interpretate — almeno qualche volta — nel senso che si tratti del fatto di validità o meno del matrimonio, e quindi che la certezza morale debba riferirsi sia alla legge materiale da applicare sia alla verità dei fatti ossia delle prove ⁽⁵⁰⁾.

⁽⁴⁷⁾ Cf. ad es. E.A. McCARTHY, *Op. cit.*, pp. 78, 108; M. LEGA, V. BARTOCETTI, *Op. cit.*, p. 935, n. 3. Così anche intendono detto paragrafo altri autori.

⁽⁴⁸⁾ Circa «lo stato di fatto della causa» (*Alloc.* 1942, n. 1, cpv. 1); «la verità del fatto» (*Alloc.* 1942, n. 1, cpv. 2, all'inizio; n. 1, cpv. 3, alla fine; n. 4 cpv. 2, in mezzo; *Alloc.* 1944, introduzione, cpv. 2, verso fine; *Alloc.* 1980, n. 6, cpv. 1, all'inizio); «il fatto da giudicare» (*Alloc.* 1942, n. 1, cpv. 4, all'inizio); «la realtà del fatto» (*Alloc.* 1942, n. 3, cpv. 3, in mezzo); «la verità o esistenza del fatto» (*Alloc.* 1980, n. 5, cpv. 1).

⁽⁴⁹⁾ Tale modo di capire detti discorsi appare fondato anche se si considera che in questo contesto si parla della valutazione delle prove e dell'osservanza della legge processuale (cf. *Alloc.* 1942, n. 2; n. 3, cpv. 2-3; n. 4; *Alloc.* 1980, n. 5, cpv. 2). Cf. anche O. GIACCHI, *Art. cit.*, pp. 611-612.

⁽⁵⁰⁾ Nel senso della seguente frase: «[...] bastanti cioè alla necessaria certezza morale circa la verità e la realtà del caso da giudicare» (*Alloc.* 1942, n. 4, cpv. 1); oppure di

Qualunque sia (anche cioè se i Romani Pontefici davvero avessero voluto in detti discorsi limitarsi soltanto alla certezza morale da acquisire circa la realtà dei fatti adottati), non vi può essere alcun dubbio che la certezza morale deve riferirsi sia alla legge materiale (sostantiva) da applicare sia alla realtà dei fatti da provare (cf. anche can. 1611 n. 3)⁽⁵¹⁾. Così, ad es., se, riguardo alla retroattività del dolo come capo di nullità del matrimonio (can. 1098), il giudice dopo un approfondito e serio esame di tale punto di diritto (presi in considerazione anche il magistero se ci fosse al riguardo, la giurisprudenza rotale, e gli autori seri) non potesse escludere ogni «ragionevole dubbio» (un dubbio «degno di attenzione»), non potrebbe dichiarare nullo, per tale motivo, un matrimonio contratto prima dell'entrata in vigore dell'attuale Codice.

In base alle diverse opinioni che si esprimono nella realtà odierna, gli esempi di questo genere si potrebbero moltiplicare, soprattutto forse riguardo all'interpretazione del can. 1095 nn. 2-3, alla comprensione della determinazione della volontà di cui al can. 1099, all'interpretazione dell'errore di cui al can. 1097, alla rilevanza della mancanza di fede in ordine alla nullità del matrimonio. Ciò rende il lavoro del giudice più difficile. Qualora il giudice non sia in grado di raggiungere la certezza morale, fondata in argomenti oggettivi (fondati nelle norme concernenti la interpretazione della legge: cf. cann. 17-22), che la legge realmente consideri nullo il matrimonio in una determinata fattispecie adottata come motivo di nullità, in essa egli deve sentenziare: «non constare de nullitate»⁽⁵²⁾.

un'altra (anche se essa formalmente non parla della certezza morale): «il fine [del processo matrimoniale] è l'accertare autorevolmente e il porre in vigore la verità [ovviamente dei fatti] e il diritto ad essa corrispondente [evidentemente materiale], relativamente all'esistenza [...] di un vincolo matrimoniale» (*Alloc.* 1944, n. 1, cpv. 2), ossia relativamente al fatto dell'esistenza di un vincolo.

⁽⁵¹⁾ Così comunemente gli autori. E.A. McCARTHY afferma: «Obiectum enim certitudinis moralis iudicialis est res sententia definienda, quae esse potest vel dubium iuris in casu particulari vel dubium facti» (*Op. cit.* p. 67, cf. pure ivi pp. 67, 78, 82, 107-109, 112). Cf. anche ad es. M. LEGA, V. BARTOCETTI, *Op. cit.*, p. 935, n. 3 (cf. anche pp. 935-938, nn. 4-8); F.M. CAPPELLO, *Op. cit.*, p. 295, n. 325; J. GARCÍA FAILDE, *Op. cit.*, p. 202, n. 2; A. BONNET, *Art. cit.*, pp. 86-87; K. LÜDICKE, *Op. cit.*, p. 247, n. 3, p. 248, nn. 5-6; C. DE DIEGO-LORA, *Comm. cit.*, pp. 1539, 1547-1548. Singolari sono le considerazioni di O. GIACCHI, *Art. cit.*, pp. 612-615, che non mi sembrano condivisibili né aventi un fondamento nella legge.

⁽⁵²⁾ Riguardo ai dubbi circa il diritto cf. le considerazioni di: E. McCARTHY, *Op.*

VIII. *La necessità e la sufficienza della certezza morale.*

1. La certezza morale, definita sopra, ribadisce il Papa, è da una parte *necessaria*, per pronunciare una sentenza affermativa, e dall'altra *sufficiente* « anche se nel caso particolare sarebbe possibile di conseguire per via diretta o indiretta una certezza assoluta »⁽⁵³⁾.

Riguardo a questa sufficienza, egli afferma categoricamente: « Nessun Tribunale ecclesiastico ha il diritto e il potere di esigere di più »⁽⁵⁴⁾.

Quindi, parlando specificatamente delle sentenze di nullità matrimoniale, Pio XII uguaglia il verbo *constare* (« constare de matrimoni nullitate ») con l'espressione *avere morale certezza*⁽⁵⁵⁾.

2. Comunque anche nell'ambito di detta certezza morale si ammettono vari gradi⁽⁵⁶⁾. Pio XII si pone perciò la domanda: « quale grado il giudice può o deve esigere per essere in stato di procedere ad emanare la sentenza? ». Rispondendo⁽⁵⁷⁾, sigilla praticamente tre principi:

a. Riconferma che « *di regola* » basta il grado minimo della certezza morale, ossia che « si abbi in realtà una [vera] certezza morale oggettiva, [...] cioè sia escluso ogni ragionevole dubbio circa la verità ». « Una volta ciò assicurato, [il giudice] di regola, non deve chiedere un più alto grado di certezza ». Quindi, egli « primariamente deve in tutti i casi accertarsi » se esista o meno tale realtà.

b. « Quando *la legge* [corsivo aggiunto], massime a cagione della importanza del caso », *prescrive il più alto grado* di certezza, ovviamente non basta detto minimo grado, ma è necessario il grado richie-

cit., pp. 107-109; M. LEGA, V. BARTOCETTI, *Op. cit.*, pp. 935-938, nn. 4-7; A. STANKIEWICZ, *Interpretazione della legge con riferimento alle funzioni della potestà ecclesiastica*, in *Apollinaris* 52 (1979) 416-441, specialmente 430-438; J. GARCÍA FÁILDE, *Op. cit.*, pp. 203-205. Vedi anche le altre citazioni della nota precedente.

⁽⁵³⁾ *Alloc.* 1942, n. 1, cpv. 5. Cf. anche *Alloc.* 1980, n. 6, cpv. 3, alla fine.

⁽⁵⁴⁾ *Alloc.* 1941, n. 2, cpv. 2, verso fine.

⁽⁵⁵⁾ « [...] allora la sentenza di nullità non può essere negata [...] purché consti dell'asserita invalidità, per quel *constare* che nelle cose umane suol dirsi ciò di cui si ha *morale certezza*, che cioè escluda ogni dubbio prudente » (*Alloc.* 1941, n. 2, cpv. 2).

⁽⁵⁶⁾ *Alloc.* 1942, n. 1, cpv. 1 (alla fine), nonché n. 5, cpv. 1 (inizio).

⁽⁵⁷⁾ *Alloc.* 1942, n. 5.

sto dalla legge. Comunque, attualmente per nessun genere di cause, almeno nella legge universale, è richiesto un tale grado più alto⁽⁵⁸⁾.

Avendo presenti i canoni citati nell'Allocuzione del 1942 al riguardo⁽⁵⁹⁾, sembra che enunciando questo principio il Pontefice voglia anche dire che quando la legge prescrive quale valore è da attribuire ad una prova, non si può a questa prova, come tale, attribuire il valore più alto, in ordine a formare la certezza morale⁽⁶⁰⁾.

c. «Potrà bensì talora *la prudenza consigliare* che il giudice, quantunque non si abbia una espressa disposizione di legge, in cause di più grave momento non si appaghi di un grado infimo di certezza [morale]». Riguardo a tale caso, il Pontefice nota: «Se però, dopo seria considerazione ed esame, *si avrà una sicurezza corrispondente alle prescrizioni legali e all'importanza del caso*, non si dovrà insistere, con notevole aggravio delle parti, perché si adducano nuove prove per raggiungere un grado ancor più elevato. L'esigere la più grande possibile sicurezza, nonostante la *corrispondente certezza* che già esiste, non ha giusta ragione ed è da respingersi»⁽⁶¹⁾ (corsivi aggiunti).

Pio XII, quindi, costata, e penso che è opportuno notarlo, che a motivo dell'importanza del caso la prudenza può consigliare di non accontentarsi del minimo grado della certezza morale, ma di ricercare un grado maggiore, però sempre nell'ambito della certezza morale (in quanto mirare ad avere una certezza assoluta in nessun caso può essere giustificato).

Comunque la constatazione del Papa, almeno a prima vista, sembra di difficile comprensione, anzi contraddittoria. Da una parte, infatti, Pio XII dice che la prudenza può consigliare al giudice di non

⁽⁵⁸⁾ L'*Alloc.* 1942, cita al riguardo i seguenti cann. del CIC/1917: 1869 § 3 (sostanzialmente uguale all'attuale can. 1608 § 3), nonché 1791 § 2 che prescriveva: « Si sub iuramenti fide duae vel tres personae, omni exceptione maiores, sibi firmiter cohaerentes, de aliqua re vel facto in iudicio testificentur de scientia propria, sufficiens probatio habetur; nisi in aliqua causa iudex ob maximam negotii gravitatem, vel ob indicia quae aliquod dubium de veritate rei assertae ingerunt, necessariam censeat plenior probationem ». Comunque, nella seconda parte di questo paragrafo, la legge fa dipendere dal discrezionale giudizio del giudice se sia necessaria una prova più piena. Nel corrispondente canone del Codice vigente (can. 1573) non si trova più un prescritto simile.

⁽⁵⁹⁾ Cf. nota precedente.

⁽⁶⁰⁾ Ossia che detto principio contenga in se anche ciò che prescrive il can. 1608 § 3. Di questo prescritto tratterò appresso.

⁽⁶¹⁾ Tutte le citazioni finora fatte in questo punto 2 sono dall'*Alloc.* 1942, n. 5.

appagarsi di un grado minimo di certezza morale, in altre parole di non appagarsi del solo fatto che sia escluso ogni ragionevole (prudente) dubbio; dall'altra, invece, con forza ribadisce che richiedere di più di questo « non ha giusta ragione ed è da respingersi » (cf. anche sopra n. 1).

Penso che le considerazioni di McCarthy⁽⁶²⁾ — che intendo qui in qualche modo sintetizzare, facendo però riferimenti al nuovo Codice e aggiungendo qualche mia riflessione — ci permettano di capire rettamente la questione. Questo autore, partendo dall'affermazione che all'essenza della certezza morale appartiene l'esclusione di ogni « dubbio prudente » (cioè di ogni ragionevole dubbio secondo il giudizio « hominis prudentis »), sostiene che la natura della prudenza e della certezza morale ammette una certa relatività nel dubbio prudente, nel senso che a motivo di certi fattori lo stesso dubbio in un caso possa impedire all'uomo prudente di dare la sentenza positiva, non invece in un altro caso. I fattori dai quali ciò dipende sono principalmente due:

— *La natura dell'oggetto da provare e la sua attitudine di essere provato.* Alcune cose ammettono una maggiore, altre una minore certezza e di conseguenza il giudice prudente in alcune questioni deve richiedere una maggiore, in altre una minore certezza morale. Se il giudice richiedesse una prova maggiore di quella che prudentemente si possa avere, offenderebbe sia la verità che la giustizia. Concorde mente con queste costatazioni, il can. 1679 (nuovo nel CIC/83) — in riferimento alle cause di nullità matrimoniale — stabilisce: « A meno che non si abbia da altra fonte pienezza di prove, il giudice, per valutare a norma del can. 1536 le deposizioni delle parti, si serva, se è possibile, di testimoni sulla credibilità delle parti stesse, oltre ad altri indizi ed amminicoli ». Quindi, se l'asserto dell'attore può essere provato con prove più forti, ad esse si deve ricorrere; soltanto nel caso in cui la questione non può essere provata con le prove più forti⁽⁶³⁾, il giudice deve ricorrere a prove di minor importanza per vedere se si possa arrivare alla certezza morale. Altrimenti non si avrebbe un giudizio prudente. Nello stesso modo anche prima del nuovo

(62) *Op. cit.*, pp. 68, 86-97, 99 (all'inizio), 100 (righe 5-9, 15-17), 111 (ultimo cpv.).

(63) Cf. I. GORDON, *Novus processus nullitatis matrimonii*, Romae 1983, p. 33; G.P. WEISHAUP, *Art. cit.*, p. 419.

Codice, ma soltanto in riferimento alle cause di inconsumazione nelle quali non è possibile avere le prove dirette, si ammettevano, a norma del can. 1975 del CIC/17⁽⁶⁴⁾, le prove indirette che in altre cause non sarebbero state sufficienti ad efformare la certezza morale. Similmente se la morte del coniuge può essere dimostrata con un documento autentico non sarebbe prudente formarsi la certezza più debole con argomenti di minor rilevanza (cf. can. 1707 § 1)⁽⁶⁵⁾.

— *La gravità della materia*, ossia il bene che viene esposto al pericolo da una eventuale sentenza erronea⁽⁶⁶⁾. E qui si tratta principalmente del bene pubblico. Così, per le cause di bene pubblico (e specialmente per quelle matrimoniali⁽⁶⁷⁾ e penali), la stessa legge, a motivo di saggia prudenza, prescrive più grandi garanzie per un

⁽⁶⁴⁾ Cf. anche le Regole della Sacra Congregazione per i Sacramenti del 7 maggio 1923, artt. 20, 66-70, in AAS 15 (1923) 396, 405-406, e l'Istruzione del 7 marzo 1972, II b, in AAS 64 (1972) 248.

⁽⁶⁵⁾ E. McCARTHY osserva al riguardo: «Generatim ex parte naturae obiecti probationis, videtur quod iudex prudens requirere debet maiorem gradum probabilitatis [nel senso filosofico] in iudicio de rebus externis, quam de rebus internis (e.g. consensus); maiorem de rebus sua natura publicis quam de rebus sua natura occultis, maiorem de actibus publicis quam de actibus privatis, maiorem de facto positivo quam de negativo, etc. Ex parte circumstantiarum, maiorem de actibus recentibus quam de actibus antiquis, maiorem de rebus propinquis quam de rebus longinquis etc» (*Op. cit.*, p. 89). Comunque, rimane fermo il principio, secondo il quale senza una vera certezza morale il giudice in nessun caso può pronunziare la sentenza favorevole all'attore.

⁽⁶⁶⁾ Al riguardo McCARTHY nota: «Psychologicae autem influxus gravitatis negotii in iudicium sequitur ex ipsa natura certitudinis moralis iudicialis. Certitudo moralis iudicialis enim revera non est certitudo stricto sensu [cioè nel senso filosofico], sed probabilitas maxima [nel senso filosofico]. In statu probabilitatis autem veritas obiectiva non ita evidens est ut intellectus necessarie moveatur ad assensum.

Ergo opus est influxu voluntatis moventis intellectum ad assentiendum. Obiectum autem voluntatis non est verum sed bonum, quod sane in iudicio apparet sub aspectu aversionis a malo. Nunc autem quo gravior est materia, eo maius est malum avertendum (sc. bonum assequendum) a sententia obiective vera et ideo sine evidentia clarissima minor est inclinatio voluntatis ad imperandam decisionem, quatenus, si haec erronea esset, malum induceretur (sc. bonum pessumdaretur)» (*Op. cit.*, p. 91).

Cf. anche ad es. M. LEGA, V. BARTOCETTI, *Op. cit.*, p. 938, n. 8; J. GARCÍA FAÏLDE, *Op. cit.*, p. 207, n. 2.

⁽⁶⁷⁾ Nella sentenza *coram* STAFFA, Ianuen., 3 iunii 1949, n. 3, si legge: «Eruitur [...] maximam certitudinem in iudice requiri, pro maxima negotii gravitate: negotia autem maximae gravitatis sunt causae de validitate vinculi matrimonialis, quibus maximum bonum publicum et privatum, spirituale et temporale, in discrimen adducitur. Merito proinde in ipsis plenissima probatio exigitur, quam certo quis assequi nequit multitudine testium, qui non veritati sed parti favendi studio moventur» (SRRDec., pp. 259-260).

giudizio retto, ad es. esigendo, riguardo a dette cause (o alcune di esse), che venga richiesto il giuramento dalle parti (cf. can. 1532), che siano trattate da tre giudici (can. 1425 § 1), che intervenga il difensore del vincolo o il promotore di giustizia (cf. cann. 1432-1433), che il giudice proceda d'ufficio (can. 1452 § 1⁽⁶⁸⁾), che la parte goda di assistenza di un avvocato (can. 1481 §§ 2-3), che per rendere esecutiva una sentenza siano necessarie due decisioni conformi (can. 1684).

Riguardo a quanto or ora ho detto ritengo doveroso fare due precisazioni: 1) In dette considerazioni forse non tanto si tratta di un maggiore grado di certezza morale come tale (l'esclusione di ogni ragionevole dubbio nell'animo del giudice), quanto di una maggior sicurezza o garanzia per non sbagliare e per assicurare maggiormente l'oggettività della certezza. Comunque, le due cose non sembrano poter essere completamente disgiunte. 2) Per illustrare ciò che, secondo le parole di Pio XII, talora *la prudenza può consigliare al giudice*, ho preso esempi dalla legge, e cioè da ciò che la legge stessa, per motivo di saggia prudenza, prescrive per avere più grandi garanzie di oggettività in alcune cause, nella speranza che proprio questi esempi costituiscano la più valida indicazione anche per quanto la prudenza può consigliare al giudice in ordine ad acquisire una certezza morale adeguata al caso concreto.

3. Perché la certezza morale è necessaria e sufficiente? Pio XII risponde direttamente, affermando: « [s]olo così può aversi una regolare e ordinata amministrazione della giustizia, che proceda senza inutili ritardi e senza eccessivo gravame del tribunale non meno che delle parti »⁽⁶⁹⁾.

Risponde anche indirettamente, in quanto da una parte indica perché la certezza assoluta non è necessaria, e dall'altra perché la probabilità non è sufficiente.

La certezza assoluta « non è necessaria per proferire la sentenza », perché:

— « in molti casi raggiungerla non è possibile agli uomini »;

⁽⁶⁸⁾ Cf. anche il § 2, in quanto lo stesso bene pubblico esige che non ci siano sentenze « graviter iniustae ». Vedi al riguardo E. McCARTHY, *Op. cit.*, pp. 93-97.

⁽⁶⁹⁾ *Alloc.* 1942, n. 1 (alla fine).

— «l'esigerla equivarrebbe al richiedere cosa irragionevole dal giudice e dalle parti»;

— in quanto ciò «importerebbe il gravare l'amministrazione della giustizia al di là di una tollerabile misura, anzi ne incepperebbe in vasta proporzione la via»⁽⁷⁰⁾;

— esigendola, ossia «esigendo di più» che la certezza morale nelle cause di nullità matrimoniale, «facilmente si viene a ledere lo stretto diritto degli attori al matrimonio; giacché, non essendo essi in realtà legati da alcun vincolo matrimoniale, godono del naturale diritto di contrarlo»⁽⁷¹⁾.

La probabilità, invece, non è bastante perché — come notato sopra — «non offre una base sufficiente per una sentenza giudiziaria intorno alla obiettiva verità del fatto»⁽⁷²⁾. Al riguardo occorre anche richiamare l'osservazione di Gordon, citata sopra, circa il probabile motivo, desunto dal Decreto di Graziano, per cui si è deciso nel Codice del 1917 di richiedere la certezza morale per qualsiasi causa.

Comunque, leggendo i discorsi di Pio XII, è facile constatare che egli fu più preoccupato di sottolineare e giustificare la non necessità della certezza assoluta che di difendere l'insufficienza della sola probabilità. Ciò traspare anche nella sua affermazione che poco fa ho qualificato come risposta diretta. Tale suo atteggiamento è facilmente spiegabile. Infatti egli parlò della certezza morale in riferimento alle cause di nullità matrimoniale, e queste appartenevano prima del CIC/17 a quelle nelle quali, per pronunciare una sentenza affermativa, si richiedeva un maggiore grado di certezza (talvolta maggiore dell'attuale certezza morale), inoltre erano sempre considerate di grande importanza in quanto riguardano il bene pubblico e la realtà sacramentale, essenziale per la vita e lo sviluppo della Chiesa. L'insufficienza della sola probabilità nelle cause di questo genere era quindi cosa ovvia, che non richiedeva grande giustificazione⁽⁷³⁾. È toccato poi a Giovanni Paolo II, come ho notato sopra, di alzare la voce per ribadire con decisione l'insufficienza della probabilità,

⁽⁷⁰⁾ *Alloc.* 1942, n. 1, cpv. 2.

⁽⁷¹⁾ *Alloc.* 1941, n. 2, alla fine.

⁽⁷²⁾ *Alloc.* 1942, n. 1, cpv. 3.

⁽⁷³⁾ In realtà, Pio XII cominciò a parlare della certezza morale dopo aver affermato: «Quanto alle dichiarazioni di nullità dei matrimoni, nessuno ignora essere la Chiesa guardinga e aliena dal favorirle [...] Ond'è che il giudice ecclesiastico non deve mostrarsi facile a dichiarare la nullità del matrimonio» (*Alloc.* 1941, n. 2).

quando proprio questa — per motivi dedotti da una superficiale pastoralità — ha cominciato ad attirare l'interesse in ordine alla definizione delle cause di nullità matrimoniale.

IX. *La strada per arrivare alla certezza morale.*

Vorrei qui considerare i fattori che, secondo Pio XII, conducono a raggiungere nell'animo del giudice la certezza morale, intesa come certezza obbiettiva.

1. *Le qualità personali del giudice e la sua preparazione.* Questo primo fattore è piuttosto un presupposto per poter affrontare un'iter diretto a raggiungere una certezza oggettiva. Il Pontefice nota al riguardo: «Una tale certezza morale oggettivamente fondata non si ha, se vi sono per la realtà del contrario motivi, che un *sano, serio e competente giudizio* [corsivo aggiunto] dichiara come, almeno in qualche modo, degni di attenzione, e i quali per conseguenza fanno sì che il contrario debba qualificarsi come non soltanto assolutamente possibile, ma altresì, in qualche maniera, probabile»⁽⁷⁴⁾. È necessario, quindi, da parte del giudice un giudizio sano, serio e competente. Infatti — come ho notato sopra, delineando, con le parole dello stesso Pontefice, la caratteristica della oggettività della certezza morale — non si tratta di una certezza fondata «su personale credulità, sconsideratezza, inesperienza».

In realtà, non danno garanzie di arrivare alla certezza morale, caratterizzata da oggettività, sia le persone di giudizi stravaganti, squilibrati, superficiali, smisuratamente scrupolose o al contrario lasiste, sia quelle che non hanno una adeguata preparazione canonica per affrontare l'ufficio di giudice ecclesiastico⁽⁷⁵⁾. Assumere tale ufficio senza una dovuta preparazione, nella speranza di contribuire tramite esso all'efficacia pastorale e salvezza delle anime, ha un pò il sapore di ciò che i moralisti chiamano «tentare il Signore» («tentatio Dei»).

⁽⁷⁴⁾ *Alloc.* 1942, n. 3 cpv. 1. Cf. anche ivi, n. 2: «[...] non lasciano più sorgere per un *uomo di sano giudizio* alcun ragionevole dubbio» (il corsivo è mio).

⁽⁷⁵⁾ Cf., fra tanti richiami in questo senso, ad es. V. BARTOCETTI, *De causis matrimonialibus*, in M. LEGA, V. BARTOCETTI, *Op. cit.*, vol. III, p. 206*; P. FELICI, *Art. cit.*, p. 180 n. 7, e p. 184; G.P. WEISHAUP, *Art. cit.*, 421-422.

Io aggiungerei inoltre che non danno detta garanzia anche i giudici che non credono nei valori che devono essere difesi nel processo, e ciò vale soprattutto per quanto riguarda le cause di nullità matrimoniale. In genere soltanto coloro che credono in detti valori, li prenderanno seriamente in considerazione.

Quindi è comprensibile che il Codice richieda dai giudici alcune qualità specifiche (cf. cann. 1420 § 4, 1421 § 3).

2. *L'impegno nell'osservare la legge processuale.* Nota Pio XII che proprio « [p]er rendere sicura la oggettività di questa certezza, il diritto processuale stabilisce ben definite regole d'inchieste e di prove. Si richiedono determinate prove o corroboramenti di prove; altre sono invece indicate per insufficienti; si costituiscono speciali uffici e persone, incaricati durante il procedimento di tenere innanzi agli occhi, affermare e difendere determinati diritti o fatti »⁽⁷⁶⁾.

Al riguardo, lo stesso Pontefice fa due affermazioni:

— « [I]a coscienziosa osservanza di tali norme è un dovere del giudice »;

— « nella loro applicazione egli ha da tener presente che non sono fine a se stesse, bensì mezzi al fine, vale a dire per procurare e assicurare una certezza morale oggettivamente fondata circa la realtà del fatto. Non deve avvenire che ciò che secondo la volontà del legislatore ha da essere un aiuto e una garanzia per la scoperta della verità, ne divenga invece un impedimento »⁽⁷⁷⁾.

3. *Lo sforzo nel valutare le prove secondo la sua coscienza.* Stabilisce il can. 1608 al § 3: « Il giudice deve poi valutare le prove secondo la sua coscienza », ponendo però al riguardo un limite: « fermo restando le disposizioni della legge sull'efficacia di talune prove ».

a. Concordamente con questo, osserva Pio XII che « nella moderna procedura giudiziaria, anche ecclesiastica, non [è] posto in prima linea il principio del formalismo giuridico, ma la massima del libero apprezzamento delle prove ». E quindi rileva: « Il giudice

⁽⁷⁶⁾ *Alloc.* 1942, n. 3, cpv. 2. Al riguardo cf. anche E. McCARTHY, *Op. cit.*, pp. 99-100.

⁽⁷⁷⁾ *Alloc.* 1942, n. 3, cpv. 3. Aggiunge il Papa: « Qualora l'osservanza del diritto formale si tramutasse in una ingiustizia o in una mancanza di equità è sempre possibile il ricorso al legislatore » (ivi). Nel caso concreto si potrebbe ricorrere anche all'*epikeia*.

deve — senza pregiudizio delle [...] prescrizioni processuali — decidere secondo la sua propria scienza e coscienza se le prove addotte [evidentemente pro e contra] e la inchiesta ordinata sono o no sufficienti, bastevoli cioè alla necessaria certezza morale circa la verità e la realtà del caso da giudicare»⁽⁷⁸⁾.

A questo punto ci sarebbe il posto per affrontare la delicata questione circa la retta valutazione delle prove. Si tratta di una questione molto importante, in quanto il libero apprezzamento delle prove non significa affatto una arbitrarietà⁽⁷⁹⁾; inoltre, come ho notato sopra, la caratteristica essenziale della certezza morale — alla formazione della quale sono orientate la presentazione e la valutazione delle prove — è la sua oggettività. Ometto, però, tale argomento, perché la sua adeguata trattazione richiederebbe troppo spazio⁽⁸⁰⁾.

Comunque, ritengo opportuno ricordare che — come risulta dallo stesso concetto della certezza morale (cf. sopra V, 3) — un fat-

⁽⁷⁸⁾ *Alloc.* 1942, n. 4, cpv. 1.

⁽⁷⁹⁾ Cf. ad es. M. FAKA, *Normy ogólne kanonicznego procesu sądowego*, pars II, Warszawa 1978, p. 246; P.A. BONNET, *Art. cit.*, p. 82; T. PAWLUK, *Prawo kanoniczne według Kodeksu Jana Pawła II*, tom IV, Olsztyn 1990, p. 292; F. HÜRTH inoltre avverte: «Vix est cur explicite moneatur hanc liberam probationum appretiationem, quae in Allocutione iudici vindicatur et conceditur, esse omnino diversam a libera iuris inventionem, quae inibi iudici non tribuitur, et quae saltem summum "lubitus iuridici" periculum continet» (*Art. cit.*, p. 364, n. 8).

⁽⁸⁰⁾ Fra i numerosi studi al riguardo si possono consultare ad es. H. FLATTEN, *Die freie Beweiswürdigung im kanonischen Prozeß*, in *Theologische Quartalschrift* 139 (1959) 427-460, idem in *Id.*, *Gesammelte Schriften zum kanonischen Eherecht* (Hrsg. H. Müller), Paderborn 1987, pp. 232-255; idem in lingua latina *Qua libertate iudex ecclesiasticus probationes appretiare possit et debeat*, in *Apollinaris* 33 (1960) 185-210; C. DE DIEGO-LORA, *La apreciación de las pruebas, documentos y confesión judicial en proceso de nulidad de matrimonio*, in *Ius Canonicum* 7 (1967) 529-573; A. JULLIEN, *Juges et Advocats des Tribunaux de l'Eglise*, Roma 1970, pp. 357-447; T. GIUSSANI, *Discrezionalità del giudice nella valutazione delle prove*, Città del Vaticano 1977; R. NAVARRO VALS, *La valoración de la prueba en el Derecho Canónico*, in AA.VV., *La norma en el derecho canónico* (Actas de III Congreso internacional de derecho canónico, Pamplona 10-15 de octubre de 1976), vol. I, Pamplona 1979, 1113-1124; P. FELICI, *Art. cit.*; G. VERSALDI, *L'oggettività delle prove in campo psichico*, Brescia 1981; Z. GROCHOLEWSKI, *Il giudice ecclesiastico di fronte alle perizie neuro-psichiatriche e psicologiche*, in *Apollinaris* 60 (1987) 183-203; A. STANKIEWICZ, *Le caratteristiche del sistema probatorio canonico*, in AA.VV., *Il processo matrimoniale canonico*, cit., pp. 567-597; J. CORSO, *Le prove*, *ibidem*, pp. 599-623; AA.VV., *I mezzi di prova nelle cause matrimoniali secondo la giurisprudenza rotale*, Città del Vaticano 1995; A. STANKIEWICZ, *La valutazione delle perizie nelle cause matrimoniali per incapacità psichica*, in *Monitor Ecclesiasticus* 117 (1993) 263-287.

tore essenziale della stessa è la retta valutazione anche di tutti gli argomenti degni di attenzione che si oppongono alla domanda dell'attore⁽⁸¹⁾.

b. Per quanto concerne le menzionate *prove legali* («prescritti su l'efficacia di talune prove»), se già prima dell'attuale Codice si è potuto affermare che, «secondo la tradizione, il principio delle prove legali viene molto di più ristretto nel processo canonico che nel processo secondo le legislazioni statali», che «nel processo canonico sempre ha prevalso [...] il libero giudizio, da parte del giudice, sull'efficacia delle prove, piuttosto che il giudizio su di loro secondo le regole ferme, stabilite dalla legge», che nel CIC/17 «in realtà sono molto poche le prove legali [...] come fonti della certezza morale del giudice»⁽⁸²⁾, ciò tanto più si può dire oggi dopo l'entrata in vigore del nuovo Codice, nel quale le prove legali sono state ulteriormente ridotte⁽⁸³⁾.

Occorre anche tener presente che le prove legali sono eccezioni alla legge (cf. can. 1608 § 3) e quindi devono essere interpretate in senso stretto (can. 18)⁽⁸⁴⁾. Inoltre esse sono stabilite per essere di aiuto e non di impedimento nella ricerca della verità⁽⁸⁵⁾.

(81) Infatti, «the removal of all positive valuable arguments in favor of the contradictory judgment is an essential factor of certainty» (A. CARON, *The Concept of Moral Certitude in Canonical Decisions*, in *The Jurist* 19 [1959] 15).

(82) F. DELLA ROCCA, *Art. cit.*, pp. 275-276 (in *Apollinaris*, pp. 211-212). Cf. anche E.A. McCARTHY, *Op. cit.*, p. 30 (inizio); O. GIACCHI, *Art. cit.*, p. 615.

(83) Proprio questo era il motivo del cambiamento introdotto nell'attuale can. 1608 § 3. Nel corrispondente paragrafo del CIC/17 (can. 1869 § 3) era: «[...] nisi lex aliquid expresse statuat de efficacia alicuius probationis». Un consultore della Pontificia Commissione, osservando che nello schema le prove legali sono state diminuite, ha proposto di togliere le parole citate. Dopo la discussione si è deciso di lasciarle sostanzialmente rimanere «dummodo ne ponantur uti exceptio taxativa per illud verbum nisi» (*Communicationes* 11 [1979] 139). Quindi nell'attuale Codice dette parole le troviamo sostituite con: «firmis praescriptis legis de quarundam probationum efficacia».

Riguardo alle prove legali, ossia ai «prescritti sull'efficacia di talune prove» (can. 1608 § 3), cf. nel nuovo Codice i cann: 1526 § 2, 1536, 1541, 1542, 1544, 1573, 1585, 1586, 1642.

(84) Cf. E.A. McCARTHY, *Op. cit.*, p. 106; *coram* STAFFA, Ianuen., 3 iunii 1949, n. 2, in SRRDec., p. 259.

(85) *Alloc.* 1942, n. 3, cpv. 2 (inizio) e cpv. 3; cf. *coram* STAFFA, Ianuen., 3 iunii 1949, n. 2, in SRRDec., p. 259.

4. *La collaborazione in ordine al conseguimento, da parte del giudice, della certezza morale.* Anche se ciò è stato trattato da Pio XII — nella sua egregia allocuzione alla Rota Romana del 2 ottobre 1944⁽⁸⁶⁾ — formalmente come una questione separata, anche essa mi sembra importante per capire l'iter e la dialettica processuale in ordine a conseguire, da parte del giudice, la certezza morale. Si tratta, usando le parole del Pontefice, della «unità dello scopo, che deve dare speciale forma all'opera e alla collaborazione di tutti coloro, che partecipano alla trattazione delle cause matrimoniali nei tribunali ecclesiastici di ogni grado e specie, e deve animarli e congiungerli in una medesima unità di intento e di azione»⁽⁸⁷⁾.

Detto «*fine unico* è un giudizio conforme alla verità e al diritto». Esso postula un'altro elemento, vale a dire l'«*indirizzo personale*» di tutti verso il menzionato fine unico, che «si ha mediante la volontà dei singoli che hanno parte nella trattazione della causa, in quanto essi dirigono e subordinano ogni loro pensiero, volere e atto nelle cose del processo al raggiungimento di quel fine».

A ciò si aggiunge «il terzo elemento, ossia l'*obbligo giuridico-morale* di mantenere tale indirizzo», il qual elemento «deriva nel processo matrimoniale dal diritto divino», in quanto il matrimonio è «ordinato e determinato non dal volere umano, ma da Dio»⁽⁸⁸⁾.

In questa prospettiva tutti coloro che hanno parte nel processo devono collaborare positivamente ed attivamente alla scoperta della verità, ossia «debbono senza eccezione far convergere la loro azione all'unico fine: *pro rei veritate!*»⁽⁸⁹⁾. Con altre parole, essi devono collaborare al raggiungimento della certezza morale nella persona del giudice, evidentemente non nel senso che ognuno pretenda di esprimere il proprio giudizio circa il merito della causa, ad es. se nel caso il matrimonio sia nullo o meno, ma nel senso che ognuno presti questa collaborazione eseguendo coscienziosamente il proprio specifico compito nella dialettica processuale.

Pio XII parla «dell'incondizionato obbligo verso la verità»⁽⁹⁰⁾ da parte di tutti i partecipanti al processo. Essi «debbono fare,

⁽⁸⁶⁾ AAS 36 (1944) 281-290. Questa allocuzione viene qui citata come *Alloc.* 1944.

⁽⁸⁷⁾ *Alloc.* 1944, introduzione, cpv. 3 alla fine.

⁽⁸⁸⁾ *Alloc.* 1944, n. 1.

⁽⁸⁹⁾ *Alloc.* 1944, n. 2b ultima frase.

⁽⁹⁰⁾ *Alloc.* 1944, n. 2d, cpv. 5, all'inizio.

per così dire, causa comune e insieme collaborare, *non mescolando l'ufficio proprio di ciascuno* [corsivo aggiunto], ma in cosciente e voluta unione e sottomissione al medesimo fine»⁽⁹¹⁾, «a somiglianza dei membri di un corpo, che hanno bensì ciascuno la loro propria funzione e la loro propria attività, ma al tempo stesso sono reciprocamente coordinati e insieme ordinati al conseguimento dello stesso scopo finale, che è quello dell'intero organismo»⁽⁹²⁾.

Così, il difensore del vincolo «[collabora] al fine comune, in quanto indaga, espone e chiarisce tutto ciò che si può addurre in favore del vincolo». Quindi — nota Papa Pacelli — «non sarebbe compatibile [...] con l'adempimento solerte e fedele del suo dovere, se egli si contentasse di una sommaria visione degli atti e di alcune superficiali osservazioni»⁽⁹³⁾. D'altra parte, sarebbe contro la verità, se egli volesse comporre e preparare «ad ogni costo una difesa artificiosa, senza curarsi se le sue affermazioni abbiano un serio fondamento oppure no»⁽⁹⁴⁾. Sarebbe pure un travisamento del suo specifico compito di collaborare alla scoperta della verità e al conseguimento della certezza morale, nonché un controproducente disturbo della ordinata ricerca della verità, se egli volesse usurpare il compito dell'avvocato, presentando argomenti in favore della nullità del matrimonio, oppure del giudice, volendo pronunziarsi circa il merito⁽⁹⁵⁾.

⁽⁹¹⁾ Ivi, cpv. 6 (corsivo è stato aggiunto).

⁽⁹²⁾ Ivi, n. 3, cpv. 1.

⁽⁹³⁾ *Alloc.* 1944, n. 2b cpv. 2. Continua il Papa: «così non è conveniente che tale ufficio venga affidato a coloro che mancano ancora di esperienza della vita e di maturità di giudizio. Da questa regola non esenta il fatto che le osservazioni del Difensore del vincolo vengono sottoposte all'esame dei giudici, poiché questi hanno da trovare nell'accurata opera di lui un aiuto e un complemento della propria attività, nè è da pretendere che essi rifacciano sempre tutto il lavoro e tutte le indagini del Difensore, per potersi fidare della sua esposizione» (ivi).

⁽⁹⁴⁾ *Alloc.* 1944, n. 2b cpv. 3. Dopo aver affermato che ciò non si può pretendere dal difensore del vincolo il Papa prosegue: «Una tale esigenza sarebbe contraria alla sana ragione; graverebbe il Difensore del vincolo di una fatica inutile e senza valore; non porterebbe nessun chiarimento, ma piuttosto una confusione della questione; trascinerebbe dannosamente il processo per le lunghe. Nell'interesse stesso della verità e per la dignità del suo ufficio, si deve dunque riconoscere in massima al Difensore del vincolo, ove il caso lo richieda, il diritto di dichiarare: che dopo un diligente, accurato e coscienzioso esame degli atti, non ha rinvenuta alcuna ragionevole obiezione da muovere contro la domanda dell'attore» (ivi).

⁽⁹⁵⁾ Ciò risulta chiaramente da tutto il discorso Pontificio che sto esponendo in alcune linee essenziali.

« Ma l'unità del fine, l'indirizzo verso il fine e l'obbligo della subordinazione al fine nel processo matrimoniale debbono considerarsi e ponderarsi con particolare attenzione — rileva Pio XII — a riguardo del consulente legale o *avvocato* [...] perché nessuno è più esposto al pericolo di perderli di vista ». Il compito specifico dell'avvocato nel processo è raccogliere e di far valere « tutto ciò che può essere allegato in favore della domanda del suo patrocinato ». Ma, ciò facendo, la consapevolezza di detta subordinazione al fine unico — ammonisce il Papa — « deve guidare l'avvocato nelle sue riflessioni, nei suoi consigli, nelle sue asserzioni e nelle sue prove » e non solo deve premurarlo dal costruire artificiosamente le cause e dal voler ingannare il giudice, ma deve portarlo « anche positivamente ad agire secondo i dettami della coscienza »⁽⁹⁶⁾.

Simili cose si possono dire di tutti gli altri partecipanti nel processo: del promotore di giustizia, delle parti, dei testimoni, dei periti⁽⁹⁷⁾.

Sarebbe una parodia del processo canonico se in qualche caso diventasse una lotta, in cui « vinca il migliore ! », il più agile, il più furbo, il più intelligente⁽⁹⁸⁾. Il processo canonico appare, al contrario, una ordinata e diligente collaborazione dialettica di tutti i partecipanti ad esso, animati dall'amore della verità, in ordine a vedere se si possa raggiungere, o meno, nella persona del giudice, la certezza morale circa quanto preteso dall'attore.

X. *Alcune osservazioni particolari riguardo alla certezza morale*

1. *La certezza morale che risulta da una quantità di prove che prese singolarmente non sono in grado di fondarla.* Pio XII osserva:

⁽⁹⁶⁾ *Alloc.* 1944, n. 2d cpv. 1-3.

⁽⁹⁷⁾ *Alloc.* 1944, n. 2e.

⁽⁹⁸⁾ Osserva Pio XII: La « controversia giuridica [...] nelle cause matrimoniali non può paragonarsi ad una gara o ad una giostra, ove i due contendenti non hanno un comune scopo finale, ma ognuno persegue il suo scopo particolare e assoluto, senza riguardo, anzi in opposizione a quello del suo antagonista, vale a dire sconfiggere l'avversario e riportare la vittoria. In tal caso il vincitore con la sua lotta coronata da successo crea il fatto oggettivo, che per il giudice del combattimento o della gara è motivo determinante nel conferimento del premio, poiché per lui è legge: Al vincitore il premio. Tutt'altrimenti accade nella contesa giuridica di un processo matrimoniale » (*Alloc.* 1944, n. 2d, cpv. 4).

«Talvolta la certezza morale non risulta se non da una quantità di indizi e di prove, che, presi singolarmente, non valgono a fondare una vera certezza, e soltanto nel loro insieme non lasciano più sorgere per un uomo di sano giudizio alcun ragionevole dubbio». Ciò risponde al noto aforisma, spesso citato nella giurisprudenza, «singula quae non prosunt, unita iuvant».

Qui, però, si deve stare attenti, in quanto di per sé una semplice somma di probabilità non è in grado di creare una certezza. Il Pontefice, però, parla del caso in cui «non si compie in nessuna guisa un passaggio dalla probabilità alla certezza con una semplice summa di probabilità; il che — come egli osserva — importerebbe una illegittima transizione da una specie ad un'altra essenzialmente diversa [...]; ma si tratta del riconoscimento che la simultanea presenza di tutti questi singoli indizi e prove può avere un sufficiente fondamento soltanto nell'esistenza di una comune sorgente o base, dalla quale derivano: cioè nella obbiettiva verità e realtà».

«La certezza promana quindi in questo caso dalla saggia applicazione di un principio di assoluta sicurezza e di universale valore, vale a dire del principio della ragione sufficiente. Se dunque nella motivazione della sua sentenza il giudice afferma che le prove addotte, considerate separatamente, non possono dirsi sufficienti, ma, prese unitamente e come abbracciate con un solo sguardo, offrono gli elementi necessari per addivenire ad un sicuro giudizio definitivo, si deve riconoscere che tale argomentazione in massima è giusta e legittima»⁽⁹⁹⁾.

⁽⁹⁹⁾ *Alloc.* 1942, n. 2. Sottolinea quindi Pio XII che qui si tratta di un principio «di valore universale», ossia valido anche in altre scienze: cf. al riguardo S. TROMP, *Op. cit.*, pp. 70-71. Ivi quest'autore cita dal suo libro *De Revelatione Christiana*, la seguente constatazione: «In historicis plurimum valet argumentum convergentiae: i. e. multa indicia quae singulatim sunt probabilia tantum, possunt, si sunt inter se independentia, dare certitudinem veram. Hoc non fit ex agglomeratione probabilitatum; sed quia fieri potest, ut solummodo in una et unica aliqua hypothesis explicari possit, quod tot ac tantae indicia independentia in unam rationem conveniant. Argumentum convergentiae igitur ultimatum nititur in principio rationis sufficientis. Potest esse convergentia factorum, testimoniorum, textuum cet.» Cf. anche F. HÜRTH, *Art. cit.*, p. 362, n. 6; P. FELICI, *Art. cit.*, p. 178, n. 4; J. GARCÍA FAÏLDE, *Op. cit.*, p. 207, n. 1.

Riguardo alla storia, e soprattutto al diritto dei decretali e post decretali, E. MCCARTHY, indicando le fonti, afferma: «Generatim retinebatur certitudinem haberi posse ex summa plurium probationum; quarum nulla de se satis valida aestimabatur ad certitudinem efformandam» (*Op. cit.*, p. 100, cf. anche p. 45).

2. *I conflitti tra il formalismo giuridico e il libero apprezzamento delle prove.* Parlando del libero apprezzamento delle prove dopo aver ricordato il dovere della coscienziosa osservanza delle norme processuali, il Pontefice logicamente si pose la questione di « conflitti tra il « formalismo giuridico » e il « libero apprezzamento delle prove » », osservando che « essi sono nella maggior parte dei casi soltanto apparenti e quindi d'ordinario non difficilmente solubili. Giacché, come una è la verità obbiettiva, così anche la certezza morale obbiettivamente determinata non può essere che una sola ».

Al riguardo egli avverte: « Non è dunque ammissibile che un giudice dichiari di avere personalmente, in base agli atti giudiziari, la morale certezza circa la verità del fatto da giudicare, e al tempo stesso deneghi, in quanto giudice, sotto l'aspetto del diritto processuale, la medesima obbiettiva certezza ».

Di conseguenza esorta: « Tali contrasti dovrebbero piuttosto indur[re il giudice] a un ulteriore e più accurato esame della causa. Essi derivano non di rado dal fatto che alcuni lati della questione, i quali acquistano il loro pieno rilievo e valore soltanto considerati nell'insieme, non sono stati rettamente valutati, ovvero che le norme giuridico-formali sono state interpretate inesattamente o applicate contro il senso e la intenzione del legislatore »⁽¹⁰⁰⁾.

Questo è ancor più vero dopo l'entrata in vigore del nuovo CIC, che ai cann. 1536 § 2 e 1679 ha aperto ulteriori strade per superare gli eventuali contrasti in parola⁽¹⁰¹⁾.

⁽¹⁰⁰⁾ *Alloc.* 1942, n. 4 cpv. 2. Vedi anche le interessanti considerazioni al riguardo di E. McCARTHY, *Op. cit.*, pp. 101-107, nonché di P. FELICI, *Art. cit.*, pp. 178-180.

⁽¹⁰¹⁾ La Congregazione per la Dottrina della Fede ha recentemente affermato: « Disciplina Ecclesiae [...] vias etiam novas ad probandam nullitatem unionis praecedentis offert hac mente, ut omne discrimen — in quantum fieri potest — inter veritatem in processu accessibilem et veritatem obiectivam, a recta conscientia cognitam, excludatur »; aggiungendo nella nota: « Cf. *Codex Iuris Canonici*, cann. 1536 § 2 et 1679 et *Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium*, cann. 1217 § 2 et 1365 circa vim probantem, quam habent declarationes partium in talibus processibus » (*Epistula ad Catholicam Ecclesiam Episcopos de Receptione Communionis Eucharisticae a Fidelibus qui post Divortium novas inierunt Nuptias*, 14 settembre 1994, n. 9, in *Communicationes* 26 [1994] 167). Cf. al riguardo: I. FUČEK, *Possono i divorziati civilmente risposati accostarsi alla santa comunione?*, in *Periodica* 85 (1996) 54-58; G.P. WEISHAUPT, *Art. cit.*, 407-423, soprattutto 407-409, 415-423; J. LLOBELL, *La certezza morale nel processo canonico matrimoniale*, relazione tenuta a Verona (27 marzo 1995), in S. GHERRO (a cura di), *La prova nel*

XI. *Due osservazioni conclusive.*

1. *Il valore del concetto canonico della certezza morale.* Il concetto della certezza morale di cui ho trattato — originale in confronto con le diverse impostazioni dei diritti statali nonché con il concetto della certezza morale in altre scienze, ed elaborato solo recentemente nella sua configurazione attuale — ha segnato senza dubbio un apprezzabile progresso nel diritto processuale canonico in ordine al perfezionamento dell'amministrazione della giustizia.

Esso dà al giudice un criterio abbastanza chiaro circa l'animo con cui egli, attesi «*acta et probata*», deve emanare la sentenza.

È un criterio realistico, in quanto rispetta i limiti dell'intelletto umano, e altresì generosamente rispettoso, anzi esigente, verso la verità. È un criterio che rispecchia prudenza e ragionevolezza.

Si tratta quindi del concetto adeguato anche alle cause di tale importanza come quelle di nullità matrimoniale, nelle quali la limitatezza delle forze umane si deve misurare con il rispetto della realtà stabilita dal Signore che non si piega di fronte alle decisioni umane; nelle quali soltanto la decisione conforme alla verità oggettiva, indipendente dal giudice, è davvero pastorale e capace di fruttificare nella prospettiva eterna.

2. *Una importante chiave di lettura delle norme processuali.* Il concetto della certezza morale, che deve conseguire il giudice per poter pronunciare una sentenza in favore dell'attore, è fondamentale nel processo canonico. E. McCarthy giustamente dice che esso è «*punto centrale e sintesi di tutto il diritto processuale*» canonico⁽¹⁰²⁾.

Infatti, da una parte — come ho già notato (IX, 2) — le norme processuali sono state elaborate affinché, qualora le pretese dell'attore siano giuste, il giudice possa conseguire la certezza morale oggettiva circa esse. Il momento cruciale del processo è proprio quello in cui il giudice deve decidere se ci sia o meno la certezza morale. Tutto il resto è ordinato a preparare adeguatamente tale momento. Ciò è patente ad es. in quanto la legge è premurosa che al processo parte-

processo matrimoniale canonico, Padova, in corso di stampa, *passim*. Vedi anche coram FIORE, Katovicen., 19 octobris 1990, n. 5, in *RRDec.*, p. 694.

⁽¹⁰²⁾ «*Punctum centrale ac synthesis totius iuris processualis est certitudo moralis quam iudex assequi debet*» (*Op. cit.*, p. 3).

cipi la parte convenuta esercitando i suoi diritti, esige certe qualità dal giudice, prescrive la partecipazione di alcune persone (promotore di giustizia, difensore del vincolo, notaio, avvocati) e pure per esse richiede le appropriate qualità, determina il modo di raccogliere le prove (ansiosa che siano sicure) e stabilisce certe norme circa il loro valore, è preoccupata perché quanti partecipano al processo possano esaminare gli atti, impone una adeguata discussione fra essi, specifica i modi di impugnare le decisioni. Tale, in qualche modo, è anche l'ordinazione di tutte le altre norme processuali, escluse forse soltanto quelle dirette ad evitare le controversie giudiziarie ossia alla pacifica soluzione dei conflitti⁽¹⁰³⁾ oppure a porre fine all'istanza senza l'emanazione della sentenza⁽¹⁰⁴⁾.

Se questo è vero, come lo è in effetti, il concetto della certezza morale appare — dall'altra parte — anche come una importante ed appropriata chiave di lettura e di interpretazione delle norme processuali: esse devono essere interpretate in modo che realmente servano a rendere sicura la ricerca della verità oggettiva, ossia a conseguire la certezza morale autentica, cioè oggettivamente fondata.

⁽¹⁰³⁾ Cf. cann. 1341, 1446, 1659, 1676, 1695, 1713-1716, 1718, 1733-1734.

⁽¹⁰⁴⁾ Cf. cann. 1461, 1520, 1524-1525.

MIGUEL ÁNGEL ORTIZ

LA COMPETENZA DEI TRIBUNALI PERIFERICI SECONDO IL GRADO DI GIUDIZIO

1. Premessa. La molteplicità delle istanze. — 2. I tribunali di prima istanza. — 2.1. I tribunali diocesani ed interdiocesani. — 2.2. I tribunali delle altre circoscrizioni ecclesiastiche. — 3. I tribunali di seconda istanza. — 3.1. I criteri del can. 1438. — 3.2. I tribunali interdiocesani di seconda istanza. — 3.3. Portata della competenza funzionale prospettata nel can. 1440. — 4. I tribunali locali di terza istanza.

1. *Premessa. La molteplicità delle istanze.*

I criteri che servono a determinare la competenza dei tribunali nella Chiesa provengono dagli stessi principi costitutivi del processo (diritto alla difesa, indipendenza del giudice, *favor veritatis*...), oppure da motivi di convenienza e opportunità⁽¹⁾. In ogni caso, spetta al legislatore supremo — in forza della natura pubblica di tali criteri e della centralizzazione normativa voluta dallo stesso legislatore — attribuire rilevanza ad essi e inoltre proteggere i diversi titoli di competenza che ne derivano. In tal senso, se la violazione di un titolo di competenza arreca la nullità insanabile della sentenza, significa che tale titolo è ritenuto come di competenza assoluta (cfr. cann. 1406 § 2, 1440, 1461, 1620, 1^o); altrimenti, se la violazione comporta altre sanzioni diverse della nullità insanabile — che possono però aggiungersi anche alla sanzione di nullità propria dell'incompetenza assolu-

(1) Cfr. J. LLOBELL, *Del fuero competente*, in AA.VV., *Comentario exegético al Código de Derecho Canónico*, IV/I, Pamplona 1996, 678; cfr. IBID., *Processo canonico ordinario*, in *Digesto delle Discipline privatistiche*, vol. XV, Torino 1997, 4 ed., 15-37. Si può vedere anche J.M. PINTO, *La giurisdizione*, in AA.VV. (a cura di P.A. Bonnet e C. Gullo), *Il processo matrimoniale canonico*, Città del Vaticano 1994, 101-132; J. OCHOA, *I titoli di competenza*, in *ibid.*, 133-181.

ta —, il titolo così protetto è di competenza relativa (cfr. cann. 1407 §§ 1-2, 1457 § 1, 1460, 1488 § 2)⁽²⁾.

Com'è noto, mentre l'incompetenza relativa deriva dalla violazione dei criteri territoriali di attribuzione della competenza in prima istanza, quella assoluta proviene dalla violazione dei criteri oggettivi — determinati nella riserva effettuata dal legislatore o dai titolari della potestà ordinaria propria —, soggettivi, rituali e funzionali. Infine, la distinzione tra competenza assoluta e relativa è anche alla base di due istituti giuridici che possono modificare tale competenza: la proroga e la commissione di competenza (vedi *infra* n. 3.3).

La competenza funzionale, a differenza degli altri tipi di competenza assoluta, poggia sulla dinamicità propria del processo canonico: non è determinata *a priori* a seconda di criteri statici (materiali, personali, del rito), ma viene concretizzata lungo la vita del processo. Vi è una dimensione verticale che si manifesta nell'articolazione del processo in diverse istanze e che condiziona la competenza funzionale. Secondo i criteri che reggono detta competenza *verticale*, alcuni tribunali che prima dell'inizio dell'istanza erano competenti diventano incompetenti dopo la citazione; e viceversa, alcuni tribunali incompetenti (perfino assolutamente competenti) diventano competenti per giudicare in un'ulteriore istanza. Nelle presenti pagine ci occuperemo proprio dei criteri stabiliti per articolare il rapporto tra le diverse istanze di giudizio e il modo con cui vengono intesi i criteri di competenza funzionale (che scaturisce anche — come vedremo — dall'applicazione del principio *ne bis in idem*, e che ha dei riflessi negli effetti che derivano tra l'altro dall'istituto della prevenzione).

L'esistenza di un'articolazione in diverse istanze proviene dalla configurazione propria del sistema processuale canonico, strutturato dinamicamente e progressivamente — accogliendo simili soluzioni presenti nell'ambito secolare⁽³⁾ — intorno ad un'istanza multiple, dimodoché la molteplicità delle istanze è uno dei principi costitutivi

(2) La distinzione ha anche delle conseguenze per quanto riguarda l'inibizione del giudice e la proposizione dell'eccezione: mentre l'incompetenza assoluta va dichiarata (d'ufficio o ad istanza di parte) in qualunque stadio della causa, quella relativa deve essere proposta prima della contestazione della lite, a meno che non sia emersa a lite già contestata (cann. 1459 e 1461).

(3) Cfr. M.A. FERNÁNDEZ, in A. DE LA OLIVA-M.A. FERNÁNDEZ, *Derecho Procesal Civil*, II, Madrid 1990, 200.

del processo canonico⁽⁴⁾. Anche se il CIC 17 non conteneva una norma che esplicitamente dichiarasse l'incompetenza assoluta per ragione dell'istanza, la dottrina canonistica concluse l'obbligatorietà dell'incompetenza funzionale *ex natura rei*⁽⁵⁾. Tale principio infine acquisisce particolare rilevanza nelle cause di nullità del matrimonio in forza dell'esigenza della doppia sentenza conforme a norma dei cann. 1641, 1° e 1644 CIC; 1322, 1° e 1325 CCEO⁽⁶⁾.

Il sistema processuale canonico di conseguenza prevede una diversità di tribunali, gerarchicamente organizzati e con una relazione di subordinazione per quanto riguarda la stabilità delle decisioni dei tribunali inferiori e la possibilità di espletare un nuovo giudizio da parte di quelli superiori. La subordinazione delle istanze — e delle loro decisioni — sottolinea anche la distinzione esistente tra amministrazione e giurisdizione, poiché non si tratta di una subordinazione di carattere amministrativo o disciplinare: non si modifica affatto la sentenza impugnata del tribunale inferiore, che resta integra⁽⁷⁾. C'è una totale stabilità dell'atto, che proviene dall'autonomia del tribunale e in definitiva dal vescovo, col quale il tribunale forma una stessa realtà. L'«indipendenza» giudiziale infatti fa sì che il tribunale superiore non può modificare la sentenza di quello inferiore. Ci saranno — se il tribunale superiore deciderà diversamente da quello inferiore — due sentenze valide, senza che la posteriore (d'istanza superiore) alteri il contenuto della precedente, che continua ad avere tutto il valore. Eventualmente, una sentenza di terza istanza potrà confermare la seconda o la prima decisione.

Diversamente da quanto avviene nell'amministrazione — dove l'atto del superiore gerarchico può modificare quello dell'inferiore:

(4) Sul fondamento ecclesiologico di tale gerarchizzazione funzionale, cfr. J. LLOBELL, *Centralizzazione normativa processuale e modifica dei titoli di competenza nelle cause di nullità matrimoniale*, in *Ius Ecclesiae* 3 (1991) 436.

(5) Cfr. F. ROBERTI, *De Processibus*, I, Roma 1926, 111-113, con citazione di CHIOVENDA; mentre nell'edizione del 1926 il Roberti parla della *competentia ratione gradus*, in quelle successive adopera il termine *competentia ex functione*; cfr. ed. 1956, 169. Cfr. anche F.X. WERNZ-P. VIDAL, *Ius Canonicum*, VI, *De processibus*, Romae 1949, 73; F. DELLA ROCCA, *Istituzioni di Diritto processuale canonico*, Torino 1946, 110.

(6) Si possono vedere i rilievi critici di J. LLOBELL, *Verità e giudicato. la riformulazione del concetto di appello canonico*, in AA.VV., *Verità e definitività della sentenza canonica*, Città del Vaticano, in corso di stampa.

(7) Cfr. G. CHIOVENDA, *Principi di Diritto Processuale Civile*, ristampa, Napoli 1980, 391.

cfr. can. 1739 — , la sentenza del tribunale superiore può soltanto essere *difforme* ma non sostituisce mai l'altra né può fare che la sentenza precedente *dica* cose diverse da quelle dette e contestate poi dal tribunale superiore. La questione è rilevante soprattutto per quelle cause che esigono — per l'esecuzione della sentenza — due decisioni conformi (cfr. can. 1684): se la seconda sentenza non è conforme con la precedente, sarà necessaria una sentenza di terza istanza, che potrà essere conforme con una di quelle previe.

L'accennata indipendenza riguarda pure il rapporto del tribunale con l'Ordinario proprio e col vicario giudiziale (cfr. cann. 1422 e 1425 § 5); la possibilità di imporre delle sanzioni ai giudici (1457 § 1) non modifica la sostanza della decisione, che può soltanto essere impugnata davanti al tribunale superiore competente, con l'appello, o dinanzi al tribunale di prima istanza, con la querela di nullità.

2. I tribunali di prima istanza.

2.1. I tribunali diocesani ed interdiocesani.

Per quanto si riferisce all'organizzazione periferica — lasciando quindi da parte la competenza del Romano Pontefice e dei suoi tribunali apostolici⁽⁸⁾ — soffermiamo la nostra attenzione sull'altro organo giudiziario *stricto sensu* della Chiesa: il vescovo diocesano ed i suoi equiparati.

I vescovi esercitano nella loro diocesi la potestà giudiziaria sia personalmente sia mediante il Vicario giudiziale e i giudici, a norma del diritto (cfr. can. 391 § 2 CIC). I vescovi sono tenuti ad erigere un tribunale — individualmente o insieme ad altri vescovi — al quale si possono rivolgere i loro fedeli. Tale obbligo del vescovo di erigere gli uffici giudiziari — «tutti i vescovi diocesani sono tenuti a costituire un Vicario giudiziale»: can. 1420 § 1; «nella diocesi il vescovo costituisca giudici»: can. 1421 § 1 — va esercitato tenendo presente però

(8) Si veda Z. GROCHOLEWSKI, *Il Romano Pontefice come giudice supremo della Chiesa*, in *Ius Ecclesiae* 7 (1995) 39-64; C. DE DIEGO-LORA, *Los tribunales de justicia de la Sede Apostólica: I. La Rota Romana. II. La Signatura Apostólica*, in *Ius Ecclesiae* 4 (1992) 419-461 e 5 (1993) 121-158; la versione italiana in AA.VV. (a cura di P.A. Bonnet e C. Gullo), *Il processo matrimoniale canonico*, Città del Vaticano 1994, 227-297; P.A. BONNET, *La competenza del Tribunale Apostolico della Rota Romana e del Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica*, in *Ius Ecclesiae* 7 (1995) 3-37.

che, in forza del diritto divino, lo stesso vescovo è — come dicevamo — giudice proprio della sua circoscrizione (cfr. cann. 391 § 2 e 1419 § 1). Di conseguenza, tranne il caso particolare del can. 1419 § 2, il vescovo può giudicare sempre personalmente, seguendo le norme processuali promulgate dal Pontefice («ad normam iuris»: cann. 391 § 2 e 1419 § 1) e inoltre i giudici formano un solo tribunale con lui. D'altra parte, soltanto il vescovo — e non il vicario o gli altri giudici senza l'opportuna dispensa pontificia — può delegare la funzione giudiziaria (cfr. can. 135 § 3) ⁽⁹⁾, e può farlo soltanto all'interno della propria circoscrizione.

Tralasciando qui quanto si riferisce agli uffici da costituire nell'ambito dell'organizzazione giudiziaria diocesana e la composizione dei tribunali diocesani ⁽¹⁰⁾, soffermiamo brevemente la nostra attenzione sui tribunali interdiocesani, in quanto interessano allo scopo della determinazione del tribunale di seconda istanza. Prima della promulgazione del CIC 83 ⁽¹¹⁾ spettava l'erezione di tali tribunali alla Sede Apostolica (che li istituì per la prima volta nell'ambito italiano col motu proprio *Qua cura* del 1938). In tal senso, furono accolti nel-

⁽⁹⁾ Cfr. *Communicationes* 10 (1978) 243 s. A differenza di quanto prevedeva espressamente il CIC 17 — che distribuiva i capitoli del tit. II sui diversi gradi di tribunali in «tribunale ordinario di prima istanza», «tribunale ordinario di seconda istanza», «tribunali ordinari della Sede Apostolica» e «tribunale delegato» —, quello del 1983 non contiene nessun capitolo che riguardi i tribunali delegati. Nei lavori di revisione del CIC, qualcuno vide in quel silenzio una lacuna e suggerì di riempirla dimodoché venisse evitata persino l'apparenza di esclusione della facoltà di delegare fatta dal vescovo. Proprio per evitare qualsiasi apparenza di lacuna, venne soppressa l'espressione «ordinario» del titolo dei capitoli in questione. Di conseguenza, adesso nel Codice si parla del *tribunale* (non più «ordinario», come nel CIC 17) *di prima e di seconda istanza*, nonché dei *tribunali della Sede Apostolica*.

⁽¹⁰⁾ Si veda al riguardo P.A. BONNET, *I tribunali nella loro diversità di grado e di specie*, in *Il processo matrimoniale canonico*, cit., 183-225; cfr. anche F. RAMOS, *Los jueces diocesanos, con especial relación a los laicos*, in *Angelicum* 65 (1988) 371-391; J. BEYER, *Ludex laicus vir vel mulier*, in *Periodica* 75 (1986) 29-60; R. PAGÉ, *Juges laïcs et exercice du pouvoir judiciaire*, in M. THÉRIAULT - J. THORN (ed.), *Unico Ecclesiae servitio: Canonical Studies Presented to Germain Lesage*, Ottawa 1991, 199-212.

⁽¹¹⁾ Nei lavori di preparazione del CIC 17 non venne accolta la possibilità di erigere dei tribunali interdiocesani; cfr. C. ZAGGIA, *I Tribunali interdiocesani o regionali nella vita della Chiesa*, in AA.VV. (a cura di Z. Grochowski e V. Cárcel-Ortí), *Dilexit Iustitiam. Studia in honorem Aurelii Card. Sabattani*, Città del Vaticano 1984, 122, nota 4, e *passim*, sulla questione. Cfr. anche la bibliografia riportata in J.L. MÉNDEZ RAYÓN, *Normativa procesal y tercera instancia*, in *Revista Española de Derecho Canónico* 52 (1995) 646-648.

l'art. 105 della cost. ap. *Regimini Ecclesiae Universae* («Tramite la prima sezione il tribunale [della Segnatura Apostolica]... provvede ad erigere tribunali regionali e interregionali») e nell'art. 18 delle *Normae speciales* della Segnatura del 1968 («In forza del potere amministrativo, riguardante il foro giudiziario, spetta a questa sezione prima anche: ... 6) curare l'erezione dei tribunali regionali o interregionali») (12). D'altra parte, l'art. 2 delle *Normae* sui tribunali interdiocesani emanate dalla Segnatura nel 1970 prevedeva la possibilità che fossero i vescovi a promuovere l'erezione («Si erectio fiat petentibus Episcopis, oportet ut Episcopi quorum interest, petito et accepto "nihil obstat" Supremi Tribunalis Signaturae Apostolicae, decretum erectionis ferant, quod tamen vim non habebit nisi post Sanctae Sedis approbationem») (13). Invece, «si erectio fiat promovente ac decidente signatura Apostolica, haec secundum suum stylum et praxim procedit» (a. 3 delle *Normae* del 1970).

Dopo la promulgazione del Codice, la competenza per l'erezione è primariamente dei vescovi interessati, con l'approvazione della Segnatura, a norma dei cann. 1423 e 1439 («più vescovi diocesani possono concordemente, con l'approvazione della Sede Apostolica...») e 1445 § 3, 3° («spetta inoltre a questo supremo tribunale: ... 3° promuovere e approvare l'erezione dei tribunali di cui ai cann. 1423 e 1439»), nonché dell'art. 124, 4° della cost. ap. *Pastor bonus* («al medesimo compete anche di ... concedere l'approvazione, riservata alla Santa Sede, del tribunale di appello, come pure promuovere e approvare l'erezione di tribunali interdiocesani»).

La prassi in vigore nella Segnatura è quella di lasciare l'iniziativa ai vescovi (il che è tra l'altro conseguenza della dottrina conciliare cir-

(12) Cfr. *Normae speciales in Supremo Tribunali Signaturae Apostolicae ad experimentum servandae* del 25 marzo 1968, in *Enchiridion Vaticanum* 8, Bologna 1984, 534.

(13) Cfr. *Normae pro Tribunalibus interdiocesis vel regionalibus aut interregionalibus* del 28 dicembre 1970, in *AAS* 63 (1971) 486-492. Sulla vigenza delle norme del 1970, cfr. I. GORDON, *Responsio nonnullis quaestionibus de interpretatione quorundam canonum libri VII C.I.C.*, in *Periodica* 75 (1986) 639-645.

È da notare la traduzione italiana di *Enchiridion Vaticanum* 3, 1743 poco precisa, poiché non rende chiaramente il duplice intervento della Segnatura: «Se la fondazione (di questi tribunali) avviene su richiesta dei vescovi, occorre, perché i vescovi interessati emettano il decreto di fondazione, che essi chiedano e ottengano il nulla osta del supremo tribunale della Segnatura apostolica. Tale decreto non entrerà in vigore se non dopo l'approvazione della Santa Sede».

ca la potestà episcopale) ⁽¹⁴⁾, anche se — in forza del potere primaziale — non è da escludere che la Santa Sede li possa costituire motu proprio ⁽¹⁵⁾. L'art. 2 delle Norme del 1970 prevedeva l'intervento del Supremo Tribunale in due momenti: concedendo il *nulla osta* previo e approvando il decreto di erezione dei vescovi. Anche se il Codice non menziona il duplice intervento, Z. Grocholewski lo ritiene ancora necessario ⁽¹⁶⁾; comunque, dall'attività della Segnatura risultano più numerosi i decreti di approvazione dell'erezione fatta dai vescovi in proporzione alle concessioni del *nulla osta* previo all'erezione ⁽¹⁷⁾.

Per quanto interessa il nostro argomento, va ricordato che, com'è del resto noto, i tribunali interdiocesani possono essere eretti da parte di vescovi appartenenti alla stessa provincia ecclesiastica, oppure a provincie diverse. E possono anche erigerli per tutte le cause oppure soltanto per alcune (primariamente, quelle matrimoniali). In quest'ultimo caso, i tribunali interdiocesani si affiancano ai tribunali diocesani ordinari competenti per il resto delle cause (i quali avranno i propri uffici giudiziari: vicario, giudici, ecc.). Tali possibilità, come vedremo, hanno delle conseguenze nella determinazione del tribunale di secondo grado.

Come accade nei rapporti tra il vescovo ed il suo tribunale, anche quando è stato eretto un tribunale interdiocesano, i singoli vescovi possono sempre giudicare qualsiasi causa — non riservata alla Santa Sede né al tribunale superiore *ex can.* 1419 § 2, ovviamente — personalmente o tramite un *suo* delegato. Il vescovo non può giudicare invece — nelle cause per le quali è stato eretto il tribunale inter-

⁽¹⁴⁾ Cfr. Z. GROCHOLEWSKI, *De ordinatione ac munere tribunalium in Ecclesia ratione quoque habita iustitiae administrativae*, in *Ephemerides Iuris canonici* 48 (1992) 52.

Del resto, nel sistema processuale previsto nel CCEO, non sempre si richiede l'approvazione della Segnatura Apostolica per l'erezione dei tribunali intereparchiali: cfr. cann. 1067 § 1 e 1068 § 1.

⁽¹⁵⁾ Comunque, nella fase di elaborazione del c. 1445 venne soppresso ogni cenno alla facoltà della Segnatura di erigere spontaneamente tali tribunali; cfr. *Communicationes* 16 (1984) 59 s.

⁽¹⁶⁾ Cfr. Z. GROCHOLEWSKI, *De ordinatione ac munere tribunalium...* cit. Anche se il CIC non contiene una norma invalidante come quella delle norme del 1970, in opinione di Zaggia l'intervento della Segnatura è *ad validitatem*; cfr. C. ZAGGIA, *I Tribunali interdiocesani...* cit., 144.

⁽¹⁷⁾ Dal 1986, nei volumi *L'attività della Santa Sede* vengono riportati i decreti emessi al riguardo dalla Segnatura Apostolica; negli ultimi anni (1994 e 1995) sono stati emessi 12 e 10 decreti di approvazione dell'erezione fatta dai vescovi e un solo *nulla osta* previo ogni anno nello stesso periodo (cfr. *L'attività della Santa Sede*, Città del Vaticano 1995, 1208-1209; e *ibid.* 1996, 849-850).

diocesano — tramite il suo tribunale ordinario diocesano, poiché il suo tribunale ordinario è quello interdiocesano, a meno che non decida — il che può sempre farlo — di lasciare il tribunale interdiocesano e ricostituire quello diocesano⁽¹⁸⁾.

Tornando al modello italiano, che ha proposto per primo il sistema dei tribunali interdiocesani col motu proprio *Qua cura* dell'8 dicembre 1938⁽¹⁹⁾, va tenuto presente che in tale data l'erezione di detti tribunali avvenne dietro riserva pontificia — non poteva essere altrimenti, all'epoca — ; e di conseguenza nella dottrina venne difesa l'incompetenza assoluta *ratione materiae* dei tribunali diocesani (rimasti in piedi per conoscere delle cause non matrimoniali) per giudicare di tali cause. Ma alla luce della dottrina conciliare sulla potestà episcopale e soprattutto dopo la riforma codiciale (che come abbiamo visto stabilisce nel can. 1423 che spetta agli stessi vescovi l'erezione dei tribunali interdiocesani) si può ritenere derogata quella riserva. Per cui si può difendere la possibilità che hanno i vescovi italiani di lasciare il tribunale regionale ed affidare delle cause matrimoniali al suo tribunale diocesano, in modo occasionale o permanente; in tal caso verrebbe modificato anche il modo di determinare il tribunale d'appello, che verrebbe individuato secondo i criteri del can. 1438⁽²⁰⁾.

2.2. *I tribunali delle altre circoscrizioni ecclesiastiche.*

I Pastori delle circoscrizioni ecclesiastiche equiparate alle diocesi hanno anche la potestà giudiziaria, e possono sempre esercitarla personalmente oppure tramite il suo tribunale.

Anche se la scarsità delle cause, le dimensioni della circoscrizione o la mancanza di personale non permettono l'erezione di un tribunale — in modo particolare, in quelle circoscrizioni erette in ter-

(18) Cfr. Dichiarazione della Segnatura Apostolica del 17 febbraio 1995, Prot. n. 25046/94 V.T. e Risposta del Pontificio Consiglio per l'Interpretazione dei Testi Legislativi del 13 settembre 1993, Prot. n. 3871/93, pubblicate sulla *Revista Española de Derecho Canónico* 52 (1995) 749-751, con un commento di J.L. ACEBAL, *Nombramiento de Vicario Judicial en una diócesis integrada en un tribunal interdiocesano*, 741-748. In tali documenti viene esaminata la possibilità di nomina del vicario giudiziale da parte del vescovo, anche quando il tribunale interdiocesano è stato eretto per conoscere tutte le cause.

(19) Cfr. AAS 30 (1938) 410-413.

(20) Cfr. J. LLOBELL, *Centralizzazione normativa processuale...* cit., 463 s.

ritori di missione⁽²¹⁾ —, i loro Pastori sono tenuti a determinare davanti a quale tribunale i fedeli possono introdurre le cause. Infatti, se tali Pastori non sono in grado di costituire con altri un tribunale interdiocesano *ex can.* 1423, possono scegliersi un tribunale di qualche circoscrizione vicina e chiedere alla Segnatura che proroghi la competenza di quest'ultimo⁽²²⁾.

I Pastori delle circoscrizioni personali (ordinariati militari, prelature personali), possono anche giudicare personalmente o costituire un tribunale. Com'è emerso negli anni di elaborazione del Codice e si è concretizzato nel n. 8 dei *Principi* che hanno guidato la revisione codiciale, "le ragioni dell'odierno apostolato sembrano raccomandare unità giurisdizionali personali"⁽²³⁾ secolari, la cui potestà giudiziale viene esercitata, nell'ambito della propria competenza, nel modo stabilito dal diritto (cfr. can. 135 §§ 1 e 3). La competenza relativa risponde a criteri di distribuzione dell'esercizio della potestà giudiziaria tra i tribunali di prima istanza con uguale capacità oggettiva e soggettiva. Tale distribuzione è determinata abitualmente dai limiti territoriali delle circoscrizioni ecclesiastiche, ma va applicata analogamente quando si è di fronte a giurisdizioni di ambito personale, dove l'ufficio capitale ha una potestà della stessa natura di quella dei pastori delle circoscrizioni territoriali. Le norme di diritto comune (quelle codiciali innanzitutto) presuppongono un criterio territoriale di giurisdizione, per cui nel caso delle circoscrizioni personali vanno interpretate secondo i criteri dell'interpretazione delle leggi attendendo ai luoghi paralleli e ai casi simili (cfr. cann. 17 e 19), nonché alle leggi di diritto particolare, che riflettono — nel caso presente essendo state emanate dal legislatore supremo — la natura stessa di tali enti⁽²⁴⁾. Di conseguenza, nelle materie di giurisdizione degli

(21) Cfr. Z. GROCHOLEWSKI, *I tribunali delle chiese particolari con speciale riferimento ai territori di missione*, in *Commentarium pro Religiosis* 77 (1996) 297 s.

(22) Vedi al riguardo *infra* n. 3.3.

(23) Prefazione, in AAS 75 (1983) XXII-XXIII. Testo originale in *Communicatioes* 1 (1969) 84.

(24) Cfr. GIOVANNI PAOLO II, cost. ap. *Ut sit*, in AAS 75 (1983) 423-425; cost. ap. *Spirituali militum curae*, in AAS 78 (1986) 481-486. Cfr. sull'argomento J. LLOBELL, *Del fuero competente cit.*, 674 s.; *IBID.*, *Processo canonico ordinario cit.*, 26; C.J. ERRÁZURIZ M., *Circa l'equiparazione quale uso dell'analogia in diritto canonico*, in *Ius Ecclesiae* 4 (1992) 215-224; *IBID.*, *Ancora sull'equiparazione in diritto canonico: il caso delle prelature personali*, in *Ius Ecclesiae* 5 (1993) 633-642.

Ordinari personali la loro competenza — e quella dei loro tribunali — viene determinata dall'applicazione analoga dei criteri dei cann. 1407-1414 ecc.

Tra l'altro, siccome i fedeli laici di tali circoscrizioni personali finora esistenti sono « anche membri delle chiese particolari dove vivono e operano »⁽²⁵⁾, i loro Pastori non sono tenuti ad erigere necessariamente un tribunale all'interno della circoscrizione. L'art. XIV della cost. ap. *Spirituali militum curae* prevede infatti le due possibilità: che l'ordinariato militare non abbia il proprio tribunale: allora è tribunale di prima istanza quello della diocesi dove l'ordinariato ha la sede (e di seconda, quello determinato negli statuti dell'ordinariato), oppure che abbia un tribunale proprio (in tal caso la Segnatura Apostolica deve approvare il tribunale di appello)⁽²⁶⁾. Anche il Prelato della prelatura dell'Opus Dei ha costituito il suo tribunale e chiesto l'approvazione della Segnatura per la determinazione del tribunale di appello⁽²⁷⁾.

3. I tribunali di seconda istanza.

3.1. I criteri del can. 1438.

I canoni 1438 e 1439 stabiliscono dei criteri tassativi per determinare il tribunale competente in secondo grado, come esplicitamente sancisce il can. 1440, sul quale ci soffermeremo tra poco. Se nel momento di appellare le parti non determinano davanti a quale tribunale si presenta l'appello, si ritiene fatto a norma di questi canoni (cfr. can. 1632 § 1)⁽²⁸⁾.

⁽²⁵⁾ CONGREGAZIONE PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, Lettera « *Communio notio* » su alcuni aspetti della Chiesa intesa come comunione, 28 maggio 1992, n. 16, in *Enchiridion Vaticanum* 13, 947.

⁽²⁶⁾ La maggior parte degli ordinariati non ha tribunale proprio; cfr. E. BAURA, *Legislazione sugli ordinariati castrensi*, Milano 1992, 34; *IBID.*, *L'ufficio di Ordinario militare. Profili giuridici*, in *Ius Ecclesiae* 4 (1992) 408 s.; A. VIANA, *Territorialidad y personalidad en la organización eclesiástica. El caso de los ordinariatos militares*, Pamplona 1992, 226 s.

⁽²⁷⁾ Cfr. decreto del Prelato dell'Opus Dei di 24 gennaio 1996, in *Romana* 12-22 (1996) 26-27; cfr. anche il decreto della Segnatura Apostolica del 15 gennaio 1996, Prot. n. 4419/1/96 SAT.

⁽²⁸⁾ Cfr. M.A. ORTIZ, *Del tribunal de segunda instancia*, in AA.VV., *Comentario exegetico* cit., 870-891.

Ma prima di considerare tali criteri, va tenuta presente la possibilità di adire la Rota Romana, in quanto tribunale universale d'appello⁽²⁹⁾. Infatti, le previsioni del can. 1438 si seguono «fermo restando il disposto del can. 1444 § 1, n. 1», dove si determina che la Rota giudica «in seconda istanza le cause già giudicate dai tribunali ordinari di prima istanza e deferite alla Santa Sede per legittimo appello» (cfr. anche l'art. 128, 1 di *Pastor bonus*) a norma del can. 1630 § 1. Le parti dunque possono scegliere di rivolgersi al tribunale competente secondo le regole dei canoni 1438-1439 oppure interpellare la Rota Romana (o la Santa Sede, senza ulteriori specificazioni). In tal senso, è bene che il tribunale di prima istanza, nel notificare la decisione e informare dei mezzi d'impugnazione che le parti hanno a disposizione (cfr. can. 1614), faccia menzione di tale possibilità⁽³⁰⁾. Oltre a questo caso, il tribunale della Rota Romana riceve anche l'appello contro le sentenze da essa emesse in prima istanza in applicazione del can. 1405 § 3 oppure dell'art. 52 delle *Normae* proprie del 18 aprile 1994⁽³¹⁾; e anche contro le sentenze di cause che il Romano Pontefice (*motu proprio* o a istanza di parte) abbia avvocato al suo tribunale ed affidato alla Rota, a meno che nel rescritto di commissione di competenza non consti diversamente⁽³²⁾. (La competenza della Rota Romana infine viene modificata anche, come vedremo, da quella della Rota della Nunziatura di Madrid: vedi *infra*, n. 4.)

In questo modo, la Rota Romana rappresenta un foro concorrente con i tribunali periferici, se una parte rivolge l'appello al tribunale locale corrispondente mentre l'altra lo fa alla Rota. Tale concorrenza si risolve in favore della Rota, tenendo conto delle regole della prevenzione: «se l'altra parte ricorre ad un tribunale diverso (da quelli previsti nei cann. 1438-1439), esamina la causa il tribunale su-

(29) Non ci riferiremo qui alla competenza nelle cause orientali, se non con un breve cenno nell'ultima parte di questo lavoro. Del resto, sulle competenze della Rota Romana cfr. la bibliografia indicata nelle note 8 e ss.

(30) Anche la Segnatura Apostolica ricorda ai tribunali l'obbligo di fornire tale informazione; cfr. Z. GROCHOLEWSKI, *De ordinatione ac munere tribunalium...* cit., 63.

(31) Su l'avocazione prevista nell'art. 52 delle Norme, vedi *infra* nota 55.

(32) Del resto, anche il Romano Pontefice può risolvere personalmente le cause da lui avvocate e non affidate alla Rota Romana (cann. 1417 § 1 e 1442), così come può farlo anche tramite giudici da lui delegati. In ambidue i casi, quelle sentenze di prima istanza non sono appellabili — tranne che nella delega si dica diversamente —, a norma del can. 1629, 1° (cfr. anche can. 333 § 3). Cfr. anche J. LLOBELL, *Verità e giudicato...* cit., sub § 6.

periore di grado, salvo il can. 1415 » (can. 1632 § 2). Se si effettua l'appello prima della citazione, il tribunale locale deve sospendere l'esercizio della giurisdizione⁽³³⁾.

Veniamo dunque ai criteri del can. 1438⁽³⁴⁾. Il primo numero, accogliendo in questo punto quanto stabilito dal can. 1594 § 1 CIC 17, determina che gli appelli contro le sentenze del tribunale della diocesi suffraganea (cfr. can. 1419) vengono rivolti al tribunale del metropolita (se in prima istanza ha conosciuto un tribunale interdiocesano eretto a norma del can. 1423, il tribunale d'appello viene determinato nel canone 1439). In questo modo, il tribunale del metropolita che riceve l'appello è lo stesso tribunale che conosce in prima istanza delle cause sorte nell'ambito dell'arcidiocesi.

Per tale motivo, poiché non riceve l'appello un tribunale autonomo ma lo stesso organo che funge da tribunale di prima istanza in alcuni casi e di seconda in altri, le cause conosciute in primo grado dal tribunale metropolitano devono essere giudicate in secondo grado da un altro tribunale. È quanto prevede il n. 2° del canone 1438: « nelle cause trattate in prima istanza avanti al metropolita si appella al tribunale che egli stesso abbia, con l'approvazione della Sede Apostolica, stabilmente designato »⁽³⁵⁾. Spetta concedere tale approvazione alla Segnatura Apostolica (come si determina nell'art. 124, 4° della cost. ap. *Pastor bonus*), che agisce in questo caso come « Congregazione della Giustizia ». Fino al 1988, a meno che ci fossero dei tribunali interdiocesani, concedevano quest'approvazione le Congregazioni dei vescovi, delle chiese orientali o di *Propaganda Fide*⁽³⁶⁾. Di solito, viene designato come tribunale stabile d'appello il tribunale di un'altra diocesi metropolitana, oppure quello di qualche diocesi suffraganea della stessa provincia o qualche tribunale in-

⁽³³⁾ Cfr. sent. c. Pompedda del 14 dicembre 1992, in *Ius Ecclesiae* 5 (1993) 597-602, ed il commento di J. LLOBELL, *La necessità della doppia sentenza conforme e l'« appello automatico » ex can. 1682 costituiscono un gravame? Sul diritto di appello presso la Rota Romana*, in *Ius Ecclesiae* 5 (1993) 602-609.

⁽³⁴⁾ Ci riferiamo ai primi due numeri del canone. Per quanto riguarda i tribunali dei religiosi, cfr. can. 1427 e X. OCHOA, *Ordinatio tribunalium religiosorum iuxta vigentem disciplinam*, in *Commentarium pro Religiosis* 63 (1982) 3-21 e *ibid.*, 64 (1983) 124-141.

⁽³⁵⁾ Il can. 1594 § 2 del CIC 17 stabiliva che, nel caso in questione, si appellava all'Ordinario locale che, *probante Sede Apostolica, semel pro semper designaverit*.

⁽³⁶⁾ Cfr. Z. GROCHOLEWSKI, *I Tribunali*, in AA.VV., *La Curia Romana*, Città del Vaticano 1990, 413.

terdiocesano⁽³⁷⁾. E comunque prima di concedere l'approvazione, la Segnatura accerta la conformità da parte del vescovo il cui tribunale il metropolita intende designare.

La regola del can. 1438, 2° inoltre va tenuta presente anche con riferimento ai tribunali d'appello dei tribunali degli Arcivescovi che non hanno diocesi suffraganee, così come degli Ordinari locali immediatamente soggetti alla Sede Apostolica. In tali casi, il can. 1594 § 3 CIC 17 prevedeva come tribunale d'appello il metropolita del quale trattava nel can. 285 CIC 17⁽³⁸⁾. Il decreto *Christus Dominus* n. 40 sopprime *pro regula* le diocesi direttamente soggette alla Sede Apostolica; il motu proprio *Ecclesiae Sanctae*, I, 4 sollecitò alle Conferenze Episcopali che venisse applicata tale previsione che, infine, è stata accolta nel can. 431 («d'ora in avanti, non vi siano di regola diocesi esenti»: § 2). Di conseguenza, nella fase di revisione del can. 1594 CIC 17, venne evitato ogni riferimento a tale fattispecie, «cum in novo Codice figura Metropolitae sine suffraganeis suppressa erit et non amplius erunt Episcopi dioecesiani immediate Sedi Apostolicae subiecti»⁽³⁹⁾. Comunque, tale regola, non essendo assoluta, ammette delle eccezioni; in tal caso, spetterà alla Segnatura Apostolica l'approvazione del tribunale d'appello, con una procedura simile a quella seguita per i tribunali metropolitani⁽⁴⁰⁾.

Anche per determinare il tribunale d'appello che corrisponde a quello delle circoscrizioni personali viene invocato il can. 1438, 2°. Come vedevamo, se l'ordinariato militare non ha un'organizzazione giudiziaria all'interno della circoscrizione, è competente in primo grado il tribunale della diocesi dove ha la sede la curia dell'ordinaria-

(37) Per esempio, per il tribunale di Trnava è stato designato il tribunale di Nitra, sua diocesi suffraganea (Decreto della Segnatura Apostolica del 31 luglio 1991, Prot. n. 4047/91 SAT); per il metropolita di Olomuc a sua volta, è stato designato l'interdiocesano di Praga (Decreto della Segnatura Apostolica del 19 novembre 1990, Prot. n. 4042/90 SAT). Prendiamo i dati — e anche di altri decreti della Segnatura citati lungo questo lavoro — da Z. GROCHOLEWSKI, *De ordinatione ac munere tribunalium...* cit., 50.

(38) «Episcopi ... aliquem viciniorem Metropolitam, nisi forte iam elegerint, semel pro semper, praevia Sedis Apostolicae approbatione, eligant, cuius Concilio provinciali cum aliis intersint...».

(39) *Communicationes* 10 (1978) 242.

(40) «Eadem est praxis ad designationem fori appellationis pro tribunalibus circumscriptionum immediate Sanctae Sedi subiectarum quod attinet» (Z. GROCHOLEWSKI, *De ordinatione ac munere tribunalium...* cit., 50); cfr. anche F. GIL DE LAS HERAS, *Organización judicial de la Iglesia en el nuevo Código*, in *Ius Canonicum* 24 (1984) 138.

to; in tal caso, il tribunale d'appello viene determinato negli statuti. Se altrimenti c'è un tribunale proprio dell'ordinariato, gli appelli vengono inviati al tribunale che lo stesso Ordinario abbia designato stabilmente con l'approvazione della Sede Apostolica — tramite la Segnatura Apostolica: art. 124 PB —, come determina l'art. XIV della cost. ap. *Spirituali militum curae*, con remissione al can. 1438, 2°⁽⁴¹⁾. Tale remissione al can. 1438, 2° fu invocata anche per analogia dallo stesso Tribunale della Segnatura Apostolica nel decreto di approvazione del tribunale di secondo grado corrispondente a quello della prelatura dell'Opus Dei⁽⁴²⁾.

La previsione di *Spirituali militum curae* mette in evidenza che, così come l'ordinario militare non può determinare il tribunale di prima istanza — se non ha un tribunale proprio — ma deve accettare quello della diocesi dove ha la sede, nel caso abbia un'organizzazione giudiziaria propria non è libero di scegliersi il tribunale d'appello, ma deve determinarsi negli statuti. Del resto, la menzionata remissione al can. 1438 permette di escludere che il tribunale di secondo grado possa far parte dell'organizzazione giudiziaria dell'ordinariato, allo stesso modo che il vescovo non può avere un tribunale d'appello all'interno della sua circoscrizione. Così, diversamente dal regime dei tribunali dei religiosi (che possono includere all'interno dell'istituto le diverse istanze), le cause di queste circoscrizioni personali non possono essere giudicate in seconda istanza all'interno di esse, ma devono appellarsi *ex novo et integro* davanti a giudici di una giurisdizione ecclesiastica diversa⁽⁴³⁾.

In attenzione alla necessità di appellare le decisioni di un tribunale diocesano presso un tribunale esterno alla diocesi, non esistono più dei tribunali di prima istanza inferiori al vescovo le cui sentenze verrebbero appellate davanti al tribunale diocesano⁽⁴⁴⁾. Diverso è il

(41) Vedi *supra*, n. 2.2. Cfr. P.A. BONNET, *I tribunali nella loro diversità di grado e di specie* cit., 219.

(42) Cfr. Decreto della Segnatura Apostolica del 15 gennaio 1996, Prot. n. 4419/1/96 SAT, in *Romana* 12-22 (1996) 22-23.

(43) Cfr. A. VIANA, *Territorialidad y personalidad en la organización eclesiástica. El caso de los ordinariatos militares* cit., 228 s. Diversamente, J. BEYER, *Quelques notes et indications pour la nouvelle rédaction des Statuts des Ordinariats militaires*, in *Militum Cura Pastoralis* 1 (1987-2) 27; *IBID.*, *Les Tribunaux de l'Ordinariat militaire*, in *Militum Cura Pastoralis* 2 (1988-2) 56.

(44) Il tribunale dell'arcidiacono era uno di tali tribunali inferiori. Il Concilio di

caso del tribunale delegato, qualora il vescovo lo abbia costituito; tale tribunale infatti non è *inferiore* a quello ordinario della diocesi, ma — come quest'ultimo — forma un unico tribunale col vescovo, dimodoché la potestà giudiziale del vescovo si « esaurisce » con la sentenza da lui emessa o dal suo tribunale, vicario o delegato (cfr. can. 1419 § 1). Il CCEO contiene al riguardo una norma che esplicita quanto detto: « Dal delegato non si dà appello al delegante, ma al suo immediato superiore, a meno che il delegante non sia la stessa Sede Apostolica » (can. 1312 CCEO). Di conseguenza, l'appello dev'essere rivolto — sia che abbia giudicato il vescovo personalmente, sia che lo abbia fatto un tribunale ordinario o uno delegato — al tribunale superiore, secondo le regole dei cann. che stiamo considerando.

3.2. *I tribunali interdiocesani di seconda istanza.*

Coerentemente con la previsione del can. 1423, che accoglie la possibilità di erigere tribunali interdiocesani di prima istanza, le sentenze da questi emanate verranno giudicate in fase d'appello dai tribunali interdiocesani di secondo grado, a norma del can. 1439.

Questo canone considera obbligatoria l'erezione di questi tribunali in alcuni casi e facoltativa in altri. Infatti, da una parte il § 1 prende in considerazione tre possibilità. In primo luogo, che il tribunale interdiocesano di prima istanza riunisca diverse diocesi della stessa provincia ecclesiastica — tutte le diocesi della provincia o soltanto alcune —, esclusa l'arcidiocesi; in tal caso, è tribunale d'appello quello del metropolitano, poiché a lui spetterebbe ricevere gli appelli di ognuna delle diocesi. In secondo luogo, se tra le diocesi appartenenti alla stessa provincia che hanno messo in piedi il tribunale interdiocesano di primo grado si trova anche la diocesi metropolitana, riceve l'appello il tribunale che la conferenza episcopale abbia stabilmente determinato con l'approvazione della Sede Apostolica. Non vi è dunque — a differenza di quanto previsto nel can. 1438 — alcun tribunale stabilito dal metropolitano, o da lui con i suffraganei, ma vi dev'essere una designazione fatta dalla conferenza epi-

Trento però riservò la competenza in primo grado al tribunale del vescovo: cfr. CONCILIO DI TRENTO, ses. 24, 11 novembre 1563 *Doctrina de sacramento matrimonii, Decretum de reformatione*, can. 20, in *Conciliorum Oecumenicorum Decreta* (ed. a cura dell'Istituto per le Scienze Religiose), Bologna 1991, 772.

scopale. La stessa soluzione si segue se del tribunale interdiocesano di primo grado fanno parte diocesi di diverse province, ci siano o meno delle diocesi metropolitane.

Come regola generale dunque quando in prima istanza ha conosciuto un tribunale interdiocesano che abbraccia diocesi di diverse province o dove vi si trovi un metropolitano, la conferenza episcopale *deve* costituire un tribunale interdiocesano di seconda istanza, con l'approvazione della Segnatura Apostolica⁽⁴⁵⁾.

«Oltre i casi di cui al § 1» appena visti, d'altra parte, il §2 del can. 1439 stabilisce che la conferenza episcopale *può* costituire, sempre con l'approvazione della Segnatura Apostolica, uno o più tribunali di seconda istanza. Nei due casi, può trattarsi di un tribunale eretto *ad hoc*, oppure di un altro tribunale interdiocesano del territorio della conferenza episcopale o di un tribunale locale già costituiti e funzionanti per altre cause⁽⁴⁶⁾. Il tribunale interdiocesano di seconda istanza dunque — secondo il can. 1439 — si deve costituire se c'è un tribunale interdiocesano di prima istanza per diocesi di diverse province o che includa una metropolitana. Oltre quei casi, la conferenza episcopale può costituire uno o vari tribunali. In tali casi di costituzione facoltativa, si avrà un foro concorrente tra questo tribunale della conferenza episcopale — che potrebbe anche essere di sola seconda istanza, se non si sceglie un altro tribunale già esistente — ed il tribunale del metropolitano o gli altri tribunali interdiocesani di costituzione obbligatoria del § 1. Il conflitto si risolve secondo i criteri della prevenzione, a norma del can. 1415 (cfr. can. 1632 § 2).

La possibilità del § 2 del can. 1439 interessa in un certo senso ai metropolitani, che sarebbero competenti per ricevere gli appelli delle diocesi in questione *ex can.* 1438. Ciò provocò, durante i lavori di revisione del Codice, alcune reticenze nel riscontrare un diverso fondamento all'erezione dei tribunali interdiocesani di diverso grado. A

(45) Cfr. art. 124, 4° della cost. ap. *Pastor bonus* e can. 1445 § 3, 3°, dove si stabilisce che tra le competenze della Segnatura Apostolica si trova quella di «promuovere ed approvare l'erezione dei tribunali di cui ai cann. 1423 e 1439».

Si veda *supra* n. 2.1 per quanto riguarda la procedura di elezione del tribunale interdiocesano di prima istanza.

(46) Cfr. ad esempio il Decreto de la Segnatura Apostolica dell'11 marzo 1982, Prot. n. 13029/81, dove viene approvata la designazione del tribunale metropolitano di Olomuc come di seconda istanza per l'interdiocesano di Praga; cfr. Z. GROCHOLEWSKI, *De ordinatione ac munere tribunalium...* cit.

norma del can. 1423, dove l'iniziativa chiaramente spetta ai vescovi, non vi è alcuna competenza della conferenza episcopale; invece, nei tribunali del can. 1439 la conferenza episcopale eserciterebbe una competenza che spetterebbe anche ai metropolitani. Del resto, nei primi schemi non si menzionava l'approvazione della Santa Sede; per cui, interrogati da un consultore circa la potestà d'erezione delle conferenze episcopali, i membri del *coetus* di revisione conclusero al riguardo che le conferenze esercitavano tale potestà proprio « iure Codicis, qui a Summo Pontifice promulgabitur »⁽⁴⁷⁾. Comunque, posteriormente si aggiunse la clausola *probante Sede Apostolica*, che non si trova nello *schema* del 1976⁽⁴⁸⁾. In ogni caso, mentre la potestà del tribunale interdiocesano di prima istanza proviene dai vescovi che lo erigono — e non dall'approvazione della Segnatura —, la potestà di quelli di secondo grado proviene dal Romano Pontefice, come in ogni giudizio d'appello.

Come abbiamo detto, il tribunale interdiocesano di prima istanza può erigersi per tutte le cause oppure soltanto per un tipo di cause (cfr. can. 1423). Nel secondo caso, l'incompetenza (*ratione materiae*) sulle altre cause escluse è assoluta (cfr. can. 1620, 1°). I primi decreti d'erezione — alla stregua del modello italiano — tendevano a circoscrivere la competenza di tali tribunali alle sole cause matrimoniali, ma col passare del tempo si è diffusa non soltanto l'esistenza di detti tribunali ma anche l'universalità delle cause loro affidate⁽⁴⁹⁾. Di conseguenza, i tribunali di seconda istanza giudicheranno anche dello stesso genere di cause per le quali fu eretto il tribunale di primo grado. Ma può darsi che un tribunale interdiocesano di primo grado che fu costituito per esempio per conoscere soltanto delle cause matrimoniali invii le sue decisioni in grado d'appello ad un tribunale interdiocesano di seconda istanza eretto per giudicare ogni tipo di cause; contro le cause non matrimoniali giudicate in primo grado dal tribunale diocesano si proporrà l'appello non a questo tribunale interdiocesano di secondo grado ma al tribunale da designare secondo i criteri del can. 1438. Come abbiamo ipotizzato, se un vescovo italiano decidesse di affidare le cause matrimoniali al suo tribunale diocesa-

(47) *Communicationes* 10 (1978) 243. Si trattava del c. 40 dello *schema*.

(48) Cfr. *Communicationes* 16 (1984) 60.

(49) Cfr. P. MONETA, *La giustizia nella Chiesa*, Bologna 1993, 45; Z. GROCHOLEWSKI, *De ordinatione ac munere tribunalium...* cit., 51 s.

no, si proporrebbe l'appello al tribunale determinato secondo le regole del can. 1438, e non a quello che spetterebbe secondo il *Qua cura* ⁽⁵⁰⁾.

3.3. *Portata della competenza funzionale prospettata nel can. 1440.*

La competenza *verticale* della quale parlavamo nella Premessa di queste pagine, fa sì che una volta determinato il giudice con competenza oggettiva e territoriale che deve giudicare in prima istanza, vengano anche determinati automaticamente — salva sempre la possibilità di trovare dei fori concorrenti, in alcuni casi ben determinati, come abbiamo visto — gli organi giurisdizionali competenti nelle ulteriori istanze. Una volta iniziata cioè la prima istanza (e scelto il tribunale competente secondo i criteri dei cann. 1404-1416, per le cause matrimoniali del can. 1673) viene anche fissata la linea gerarchica per le ulteriori istanze dai criteri dei cann. 1438-1439, la cui violazione provoca l'incompetenza assoluta del tribunale e conseguentemente la nullità insanabile della sentenza emessa. È quanto prevede il can. 1440, una delle novità della codificazione del 1983: « se la competenza relativa al grado di giudizio non viene osservata a norma dei cann. 1438 e 1439, l'incompetenza del giudice è assoluta ».

Nella Chiesa dunque c'è una centralizzazione totale rispetto alla seconda o ulteriori istanze: innanzitutto, perché tutti i tribunali d'appello ricevono la loro competenza sui tribunali di prima istanza da parte del Romano Pontefice — proprio tramite le previsioni codiciali, in specie i cann. 1438-1439 menzionati —; ma anche sia perché la Rota Romana è tribunale universale d'appello sia perché tutti i fedeli possono rivolgersi al Romano Pontefice in qualsiasi fase del contraddittorio ⁽⁵¹⁾.

La prima conseguenza dell'applicazione del can. 1440 è l'incompetenza assoluta di qualsiasi tribunale per giudicare in un grado diverso di quello che gli corrisponde. Come dicevamo nella Premessa, la nullità assoluta che tale incompetenza recherebbe alla sentenza di secondo grado emessa da un tribunale di primo grado fa sì che le parti possano presentare eccezione d'incompetenza e che il giudice

⁽⁵⁰⁾ Cit. in nota 19.

⁽⁵¹⁾ Cfr. cc. 1417 e 1444 § 2 CIC; artt. 13, 124, 2° e 129 § 1, 4° cost. ap. *Pastor bonus*; c. 1059 CCEO; J. LLOBELL, *Centralizzazione normativa processuale...* cit., 436 s. Per quanto riguarda la competenza della Rota nelle cause orientali, vedi *infra* n. 4.

debba dichiararsi incompetente in qualsiasi fase del processo (cfr. cann. 1459 e 1461). Inoltre, la natura assoluta dell'incompetenza vieta anche la proposizione di una causa nella stessa istanza (prima o seconda) nella quale è già stata giudicata o è scaturita la *perpetuatio iurisdictionis* in seguito alla citazione (cfr. can. 1512, 2), a difesa del principio *ne bis in idem* ⁽⁵²⁾.

Ma tale incompetenza non si limita a vietare ai tribunali di primo grado di conoscere in istanze superiori. Si riferisce anche ai tribunali superiori, che non possono giudicare delle cause per le quali sono competenti i tribunali inferiori ⁽⁵³⁾. Per tale motivo, anche la Rota Romana è assolutamente incompetente per giudicare in primo grado — fuori dai casi previsti nel can. 1405 § 3 — e deve chiedere la commissione di competenza anziché la semplice proroga ⁽⁵⁴⁾, tranne nella fattispecie prevista dall'art. 52 delle *Normae Tribunalis Romanae Rotae* del 18 aprile 1994, dove si prevede tra le facoltà del Decano della Rota quella di avocare una causa in prima istanza dopo aver sentito i due uditori più anziani «quoties peculiaria adiuncta sive locorum sive personarum propter bonum animarum idipsum urgeant» ⁽⁵⁵⁾. Dopo il rescritto del 21 maggio 1997, il Decano può avo-

⁽⁵²⁾ Cfr. J. LLOBELL, *Del fuero competente* cit., 687 s.; *IBID.*, *Il tribunale competente per l'appello della sentenza di nullità del matrimonio giudicata «tamquam in prima instantia ex can 1683»*, in *Ius Ecclesiae* 8 (1996) 689-711, dove commenta il Decreto della Segnatura Apostolica del 17 maggio 1995, Prot. n. 25670/94 V.T., in *Ius Ecclesiae* 8 (1996) 819-821.

⁽⁵³⁾ Cfr. J.M. PINTO, *La giurisdizione*, in *Il processo matrimoniale canonico*, cit., 112. Diversamente, cfr. F. ROBERTI, *De processibus*, I, Romae 1956, 173.

⁽⁵⁴⁾ J. LLOBELL, *Commissione e proroga della competenza dei tribunali ecclesiastici nelle cause di nullità matrimoniale. Sulla natura dell'incompetenza in questi processi*, in *Ius Ecclesiae* 2 (1990) 724 s.

⁽⁵⁵⁾ ROTA ROMANA, *Normae Rotae Romanae Tribunalis*, in *AAS* 86 (1994) 508-540; cfr. SEGRETERIA DI STATO, *Rescriptum ex Audientia Sanctissimi*, 23 febbraio 1995, in *AAS* 87 (1995) 366; V. FAGIOLO, *La figura e i poteri del Decano della Rota Romana*, in *AA.VV.* (a cura di P.A. Bonnet e C. Gullo), *Le «Normae» del Tribunale della Rota Romana*, Città del Vaticano 1997, 93-102; T. MAURO, *L'avocatio causae*, in *ibid.*, 213-222. Si vedano anche le riserve espresse circa l'opportunità di tale norma in P.A. BONNET, *La competenza del Tribunale Apostolico della Rota Romana e del Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica* cit., 14-16.

Tale norma ha tolto la straordinarietà di una facoltà della quale godeva precedentemente il Decano della Rota, per la quale poteva avocare delle cause conosciute dalla stessa Rota in via incidentale; cfr. ROTA ROMANA, *Nuove Norme del Tribunale della Sacra Romana Rota*, Città del Vaticano 1969, 28; *Normae Sacrae Romanae Rotae Tribunalis*, in

care tali cause in prima istanza non soltanto *auditis duobus antiquioribus Auditoribus* — come stabilisce l'art. 52 delle Norme del 1994 — «ma anche a sua discrezione su semplice richiesta del Turno»⁽⁵⁶⁾.

Ma inoltre non basta che chi giudichi in secondo grado sia un tribunale di seconda istanza. Dev'esserlo «a norma dei cann. 1438 e 1439»: dev'essere cioè tribunale di secondo grado *per* chi ha giudicato precedentemente, secondo i criteri stabiliti in quei canoni. Per alcuni autori invece — e tale sembra essere anche la prassi della Segnatura Apostolica, come si desume in un recente intervento del suo Promotore di Giustizia⁽⁵⁷⁾ — l'incompetenza assoluta funzionale si riferirebbe soltanto al grado di tribunale. Secondo tale impostazione, un tribunale di primo grado non può mai giudicare in seconda istanza, ma il tribunale d'appello che giudica in secondo grado senza attenersi alle regole dei cann. 1438-1439 sarebbe soltanto relativamente incompetente. Di conseguenza, la previsione del can. 1632 («se nell'appello non è indicato a quale tribunale esso è diretto, si presume fatto al tribunale di cui ai cann. 1438 e 1439») sarebbe soltanto indicativa⁽⁵⁸⁾.

AAS 74 (1982) 516; *Facoltà straordinarie di S.E. il Decano della Sacra Romana Rota*, 26 luglio 1981, in *ibidem*; A. STANKIEWICZ, *Rilievi procedurali nel nuovo «ordo iudiciarius» della Rota Romana*, in *Ius Ecclesiae* 7 (1995) 67 s.

⁽⁵⁶⁾ SEGRETERIA DI STATO, *Rescritto di concessione al Decano della Rota Romana della facoltà di avocare una causa in prima istanza, non soltanto a norma dell'art. 52 delle Norme Proprie, ma anche — a sua discrezione — su semplice richiesta del Turno*, 21 maggio 1997, Prot. n. 414.266.

⁽⁵⁷⁾ Cfr. F. DANEELS, *Recensione a M.J. Arroba, «Diritto processuale canonico»*, in *Ius Ecclesiae* 9 (1997) in corso di stampa.

⁽⁵⁸⁾ J. OCHOA, *I titoli di competenza*, in *Il processo matrimoniale canonico*, cit., 146-148. Per questo autore, il titolo di competenza sancito nel can. 1440 «potrebbe essere formulato così: È competente per ragione di grado di giudizio il giudice di grado uguale al grado di giudizio della causa». Di conseguenza, «il titolo di competenza tra i diversi tribunali di secondo grado è relativo o concorrente», e l'inosservanza delle regole dei cann. 1438-1439 non è assoluta ma relativa, come «si evince al medesimo can. 1632 § 2 che prevede la soluzione del conflitto di competenza tra due tribunali di secondo grado in base al principio della prevenzione. Come si sa, la prevenzione presuppone che i tribunali *aeque competentia sunt* (c. 1415), e questa condizione non si verifica quando le cause sono di competenza assoluta. La prevenzione mai può dare la competenza ad un giudice che sia *assolutamente* incompetente riguardo ad una determinata causa. Pertanto, se la legge prevede la possibilità di applicare il principio della prevenzione, vuol dire che si tratta, in quel caso, di competenza o di incompetenza relativa».

Tale opinione si basa principalmente sulla possibilità prevista dal can. 1632 in questione: se si può scegliere tra diversi tribunali per proporre l'appello, vuol dire che ci sono diversi tribunali ugualmente competenti. Ma a nostro avviso la concorrenza in secondo grado di giudizio si può presentare soltanto tra il tribunale che risulti dall'applicazione dei cann. 1438-1439 (e tra di questi, quando la Conferenza Episcopale abbia eretto i tribunali interdiocesani del can. 1439 § 2) e la Rota Romana — o quella della Nunziatura spagnola —; possibilità del resto prevista nello stesso canone 1438. Infatti, la *perpetuatio iurisdictionis* che scaturisce dalla citazione legittima ed è alla base dell'istituto della prevenzione non avviene quando chi cita è un tribunale incompetente (assolutamente o relativamente): «Notificata legittimamente la citazione o presentatesi le parti davanti al giudice per fare la causa ... la causa diventa propria di quel giudice o di quel tribunale per altro competente, avanti al quale fu introdotta l'azione» (can. 1512, 2°). Del resto, sarebbe fuorviante che un canone (il 1632) prendesse in considerazione una fattispecie del genere: che le parti si rivolgano ad un tribunale incompetente, seppure relativamente⁽⁵⁹⁾.

Di conseguenza, non sembra che in secondo grado esistano dei criteri territoriali, tranne per quel che riguarda i tribunali interdiocesani facoltativi menzionati; e dunque poiché non basta essere tribunale di seconda istanza ma dev'esserlo *rispetto a quello di primo grado*, se un tribunale di secondo grado non è competente secondo i criteri dei cann. 1438-1439 la sua incompetenza dovrebbe essere assoluta (e l'eventuale decisione, insanabilmente nulla). Cioè, se non si indica un tribunale davanti al quale si propone l'appello, si presume fatto presso il tribunale competente secondo i criteri visti; altrimenti, se viene indicato un tribunale diverso sarà assolutamente incompe-

(59) Cfr. J. LOBELL, *Centralizzazione normativa processuale...* cit., 436; M.J. ARROBA, *Diritto processuale canonico*, Roma 1994, 136. Sembra essere questa anche l'opinione di altri autori che nel prendere in considerazione il can. 1632, soltanto prospettano come concorrenti il tribunale corrispondente dall'applicazione dei cann. 1438-1439 e la Rota Romana, senza accennare minimamente ad altre possibilità di concorrenza: cfr. P. MONETA, commento al can. 1632 in AA.VV., *Comentario exegético* cit., IV/II, 1657; anche IBID., *La giustizia nella Chiesa*, cit., 42; J.L. ACEBAL, Commento al can. 1632, in *Código de Derecho Canónico. Edición bilingüe comentada*, Madrid 1991, 794; L.G. WRENN, *Processes*, in *The Code of Canon Law. A text and a commentary*, New York-Mahwah 1985, 958 e 998.

tente il quale per poter emanare una sentenza valida dovrà ottenere la commissione di competenza.

Altri motivi addotti a sostegno della tesi contraria a quella da noi sostenuta si possono ricondurre ai seguenti: in primo luogo, perché appare illogico che l'incompetenza fra i tribunali di seconda istanza sia assoluta mentre è relativa tra quelli di primo grado. In secondo luogo, perché l'interpretazione letterale del can. 1440 escluderebbe dall'incompetenza assoluta *ratione gradus* sia i tribunali di terza o ulteriore istanza sia quelli di seconda non eretti a norma dei cann. 1438-1439. In terzo luogo, perché l'art. 124, 3° della cost. ap. *Passtor bonus* denomina *proroga* — istituto che riguarda soltanto l'incompetenza relativa — la modifica della competenza dei tribunali inferiori affidata alla Segnatura. In quarto luogo, perché l'affidamento di cause a tribunali di secondo grado incompetenti avviene principalmente nelle chiese meno organizzate, ad esempio, nei territori di missione. E infine perché chiesto nel 1986 il parere a due eminenti processualisti, escludono che l'incompetenza in seconda istanza fra tribunali di secondo grado fosse assoluta.

In realtà, come segnala Llobell⁽⁶⁰⁾, tali motivi sembrano voler fondare più una soluzione di *iure condendo* e una prassi seguita nella Segnatura che un'interpretazione della norma vigente, poiché da una parte — come vedremo posteriormente — anche se il can. 1440 prende in considerazione soltanto i cann. 1438-1439 ciò non esclude minimamente il carattere assoluto dell'incompetenza dei tribunali di terza istanza né di quelli di seconda non eretti a norma di tali canoni, che hanno bisogno di ottenere la commissione di competenza. Anche se l'art. 124, 3° della cost. ap. *Pastor bonus*, il can. 1445 § 3, 2° e l'art. 18 delle *Normae speciales* della Segnatura parlano di *prorogare*, sembra che viene adoperato il termine impropriamente, e che in tale "proroga" si debba includere anche la commissione di competenza, come risulta anche nei casi in cui la Segnatura « proroga » — in realtà « dà la commissione » — la competenza dei tribunali periferici affinché possano giudicare in terza istanza, oppure affinché vengano tra-

(60) Cfr. J. LLOBELL, « *Quaestiones disputatae* » sulla scelta della procedura giudiziaria nelle cause di nullità del matrimonio, sui titoli di competenza, sul libello introduttorio e sulla contestazione della lite, in GRUPPO ITALIANO DOCENTI DI DIRITTO CANONICO (a cura di), *Quaderni della Mendola*, vol. 5: *I giudizi nella Chiesa. I processi contenzioso e matrimoniale*, Milano, in corso di stampa, dove riasume e critica così il pensiero di F. DANEELS, *Recensione a M.J. Arroba* cit.

sferite le cause ad un tribunale diverso da quello competente, modificando la *perpetuatio iurisdictionis* che rende assolutamente incompetenti tutti gli altri tribunali. Del resto, è pacifico che l'incompetenza esistente tra due tribunali di seconda o ulteriore istanza quali la Rota Romana e la Rota della Nunziatura di Madrid sia assoluta (vedi *infra* n. 4).

Il principio del carattere assoluto dell'incompetenza funzionale *ratione gradus* non viene meno nelle fattispecie in cui un tribunale di secondo grado giudica in certi casi in prima istanza. In primo luogo, quando il tribunale che riceve l'appello — quello metropolitano, ad esempio — è allo stesso tempo di primo grado per le cause sorte nella diocesi metropolitana. Una situazione simile si produce anche a risulter della peculiare organizzazione dei tribunali regionali italiani, poiché nel motu proprio d'erezione del 1938 veniva scelto il tribunale d'appello tra gli stessi tribunali regionali, che in questo modo diventavano competenti in primo grado per le cause delle rispettive regioni ecclesiastiche e in secondo grado per le cause giudicate da altri tribunali regionali.

Può anche darsi che un tribunale di secondo grado giudichi in primo grado a norma dei cann. 1419 § 2 e 1683: quando deve giudicare di diritti o beni temporali del vescovo o di una persona giuridica da lui rappresentata, e quando — in forza del can. 1683 e come eccezione al disposto nel can. 1639 § 1 — si introduce un nuovo capo di nullità in fase d'appello.

Nel primo caso — quello del can. 1419 § 2 cioè — l'appello va proposto presso il tribunale che risulti dall'applicazione del can. 1438. Nell'altra fattispecie prospettata, quando un tribunale d'appello che giudica *come in prima istanza* del nuovo capo di nullità introdotto *ex can. 1683* è anche di primo grado per altre cause — ad esempio, il tribunale del metropolitano —, dovrà inviare la sentenza emessa al tribunale superiore (di terza o ulteriore istanza) e non al tribunale di secondo grado competente per ricevere gli appelli delle cause della diocesi metropolitana a norma del can. 1438, 2°⁽⁶¹⁾. In tal caso, se il tribunale che ha giudicato *come in prima istanza* dichia-

(61) Cfr. J. LLOBELL, *Centralizzazione normativa processuale...* cit., 476 s.; IBID., *Il tribunale competente per l'appello della sentenza di nullità del matrimonio giudicata «tamquam in prima instantia ex can. 1683»* cit. ed il Decreto della Segnatura Apostolica ivi commentato del 17 maggio 1995, in *Ius Ecclesiae* 8 (1996) 819-821.

rò la nullità del matrimonio, il tribunale superiore potrà emanare il decreto di ratifica a norma del can. 1682 § 2. Se l'introduzione del nuovo capo ha luogo presso la Rota Romana, sarà un nuovo turno a conoscere l'eventuale appello⁽⁶²⁾.

La previsione del can. 1683 va applicata anche ai tribunali d'appello *di sola seconda istanza*; i quali in tali casi ricevono *ex lege* la competenza per giudicare in primo grado. Infatti, questa è un'altra peculiarità da sottolineare: l'esistenza di tribunali d'appello incompetenti per giudicare in primo grado, tranne che nella fattispecie poc'anzi accennata. Sono tali i tribunali interdiocesani di sola seconda istanza eretti a norma del can. 1439 § 2 e il tribunale d'appello del vicariato di Roma, presso il quale si propongono gli appelli contro le decisioni dei tribunali regionali del Lazio, Campania e Sardegna — competenti per le cause matrimoniali — nonché dei tribunali diocesani di Roma e delle altre diocesi del Lazio — competenti per il resto delle cause —, dell'ordinariato militare italiano e della prelatura dell'Opus Dei. Fu il motu proprio *Sollicita cura* del 1987 a modificare l'attribuzione di competenze di secondo grado che precedentemente spettavano in buona misura alla Rota Romana⁽⁶³⁾. Un mese prima, il motu proprio *Quo civium cura* aveva stabilito invece che le decisioni del tribunale ecclesiastico dello Stato della Città del Vaticano potevano essere impugnate soltanto presso la Rota Romana⁽⁶⁴⁾. Pur non trattandosi di *tribunali apostolici*, si è ritenuto sconveniente che le decisioni dei tribunali che giudicano a nome del Papa fossero impugnate presso un tribunale sottoposto alla giurisdizione di un altro vescovo diocesano.

Come abbiamo accennato precedentemente, un tribunale assolutamente incompetente può diventare competente tramite la commissione di competenza⁽⁶⁵⁾. Tranne nei casi in cui la Congregazione

(62) Cfr. art. 55 § 2 delle *Normae Rotae* cit.; Lett. del Segretario della S.C. per gli Affari EE.SS., 15 ottobre 1952, in X. OCHOA, *Leges Ecclesiae*, 2, n. 2309; facoltà confermate in SACRA ROMANA ROTA, *Facoltà straordinarie di S.E. il Decano della Sacra Romana Rota* cit., n. 1; IBID., *Nuove norme del Tribunale della Sacra Romana Rota* del 1969 cit., appendice 2, n. 1.

(63) Cfr. motu proprio *Sollicita cura* del 26 dicembre 1987, in AAS 80 (1988) 121-124; anche in *Ius Ecclesiae* 1 (1989) 343-345; J. LLOBELL, *Il tribunale di appello del vicariato di Roma*, in *Ius Ecclesiae* 1 (1989) 266 s.

(64) Cfr. motu proprio *Quo civium cura* del 21 novembre 1987, in AAS 79 (1987) 1353-1355.

(65) Si veda al riguardo J. LLOBELL, *Commissione e proroga della competenza dei tribunali ecclesiastici* cit.; IBID., *Centralizzazione normativa processuale...* cit., 465 s.

per il Culto Divino e la Disciplina dei Sacramenti affida ad un tribunale locale le cause di nullità della sacra ordinazione (can. 1710), soltanto la Segnatura Apostolica può concedere proroghe e commissioni di competenza ai tribunali ecclesiastici.

E difatti la Segnatura concede abbondanti commissioni di competenza⁽⁶⁶⁾, sia in favore di tribunali periferici che in favore della Rota Romana affinché possa giudicare in primo grado delle cause non riservate (giudicando la Rota sempre in cause di competenza assoluta, non può ricevere proroghe ma commissioni)⁽⁶⁷⁾. Altre fattispecie di commissioni sono quelle concesse — per un periodo di tempo o per singole cause, e anche generali, contando con la conformità *ad casum* del Romano Pontefice per le fattispecie più rilevanti⁽⁶⁸⁾ — a tribunali d'appello affinché possano giudicare in primo grado; a tribunali di prima istanza o di seconda diversi dei previsti, perché possano ricevere degli appelli; oppure a qualsiasi tribunale, affinché possa giudicare in terza istanza. La proroga o la commissione si concede dopo aver ottenuto l'accordo delle parti; e, in tali casi, l'appello va proposto al tribunale di secondo grado di quello che ha ottenuto la commissione o la proroga, e non di quello che ha perso la competenza in forza della proroga o della commissione.

Va qui ripreso anche quanto accennavamo all'inizio di queste pagine: il vescovo diocesano può dare una delega — di giurisdizione o di competenza — soltanto nell'ambito della sua circoscrizione⁽⁶⁹⁾.

(66) Cfr. Z. GROCHOLEWSKI, *De ordinatione ac munere tribunalium...* cit. Si può vedere un elenco di alcuni decreti di commissione e proroga di competenza emanati dalla Segnatura in *Ius Ecclesiae* 2 (1990) 721-737. E su *L'attività della Santa Sede*, Città del Vaticano 1996, 850-858, vengono riportati gli interventi della Segnatura Apostolica sia riguardo alle proroghe e commissioni concesse che riguardo all'erezione, soppressione ed eventuale abbandono dei tribunali interdiocesani, determinazione dei tribunali d'appello.

(67) Sulla competenza della Rota in prima istanza in forza dell'avocazione fatta dal Decano, vedi supra nota 55.

(68) Cfr. Rescritto del 26 marzo 1974 (dove si distinguono tali fattispecie più rilevanti nelle quali la Segnatura ha bisogno dell'autorizzazione pontificia, dai casi meno rilevanti, dove il Supremo Tribunale gode di maggior autonomia), in X. OCHOA, *Leges Ecclesiae post Codicem iuris canonici editae*, V, Roma 1980, n. 4279; anche, J. LLOBELL, *Centralizzazione normativa processuale...* cit., 468, dove sottolinea le imprecisioni del rescritto in questione.

(69) Su questo punto, cfr. J. LLOBELL, *Del fuero competente* cit., 690 s. Tale delega non è viabile nella fattispecie del can. 1469; cfr. M.A. ORTIZ, *Comentario al can. 1469*, in *Comentario exegetico* cit., 999-1001.

Vi sono due tipi di delegazione: da una parte, quella fatta a chi non ha la giurisdizione; e, dall'altra, quella fatta a chi ha giurisdizione ma è incompetente, con incompetenza assoluta o relativa (tramite la commissione o la proroga di competenza, rispettivamente). Il vescovo può sempre dare quel primo tipo di delega. Ma rispetto al secondo (quello col quale cioè dà la commissione o la proroga) può dare soltanto la commissione al suo tribunale, che era diventato assolutamente incompetente per via di una riserva fatta dallo stesso vescovo. (Non può prorogare la competenza del suo tribunale vicario poiché la competenza di quest'ultimo coincide con quella del vescovo o, se differisce, è perché c'è stata la riserva, e dunque ci vuole la commissione e non la proroga.) Il vescovo non può mai concedere competenza a un tribunale di un altro vescovo — pur contando con l'assenso di quest'ultimo — giacché in tal caso il tribunale *ad quem* sarebbe delegato del vescovo a quo, il quale eserciterebbe la giurisdizione *extra territorium* (contro il can. 1469). Del resto, il vescovo *ad quem* non può conferire alcuna competenza al suo tribunale, poiché — appartenendo tale competenza al vescovo *a quo* — lui è incompetente, anche se relativamente.

Non sono mancati degli interventi della Segnatura tendenti a vietare il deferimento delle cause fatto da un vescovo verso il tribunale di un'altra circoscrizione — pur contando con l'assenso del vescovo *ad quem* —, senza aver ottenuto la proroga di competenza da parte della Segnatura Apostolica: «nullus Episcopus potestatem habet concedendi alii tribunali facultatem pertractandi quandam causam; unius enim Signaturae Apostolicae est tribunalium competentiam prorogare (cfr. can. 1445 § 3, 2°)»⁽⁷⁰⁾.

⁽⁷⁰⁾ Decreto di diniego della proroga della competenza, «ad casum» e generale, per la prima istanza, in favore di un tribunale locale, del 22 giugno 1989 (Prot. n. 20.919/89 C.P.), pubblicato su *Ius Ecclesiae* 2 (1990) 730-731. Tali interventi del Supremo Tribunale, del resto, evidenziano le incongruenze sorte dalla relatività dell'incompetenza territoriale, poiché tale relatività contraddice «lo spirito del sistema, che altro non è che quello di vietare tutte le forme di proroga (volontaria o involontaria; espressa o tacita; previa o posteriore alla concordanza del dubbio; fatta dalle parti, con o senza il consenso del tribunale o del vescovo incompetenti), tranne quella conferita dalla Segnatura» (J. LLOBELL, *Commissione e proroga della competenza...* cit., 739). Sulla proroga tacita di competenza e i problemi connessi, cfr. *IBID.*, *Centralizzazione normativa processuale...* cit., 469-475.

4. I Tribunali locali di terza istanza.

Pur non trovandosi nel CIC una norma simile a quella del can. 1065 CCEO, si può applicare anche all'ambito latino quanto stabilisce detto canone: «il tribunale di terzo grado è la Sede Apostolica, a meno che non sia stato espressamente disposto diversamente dal diritto comune»⁽⁷¹⁾. Infatti, pur essendo la Rota Romana il tribunale ordinario di terza o ulteriore istanza per tutta la Chiesa latina, la legislazione canonica prevede che in alcuni casi qualche tribunale latino non apostolico giudichi in terza o ulteriore istanza.

Prima di occuparci delle eccezioni presenti nella legislazione latina a tale competenza della Rota Romana, conviene fare un breve cenno alla soluzione adottata nell'organizzazione giudiziaria delle chiese orientali. Com'è noto, i cann. 73 e 79 del motu proprio *Sollicitudinem nostram*⁽⁷²⁾ prevedevano la competenza della Rota Romana anche riguardo alle chiese orientali, sia come tribunale universale di appello sia come tribunale di terza o ulteriore istanza. Ma nei lavori di codificazione del diritto orientale è emersa la volontà esplicita di stabilire che «ogni chiesa orientale abbia la facoltà di organizzare i suoi tribunali in modo di poter trattare le cause (non riservate alla S. Sede) in tutte le istanze, fino alla sentenza finale, salvo restando la "provocatio ad Sedem Apostolicam" ... che è un caso eccezionale e non presenta un vero appello»⁽⁷³⁾.

Infatti, accanto alla previsione del can. 1065 CCEO richiamata, che riconosce la competenza della Sede Apostolica a meno che il diritto comune non determini altrimenti, di fatto i cann. 1062 e 1063 CCEO contengono delle determinazioni che tolgono delle competenze alla Rota (contenute anche tra l'altro nell'art. 128, 2 della cost. ap. *Pastor bonus*). Le chiese patriarcali e quelle arcivescovili maggiori — equiparate alle chiese patriarcali «a meno che non sia espressamente disposto diversamente»: can. 152 CCEO — hanno un sistema giudiziario al loro interno (tribunali dei sinodi delle chiese patriarcali, tribunale della chiesa patriarcale) che prevede la seconda e ulterio-

(71) Cfr. P.A. BONNET, *I tribunali nella loro diversità di grado e di specie* cit., 220.

(72) Cfr. PIO XII, motu proprio *Sollicitudinem nostram* del 6 gennaio 1950, in AAS 42 (1950) 21-22.

(73) Principi 1974, Canonici «De Processibus» n. 3, in PCCICOR, *Principi direttivi per la revisione del Codice di Diritto Canonico Orientale*, in Nuntia 3 (1976) 3-10.

ri istanze, dimodoché soltanto si arriva a Roma tramite la via straordinaria della *provocatio*. Nelle altre chiese invece (metropolitane *sui iuris* e altre chiese *sui iuris* dipendenti dalla Sede Apostolica, così come nelle chiese patriarcali ma al di fuori del territorio del patriarca) vige la competenza della Rota⁽⁷⁴⁾.

Così, prevedendo l'esistenza di tribunali con uguali competenze a quelle della Rota per il rispettivo grado dell'istanza, si è voluto escludere dalla competenza della Rota — nelle materie non riservate — la via ordinaria dell'appello in seconda istanza per tutti i tribunali e della terza ed ulteriori istanze per i tribunali delle chiese patriarcali e arcivescovili maggiori per le cause del proprio territorio⁽⁷⁵⁾.

Per quanto riguarda il regime latino, nel corso della revisione codiciale fu rifiutata più volte la proposta di generalizzare la possibilità di erigere tribunali regionali (anche di ambito nazionale) di terza istanza, al modo di altri tribunali esistenti in taluni paesi. Il motivo della negativa fu che in tal modo «*evacuaretur tribunal Apostolicum, per quod assequitur bonum non parvi momenti scilicet uniformitas iurisprudentiae pro tota Ecclesiae*»⁽⁷⁶⁾. Bonnet, nel ritenere giusta la conclusione del legislatore di evitare cioè la proliferazione di tribunali locali di terza istanza, sottolinea in modo particolare lo svuotamento che tale proliferazione recherebbe della funzione di unificazione della prassi giurisprudenziale da svolgere dalla Rota Romana⁽⁷⁷⁾.

(74) Sul sistema processuale orientale, oltre la bibliografia segnalata nella nota 74, cfr. V.J. POSPISIL, *Eastern Catholic Church Law*, New York 1996, 706-712; J.L. ACEBAL, Commento ai cann. 1059-1068, in AA.VV., *Código de Cánones de las Iglesias Orientales. Edición bilingüe comentada*, Madrid 1994, 425-432; A. THAZHATH, *The Superior and Ordinary Tribunals of a «sui iuris» Eastern Catholic Church*, in *Studia canonica* 29 (1995) 375-396.

(75) Cfr. J. LLOBELL, *Il giudizio contenzioso nel «Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium»*, in corso di stampa; IBID., *Le norme 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 AA.VV., *Le «normae» del Tribunale della Rota Romana* cit., 67 s.; diversamente, R. FUNGHINI, *La competenza del Tribunale della Rota Romana*, in *ibid.*, 162 s.

(76) Cfr. *Communicationes* 10 (1978) 243; *Communicationes* 16 (1984) 59; cfr. anche, contro la soluzione adottata, J.J. GARCÍA FAILDE, *Nuevo derecho procesal canónico*, Salamanca 1992, 71; J.L. MÉNDEZ RAYÓN, *Normativa procesal y tercera instancia* cit.

(77) Cfr. P.A. BONNET, *I tribunali nella loro diversità di grado e di specie* cit., 221; cfr. anche sull'argomento R. RODRÍGUEZ-OCAÑA, *El tribunal de la Rota Romana y la unidad de la jurisprudencia*, in *Ius Canonicum* 30 (1990) 423-448; J. LLOBELL, *Perfettibilità e*

Le eccezioni alla competenza della Rota in terza istanza — anche se la Santa Sede preferisce evitare queste eccezioni⁽⁷⁸⁾ — provengono da concessioni singolari. A volte, tramite un intervento del Romano Pontefice (come nel caso della Rota della Nunziatura di Madrid — sul quale torneremo fra poco — che gode di tale facoltà in modo permanente)⁽⁷⁹⁾; ma più ordinariamente tramite la commissione di competenza concessa dalla Segnatura Apostolica ad un tribunale già esistente affinché possa conoscere in terzo grado. Tale commissione può riguardare una causa o tutte le cause da giudicare in terza istanza in un determinato territorio; ma «in nessun caso la Segnatura Apostolica ha permesso la erezione di un nuovo tribunale appositamente per la terza istanza»⁽⁸⁰⁾.

Tale commissione infatti può essere concessa *ad tempus* (per periodi di tempo rinnovabili) oppure *ad casum*, per ogni singola causa. In tal caso, deve essere la parte a chiedere la concessione, e non il vicario giudiziale né il vescovo in nome proprio (si possono farlo, ovviamente, a nome della parte); devono essere inoltre indicati i motivi (la lingua, le distanze, ecc.) della richiesta e l'opinione dell'altra parte, dimodoché se questa si oppone ordinariamente viene negata la commissione⁽⁸¹⁾.

sicurezza della norma canonica. Cenni sul valore normativo della giurisprudenza della Rota Romana nelle cause matrimoniali, in PONTIFICIO CONSIGLIO PER L'INTERPRETAZIONE DEI TESTI LEGISLATIVI, *Ius in vita et in missione Ecclesiae*, Città del Vaticano 1994, 1231-1258.

⁽⁷⁸⁾ «Sanctam Sedem propendit ad eliminandas huiusmodi exceptiones» (Z. GROCHOLEWSKI, *De ordinatione ac munere tribunalium...* cit., 55).

⁽⁷⁹⁾ Cfr. motu proprio *Apostolico Hispaniarum Nuntio* del 7 aprile 1947, in *AAS* 39 (1947) 155-162. Cfr. anche F. ROBERTI, *De processibus*, I, Romae 1956, 222-223 e 415, nota 5; P. ERDŐ, *Il potere giudiziario del Primate d'Ungheria*, in *Apollinaris* 53 (1980) 272-292 ed *ibid.* 54 (1981) 213-231; Z.M. BIEG, *Struttura e competenza dei tribunali territoriali e personali della Chiesa*, Roma 1989, 31-55; Z. GROCHOLEWSKI, *Linee generali della giurisprudenza della Segnatura Apostolica relativamente alla procedura nelle cause matrimoniali*, in *Monitor Ecclesiasticus* 107 (1982) 250, nota 62, dove dà notizia anche dell'apposito tribunale polacco; *IBID.*, *De ordinatione ac munere tribunalium...* cit., 55, con riferimento alle concessioni fatte per la Spagna, l'Ungheria, la Polonia, la Lituania e il tribunale della diocesi di Friburgo in Germania.

⁽⁸⁰⁾ Z. GROCHOLEWSKI, *Linee generali...* cit., 252, dove aggiunge: «E neppure ha permesso che le cause siano giudicate in terza istanza da un collegio diverso di giudici del tribunale che ha visto le cause nella precedente istanza».

⁽⁸¹⁾ Cfr. Z. GROCHOLEWSKI, *Linee generali...* cit., 251, dove segnalava alcune delle concessioni particolari: tutte le cause definite in primo e secondo grado in Austria erano riviste in terzo grado a Monaco di Baviera; quelle viste in secondo grado a Praga corri-

Infine, come abbiamo accennato, il Tribunale della Rota della Nunziatura di Madrid⁽⁸²⁾ è un caso del tutto particolare. La sua organizzazione — anche per quanto riguarda la distribuzione dei turni giudicanti — è parallela a quella della Rota Romana. Anche se la Rota della Nunziatura spagnola non è competente in prima istanza nei casi riservati alla Rota Romana a norma del can. 1405 § 3.

Pur essendo primariamente tribunale d'appello, giudica in prima istanza, eccezionalmente, nelle cause affidate dal Nunzio (che è il moderatore del tribunale) su richiesta di qualsiasi vescovo spagnolo⁽⁸³⁾. In secondo grado, riceve l'appello contro le cause giudicate in prima istanza dalla stessa Rota, dai metropolitani e dai tribunali delle diocesi (quella di Barcellona, nell'attualità) immediatamente soggette alla Sede Apostolica; oppure eccezionalmente, contro le cause giudicate in prima istanza da una diocesi suffraganea (e affidate dal Nunzio su richiesta delle parti con l'assenso del metropolita)⁽⁸⁴⁾. Infine, è competente in terza istanza dei ricorsi contro decisioni della stessa Rota o dei tribunali metropolitani in secondo grado. Le parti di mutuo accordo si possono rivolgere alla Rota Romana in seconda istanza contro decisioni dei tribunali diocesani spagnoli oppure in terza contro le sentenze dei tribunali locali d'appello diversi della Rota di Ma-

spondevano in terzo grado ad Olomuc; anche in Lituania vennero designati due tribunali per giudicare in terzo grado; per le singole diocesi tedesche e quelle ungheresi di Eger, Kolocsa e Esztegerm vennero designati anche dei tribunali di terza istanza. Cfr. anche *IBID.*, *De ordinatione ac munere tribunalium...* cit., 55, dove fornisce altri esempi in proposito.

⁽⁸²⁾ Cfr. motu proprio *Apostolico Hispaniarum Nuntio* del 7 aprile 1947, in *AAS* 39 (1947) 155-163; cfr. anche per i cenni storici P. CANTERO, *La Rota española*, Madrid 1946.

⁽⁸³⁾ Cfr. art. 38, 2 motu proprio *Apostolico Hispaniarum Nuntio*; ROTA ROMANA, Decreto *A Tribunali Rotae Nuntiaturae Hispaniae non datur appellatio directa ad Rotam Romanam*, 19 ottobre 1953, in X. OCHOA, *Leges Ecclesiae*, 3, 2375n; SEGRETERIA DI STATO, *Solvitur dubium circa modum procedendi cum aliqua causa iudicialis a Tribunali Rotae Nuntiaturae Apostolicae in Hispania decisa devolvitur ad Sedem Apostolicam pro nova instantia*, 22 gennaio 1954, in X. OCHOA, *Leges Ecclesiae*, 3, 2414n; SEGNETURA APOSTOLICA, *Appellatio apud Rotam Nuntiaturae Apostolicae Hispaniarum proposita deferri potest ad Rotam Romanam ante citationem partium*, 17 giugno 1972, in X. OCHOA, *Leges Ecclesiae*, 4, 4062; J. LLOBELL, «*Quaestiones disputatae*» cit.

⁽⁸⁴⁾ Cfr. art. 38, 3 *ibid.* Dove vengono eretti dei tribunali interdiocesani, avranno colla Rota della Nunziatura il rapporto che si corrisponde al loro grado: quelli di prima istanza sono equiparabili ai tribunali delle diocesi suffraganee, mentre i tribunali interdiocesani di seconda istanza si equiparano a quelli dei metropolitani.

drid, ma contro una sentenza della Rota della Nunziatura — diversamente da quanto accade per gli altri tribunali locali latini di terza istanza — non si può proporre appello o qualsiasi altra impugnazione presso la Rota Romana, che è assolutamente incompetente⁽⁸⁵⁾.

La competenza di questi tribunali di terza istanza infine è circoscritta all'ambito determinato dalla commissione ricevuta. L'esercizio della giurisdizione senza rispettare tale limite comporterebbe la nullità insanabile della sentenza. Ciò sta a sostegno del carattere anche assoluto della competenza funzionale sancita nel can. 1440: come nella fattispecie che tale canone prende in considerazione, anche per quanto riguarda il terzo grado di giudizio non basta che il tribunale sia di terza istanza, ma deve esserlo ovviamente per le cause che rientrano nella propria competenza, che è di tipo assoluto.

(85) Cfr. art. 39 *ibid.*, dove si rinvia al contenuto del can. 1444 § 1, 1° CIC.

Pagina bianca

II. *Studi sull'attività diplomatica dei Legati Pontifici*

Pagina bianca

DOMINIQUE LE TOURNEAU

LA MISSION *AD EXTRA*
DES REPRÉSENTANTS PONTIFICAUX (*)

Première partie: Brève synthèse historique de la figure du représentant pontifical des origines à nos jours. — Section I: L'apparition et le développement de la personne du représentant pontifical. — Section II: Le changement de perspective opéré par le concile Vatican II. — Deuxième partie: Les fonctions des représentants pontificaux dans leur mission *ad extra*. — Section I: Les légats pontificaux et les États et les communautés politiques. — Section II: Les légats pontificaux et les organisations internationales. — Conclusion.

L'existence d'envoyés pontificaux est presque aussi ancienne que l'Église elle-même. L'on trouve, en effet, très tôt des représentants des évêques et du Pontife romain aux conciles, sans conteste possible à partir du concile d'Elvire, en l'an 300. Toutefois, ce n'est que bien plus tard qu'il sera possible de parler de véritables représentants pontificaux, au sens où nous l'entendons de nos jours.

Nous nous proposons ici d'analyser brièvement le rôle assigné aux représentants pontificaux *auprès des États* et *auprès des organisations internationales*. Nous devons donc, dans la mesure du possible, faire abstraction de leurs fonctions auprès des Églises particulières des pays dans lesquels ils sont nommés. Toutefois ce dernier rôle ne saurait être passé sous silence, étant donné son importance et le lien qu'il peut avoir avec la fonction diplomatique des représentants pontificaux.

Il nous a semblé utile, pour bien comprendre la place actuelle des légats du pape, dans une première partie de peindre, d'esquisser

(*) Texte de la communication écrite présentée au VIII^{ème} Congrès International de Droit Canonique, à Lublin, septembre 1993.

serait plus exact, un tableau historique de l'évolution à la fois de la figure et des fonctions du collaborateur du Pontife romain, objet de notre étude. Nous pourrions ainsi fixer notre attention dans la seconde partie sur les fonctions qui leur sont dévolues aujourd'hui auprès des États et des instances internationales par le Code de droit canonique et que la pratique confirme⁽¹⁾.

Première partie: Brève synthèse historique de la figure du représentant pontifical des origines à nos jours⁽²⁾.

Tout rappel historique en la matière doit nécessairement porter en premier lieu sur l'émergence progressive et l'affermissement de la figure du représentant pontifical au long des siècles, avec les évolutions successives et les menaces qui ont pu se faire jour par moment (section I) pour mieux faire ressortir la nouvelle façon dont elle est appréhendée depuis le concile Vatican II (section II).

Section I: L'apparition et le développement de la personne du représentant pontifical.

C'est vers la fin du XV^e s. que les Pontifes romains commencent vraiment à ressentir la nécessité d'avoir des représentants stables auprès des cours: l'obtention de la paix entre le roi de France et l'empereur d'Allemagne qui devait permettre de réunir le concile de

(1) L'on trouvera de nombreuses précisions, aussi bien sur l'histoire des légats que sur la situation présente, dans J.-B. d'ONORIO, «Le Saint-Siège et le droit international», *Le Saint-Siège dans les relations internationales (sous la dir. de J.-B. d'Onorio)*, Paris, Cerf-Cujas, 1989, p. 9-70. On lira aussi avec profit *La Pontificia Academia ecclesiastica (1701-1951)*, Cité du Vatican, Lib. Ed. Vaticana, 1951.

(2) Pour toute cette partie historique, l'on se référera à l'ouvrage fondamental de M. OLIVERI, *Natura e funzioni dei legati pontifici nella storia e nel contesto ecclesiologico del Vaticano II*, Libreria Editrice Vaticana, 2e éd., 1984. Cf. aussi L. CHEVAILLER, «Les nonces. Évolution des nonciatures aux XIX^e et XX^e siècles», *Histoire du Droit et des Institutions de l'Église en Occident (sous la dir. de G. Le Bras et J. Gaudemet)*, T. XVII. Le droit et les institutions de l'Église catholique latine de la fin du XVIII^e siècle à 1978. Organismes collégiaux et moyens de gouvernement, Paris, Cujas, 1983, p. 363-390; L. DE ECHEVERRÍA, «Funciones de los legados del Romano Pontífice. El motu proprio "Sollicitudo Omnium Ecclesiarum"», *Revista Española de Derecho Canónico* 25 (1969), p. 573-636; L. MARINI, *The Apostolic Delegate: His Role in Ecclesiastical Law*, Washington, The Catholic University of America, 1983.

Trente, la défense des États chrétiens contre le péril turc et les différends territoriaux entre l'État pontifical et les autres États de la péninsule italienne, la république de Venise en premier, y sont pour quelque chose. Mais ce sont d'abord les autres États qui envoient des représentants auprès du Saint-Siège. C'est ainsi que Milan et Venise sont représentés dès 1488. Pour l'Église, cet usage d'envoyer des représentants permanents auprès des États ne commence vraiment qu'avec Sixte IV (1471-1484) et Alexandre VI (1492-1503), de manière encore modeste. Mais si la figure du nonce permanent prend corps, cela ne veut pas dire qu'une nonciature permanente existe aussi: il faudra plus de temps, celui de l'expérience et de l'épreuve des faits, pour que celle-ci se mette en place. Au point que ce n'est que sous le pontificat de Grégoire XIII (1572-1585) que cette institution est clairement organisée: les nonciatures deviennent des organes réguliers de gouvernement pontifical, suivant des règles de fonctionnement bien précises, auprès des seules monarchies. La terminologie, avec ses différents échelons et des traitements distincts (légats, nonces, internonces) est arrêtée aussi. Enfin il est de règle que le représentant officiel de l'Église soit évêque ou archevêque, au moins auprès des monarches non italiens.

L'on s'est demandé si l'ancienne figure de l'apocrisiaire n'était pas un ancêtre des nonces de l'époque moderne et contemporaine. Certains auteurs le contestent⁽³⁾. L'apocrisiaire, qui représentait le pape auprès de l'empereur à Constantinople, était en fait «le symbole et l'instrument d'une alliance entre l'Église et l'Empire»⁽⁴⁾: il représentait auprès de l'empereur la doctrine et les intérêts spirituels de l'Église de Rome avec, par conséquent, un poids et une portée autre que ceux des apocrisiaires des patriarches d'Alexandrie, d'Antioche et de Jérusalem. Mais il est tout de même difficile de voir dans l'apocrisiaire un véritable représentant diplomatique du pape à Constantinople, car, compte tenu du contexte politique et de la nature des relations d'alors entre l'Église et la communauté civile, l'apocrisiaire se limite à mettre en rapport deux autorités complémentaires au sein d'une même société, non deux autorités

(3) C'est le cas de K. WALF, *Die Entwicklung des päpstlichen Gesandtschaftswesens in dem Zeitabschnitt zwischen Dekretalenrecht und Wiener Kongress (1159-1815)*, Munich, 1966, p. 63.

(4) M. OLIVERI, *Natura e funzioni...*, o.c., p. 81.

distinctes d'une même nature, comme ce serait le cas de deux gouvernements.

Le *Decretum* de Gratien ne nous apprend pas grand chose sur le sujet qui nous occupe. Les *Décrétales*, elles, sont une source d'information plus explicite: nous y reviendrons à propos des fonctions du représentant du Pontife romain qu'elles décrivent.

Ce qui est certain, c'est que lorsque la nouvelle figure du nonce apostolique se met en place, son détenteur ne pourra jamais être tenu pour un simple ambassadeur, car il n'a jamais été en charge des seuls intérêts politiques et diplomatiques du Siège apostolique, mais s'est vu toujours confier aussi une mission auprès des Églises du territoire sur lequel il était accrédité⁽⁵⁾, mission qui n'a fait que s'accroître à la mesure de l'engagement des Pontifes romains dans la réforme du monde catholique, principalement sous le pontificat de Paul III (1534-1549). Le concile de Trente accentue cette tendance, en revalorisant le rôle des évêques et en restreignant les pouvoirs et les facultés des nonces, appelés cependant à intervenir de façon décisive dans la nomination des évêques.

Grégoire XIII (1572-1585) donne leur forme stable aux nonciatures apostoliques. Même les fonctions diplomatiques des nonces sont teintées de religion. De fait, dans le cadre des relations avec les États, les nonces ont pour mission de défendre le libre exercice de la juridiction ecclésiastique face aux prétentions du pouvoir civil ainsi que de favoriser le maintien et la consolidation de la paix et de l'union entre les princes chrétiens.

Sous l'influence du gallicanisme, et de ses différentes mutations nationales, le Saint-Siège est amené à défendre le rôle, premier pour lui, de ses représentants auprès des Églises locales. En effet, tout un courant se dessine qui, s'il reconnaît au Siège apostolique le droit d'envoyer dans des circonstances particulières des légats extraordinaires munis de pouvoirs de juridiction, lui nie en revanche tout droit d'avoir des légats ou des nonces stables et ordinaires, dotés pareillement de pouvoirs de juridiction. Pour ces théoriciens, il s'agirait d'un abus à l'encontre des évêques⁽⁶⁾. Le

(5) Cf. H. BIAUDET, *Les Nonciatures apostoliques permanentes jusqu'en 1648*, Helsinki, 1910, p. 4.

(6) En ce sens, Marc-Antoine De Dominicis, Edmond Richer, Fébronius et Eybel.

Saint-Siège riposte par la *Responsio super Nunciaturis* de Pie VI⁽⁷⁾. Cette réponse adressée aux évêques de Mayence, Trêves, Cologne et Salisbury est destinée précisément à prouver, en recourant à des arguments historiques, théologiques et juridiques, le droit de l'Église à envoyer des nonces, extraordinaires et ordinaires, et de leur octroyer un pouvoir stable de juridiction.

Une nouvelle attaque dans le même sens est déclenchée quelque vingt ans plus tard en Espagne. Le gouvernement d'alors entendait confiner les nonces au rôle d'ambassadeur d'une puissance temporelle et donc leur refuser toute fonction d'ordre religieux. Dans une lettre du 9 janvier 1802, le cardinal Consalvi, secrétaire d'État, doit alors rappeler que «la souveraineté temporelle de Sa Sainteté est purement secondaire par rapport à son apostolat suprême». À la fin de ce même XIX^e s., sous le pontificat de Léon XIII, le débat est relancé par le biais d'un article publié dans le *Siglo futuro*, sous le titre «La misma cuestión». Le cardinal Iacobini, nonce à Madrid, répond par une lettre en date du 9 mars 1885 dont le rappel des compétences des légats pontificaux en matière de rapports entre l'Église et les États intéressent plus directement notre propos.

Le nonce résume d'abord le contenu de l'article. Il y est affirmé que dans les matières relatives à l'ordre civil et à l'ordre religieux, plus qu'au nonce c'est aux évêques qu'il revient d'intervenir pour réprover en cas de besoin la conduite d'un gouvernement, car ils sont plus libres d'agir que celui-ci, qui est mû par des motifs humains. À eux de veiller aux rapports intérieurs et substantiels entre l'Église et la communauté politique, indépendamment de l'autorité du nonce. À ce dernier sont réservées les relations extérieures et diplomatiques d'ordre public.

Puis l'auteur réaffirme la doctrine classique de l'Église, et d'abord la véritable primauté du pape, pasteur et évêque de l'Église universelle, habilité à intervenir avec autorité dans toutes les affaires de n'importe quel diocèse, de communiquer avec les pasteurs et les fidèles, soit directement soit par le truchement de ses légats ou de ses représentants auxquels il confie l'exercice de son autorité dans la

(7) *Sanctissimi Domini Nostri Pii Papæ Sexti Responsio ad Metropolitanos Moguntinum, Trevirenses, Colonienses et Salisburgenses super Nunciaturis Apostolicis die 14. Novembris 1789*; cf. L. CHEVAILLER, «Représentation diplomatique du Saint-Siège», *Dictionnaire de Droit Canonique*, Paris, t. VII, 1965, col. 838-863.

mesure où il l'estime opportun. Le nonce n'a donc d'autre mission et d'autre autorité que celles qui lui ont été confiées par le Pontife romain. En théorie, ce dernier pourrait lui assigner une mission purement diplomatique, sans aucune autorité à l'égard des pasteurs et des fidèles du pays auprès duquel il est accrédité. Dans la pratique, tel n'est pas le cas. Les évêques sont donc tenus de reconnaître cette autorité. Ils gardent, tout comme les fidèles, le droit de recourir au Siège apostolique s'ils jugent que le nonce a outrepassé sa mission ou a abusé de son pouvoir. Mais le nonce n'a aucunement à leur rendre compte de la façon dont il s'en acquitte: il n'en est redevable qu'à celui dont il a reçu et la mission et l'autorité nécessaire à son accomplissement.

L'on ne devait pas en rester là, en un siècle dit de «libéralisme». Le nonce en Belgique s'étant vu intimer l'ordre de quitter le pays, alors que le Saint-Siège soutenait les évêques à propos d'une loi sur l'enseignement et l'éducation dans les écoles, Léon XIII défend le droit et le pouvoir du Pontife romain d'envoyer des nonces ou des légats auprès des populations catholiques et de leurs souverains, en raison de son autorité «très large» de primauté qu'il a reçue de Dieu à l'égard de l'ensemble de l'Église⁽⁸⁾.

Le pape trouve l'occasion de réaffirmer sa pensée sur le rôle de ses représentants peu après l'ouverture d'une délégation apostolique aux États-Unis. Dans une lettre adressée aux évêques de cette nation⁽⁹⁾, il affirme qu'en envoyant ses légats il agit en conformité avec ses prédécesseurs depuis les tout premiers siècles de l'Église. Il le fait en ayant conscience de ses droits et de ses devoirs envers toutes les Églises et envers leurs pasteurs. Il entend renforcer les liens réciproques, tout en respectant le pouvoir et les droits des évêques, qui les détiennent directement du Christ. Il veut leur apporter une aide et favoriser la concorde. Enfin, le Pontife romain a également en vue le bien de la nation dans laquelle il envoie son légat.

À l'actif du pontificat de Léon XIII il faut encore mentionner la lettre à l'évêque de Saint-Flour sur les relations entre l'Église et

(8) «Allocutio "Summi Pontificatus" habita die XX augusti MDCCCLXXX ad S.R.E. Cardinales in ædibus Vaticanis». *Leonis XIII Pontificis Maximi Acta* 2, p. 114-122.

(9) Lettre «Longiqua Oceani spatia», 6 janvier 1895, *Leonis XIII Pontificis Maximi Acta* 15, p. 3-21.

l'État⁽¹⁰⁾. L'Église catholique ne s'oppose par principe à aucune forme de gouvernement, car mise en œuvre avec justice et prudence elle peut contribuer au bien du peuple. L'Église vise avant tout la croissance de la religion et le salut des âmes. Il s'agit pour elle de biens suprêmes, de principes orientant toute son action. Le Siège apostolique respecte l'autorité civile et exerce envers elle son droit de légation active et passive et entre en rapport avec elle pour toutes les matières dans lesquelles l'Église et l'État sont tous deux intéressés.

Cette théorie, et cette pratique de l'Église, se retrouvent dans le code de droit canonique de 1917. Son c. 267 § 1 définit en termes généraux les fonctions des nonces et des internonces en tant que représentants auprès des États: «Fovent, secundum normas a Sancta Sede receptas, relationes inter Sedem Apostolicam et civilia Gubernia apud quæ legatione stabili funguntur». D'autre part, le code restreint la fonction des légats dans le domaine interne à l'Église au devoir de veiller à l'observation des canons et de la discipline ecclésiastique et d'informer sur l'état des Églises. C'était confiner les représentants du Pontife romain à un rôle purement administratif, voire bureaucratique, mal insérée dans la finalité globale de l'Église.

Autrement dit, à une époque où les États pontificaux ont disparu et, avec eux, le pouvoir temporel du pape, non seulement le caractère diplomatique des légats pontificaux n'en a pas été affecté mais, tout au contraire, la papauté le réaffirme et le défend avec vigueur en même temps que l'activité diplomatique des différents États auprès du Saint-Siège le manifeste de façon indéniable et éclatante⁽¹¹⁾. Même si le rôle spirituel des nonciatures s'accroît, la place que le Saint-Siège occupe alors sur la scène internationale est éloquente⁽¹²⁾.

(10) Lettre du 28 novembre 1890, *Leonis XIII Pontificis Maximi Acta* 10, p. 326.

(11) Et quand le traité du Latran instituera la Cité du Vatican, il permettra «une véritable révolution dans l'ordre des relations entre l'Église et le monde» (Ph. LEVILLAIN-F. C. UGINET, *Le Vatican ou les frontières de la grâce*, Paris, Calmann-Lévy, 1984, p. 16).

(12) Le nombre de pays ayant des relations diplomatiques avec le Saint-Siège passe de 16 en 1871 à 27 avant la signature des accords du Latran en 1929. Dans le même temps, le Saint-Siège signe au moins 32 concordats et accords avec des États. Il intervient également à treize reprises pour une médiation ou un arbitrage dans des conflits

Le Pontife romain possède donc le droit fondamental, *nativum*⁽¹³⁾ et *independens*, « de nommer des légats ou de les envoyer soit auprès des Églises particulières dans les divers pays ou régions soit en même temps auprès des États et des autorités publiques, ainsi que de les transférer et révoquer, en respectant cependant les règles du droit international en ce qui concerne l'envoi et le rappel des légats accrédités auprès des États » (c. 362)⁽¹⁴⁾. Tandis que la fonction de « légation interne » auprès des Églises particulières est unilatérale, en ce sens qu'elle provient de l'office primatial du Pontife romain, et est donc réglée exclusivement par le droit canonique, la fonction de « légation *ad extra* » auprès des États requiert nécessairement l'accord des deux parties, et est donc réglée par la partie du droit international qu'est le droit diplomatique. « Les règles du droit international » évoquées au c. 362 ont été fixées le 18 avril 1961 par la Convention de Vienne⁽¹⁵⁾ (art. 4): l'État qui entend accréditer un chef de mission doit d'abord s'assurer qu'il obtient l'assentiment de l'État *ad quem*. Le *placet* est transmis par « note verbale » si la réponse est affirmative et oralement dans le cas contraire⁽¹⁶⁾.

Le choix des représentants pontificaux ne répond plus à la règle de l'art. 8 de la Convention de Vienne, d'après lequel il devrait être effectué parmi les ressortissants de l'État accréditeur. Les États pontificaux ont disparu depuis plus d'un siècle. Et le concile Vatican II a demandé que les membres des dicastères romains, « ainsi que les légats du Pontife romain » soient pris, autant que faire se peut, dans les différentes régions de l'Église⁽¹⁷⁾, consacrant ainsi le principe d'une internationalisation du personnel au service du Saint-Siège⁽¹⁸⁾.

entre nations entre 1870 et 1914 (cf. D. LE TOURNEAU, « *Saint-Siège ou Siège apostolique* », *Dictionnaire historique de la papauté*, Ph. LEVILLAIN dir. 4, p. 1537-1541; « La formule de Cavour "L'Église Libre dans l'État Libre" et ses conséquences », *Cuadernos Doctorales*, Vol. 12, Pampelune, 1994, p. 497-568).

(13) Droit vraiment naturel, « qui provient de la nature même de l'Église, société à caractère suprême dans l'ordre spirituel » (*Communicationes* 14 [1982], p. 185).

(14) Cf. G. PARO, *The Right of Papal Legation*, Washington, The Catholic University of America, 1947.

(15) Ratifiée par le Saint-Siège le 2 avril 1964.

(16) En acceptant les lettres de créance du légat, le gouvernement concerné prend acte du caractère à la fois spirituel et temporel de l'autorité du Pontife romain.

(17) Décr. *Christus Dominus*, n. 10.

(18) Cf. J.-B. d'ONORIO, *Le pape et le gouvernement de l'Église*, Paris, Fleurus-Tardy, 1992, en particulier p. 535-536.

Les légats pontificaux ont certes un passeport diplomatique du Vatican, mais celui-ci n'emporte pas la citoyenneté vaticane, sauf pour le personnel d'origine italienne⁽¹⁹⁾.

Section II: Le changement de perspective opéré par le concile Vatican II.

Le code de droit canonique de 1983 pose aux c. 362-367 les principes généraux relatifs aux légats pontificaux⁽²⁰⁾. Ces normes doivent être comprises dans le contexte du concile Vatican II, puisque le code est la traduction en langage canonique des dispositions, indications et orientations conciliaires. C'est pourquoi les canons sur les légats doivent être complétés par les normes du motu proprio *Sollicitudo omnium Ecclesiarum* qu'ils ne modifient pas, motu proprio qui accomplit la réforme voulue par les pères conciliaires⁽²¹⁾.

Significatif est le renversement réalisé dans la présentation des fonctions du représentant pontifical par rapport au code de 1917. Ce qui est premier maintenant, ce sont ses fonctions auprès des évêques et des fidèles⁽²²⁾, afin de bien mettre en valeur le renouveau ecclésiologique conciliaire, notamment la présentation de l'Église comme étant surtout une communion d'Églises ou un corps d'Églises, dont les pasteurs doivent agir en communion entre eux et avec l'évêque de Rome. Les représentants pontificaux sont ainsi appelés à servir la communion puisqu'ils sont étroitement associés à la mission particulière, d'unité et d'universalité, du Siègne de Pierre dans l'Église⁽²³⁾. Les fonctions des légats auprès des

(19) Cf. Accords du Latran, art. IX.

(20) La figure du pro-nonce créée en 1965 a été supprimée, d'après une simple note de la nonciature apostolique au Zaïre, en date du 13 décembre 1992.

(21) Pour une étude plus complète, cf. D. LE TOURNEAU, « Les légats pontificaux dans le Code de 1983, vingt ans après la constitution apostolique "Sollicitudo omnium Ecclesiarum" », *L'Année Canonique* 32 (1989), p. 229-260; H. Fr. KOECK, *Die völkerrechtliche Stellung des heiligen Stuhls*, Berlin, 1975, p. 296-304.

(22) « La fonction principale et propre », dit le m.p. *Sollicitudo omnium Ecclesiarum*, art. IV § 1; « la charge principale », précise le c. 364.

(23) Cependant la première mouture du c. 362 du code de 1983 plaçait encore en premier la mission auprès des sociétés politiques, et la proposition du secrétaire et d'un consultant d'inverser les termes, pour être plus en accord avec l'esprit et la lettre du m.p. *Sollicitudo omnium Ecclesiarum* n'était alors pas retenue (*Communicationes* 12

États⁽²⁴⁾ et des organisations internationales ne sont mentionnées qu'en second.

Le préambule du motu proprio apporte un long développement sur ce point. Paul VI y rappelle d'emblée le « droit inhérent »⁽²⁵⁾ à la fonction spirituelle du Pontife romain d'envoyer des représentants auprès des États où l'Église catholique est enracinée ou, du moins, présente d'une certaine manière. Et ce, parce que les deux sociétés visent le bien commun d'un même sujet, la personne humaine⁽²⁶⁾. De sorte qu'elles sont amenées à s'entendre pour que l'homme soit à même d'obtenir, avec l'aide de la grâce de Dieu, son salut éternel, ce qui ne peut manquer, ici-bas, d'avoir des répercussions favorables sur la prospérité et la paix de la société civile.

L'Église catholique possède, certes, une personnalité internationale⁽²⁷⁾, mais elle est et reste à tout moment une réalité complexe, à la fois divine et humaine. Par conséquent, son aspect institutionnel et juridique doit toujours être considéré en rapport avec la finalité surnaturelle de l'Église, finalité qui transcende les aspects terrestres. C'est pourquoi, cet aspect diffère nécessairement de l'aspect institutionnel et juridique de la communauté politique. Toutefois, « l'Église et l'État ont parfois la même finalité ». Il est donc nécessaire que, pour le bien de la personne humaine ou des communautés, ils se consultent et s'accordent.

[1980], p. 237-238). La même question s'est posée, et a été tranchée dans le même sens négatif, à propos du futur c. 365 (c. 181 du Schéma) (*Ibid.*, p. 240-241).

(24) Le texte primitif faisait état de l'envoi de légats « ad societates politicas civiliaque gubernia » en conformité avec le c. 267 du code de 1917 et le m.p. *Sollicitudo omnium Ecclesiarum*, art. I § 2 et 3, art. II § 2. Ce deuxième terme a été supprimé d'entrée de jeu, car « les légats sont envoyés auprès des sociétés civiles, non des gouvernements » (*Communicationes* 12 [1980], p. 237-238).

(25) Cfr. D. LE TOURNEAU, « Los derechos nativos de la Iglesia, independientes del poder civil », à paraître dans *Ius Canonicum*.

(26) Cf. R. SOBANSKI, « La mission et le pouvoir de l'Église vis-à-vis de l'ordre temporel », *Las relaciones entre la Iglesia y el Estado. Estudios en memoria del Profesor Pedro Lombardía*, Madrid-Pampelune, Universidad Complutense-Universidad de Navarra-Editoriales de Derecho Reunidas, 1989, p. 1085-1093. L'auteur écrit à la p. 1093: « Le critère de ces relations n'a pas sa source dans le profit des institutions, mais dans le service en faveur des hommes, des mêmes hommes, qui est une obligation de l'Église et de l'État ».

(27) Cf. D. LE TOURNEAU, « Saint-Siège ou Siège apostolique », *Dictionnaire historique de la papauté*, o.c.

Cette concertation a pour objet principal: *a)* établir, encourager et confirmer des liens de compréhension mutuelle, de coordination et de collaboration; *b)* éviter tout différend et régler ceux qui pourraient surgir; *c)* sauvegarder la liberté d'action de l'Église, afin de lui permettre de remplir la mission qu'elle a recue de Dieu; *d)* assurer les autorités politiques des desseins pacifiques de l'Église, dont ils n'ont rien à craindre, car son action n'est pas de domination mais de service, et s'inscrit donc au bénéfice de la société civile; *e)* apporter à cette dernière l'aide précieuse de ses énergies spirituelles et de ses institutions en vue de garantir le bien commun de la société⁽²⁸⁾.

En dernière instance, le dialogue Église-État vise à combler l'aspiration profonde des hommes à la paix entre les nations, à la tranquillité internationale et au progrès harmonieux des peuples. Le motu proprio renvoie ici fort opportunément au préambule de la constitution pastorale *Gaudium et spes* (n. 1-3). Il y est affirmé que, nullement poussée par des ambitions terrestres, mais uniquement animée du désir de réaliser l'œuvre de salut du Christ, l'Église est porteuse d'un message de salut à l'adresse de tous les hommes et, vivant dans le monde, en partage les joies, les espérances, les tristesses et les angoisses. Profondément solidaire du genre humain et de son histoire, elle lui témoigne de son respect et son amour en lui apportant la lumière de l'Évangile et les énergies salvatrices de son divin fondateur. Elle entend ainsi contribuer à sauver la personne humaine et à édifier la société humaine. On le voit bien, «l'Église n'a aucune ambition politique»⁽²⁹⁾. Elle est et reste neutre à l'égard des conflits entre les États, comme l'établissait solennellement le traité du Latran, à son art. 24: «Le Saint-Siège, quant à la souveraineté qui lui appartient même dans le domaine international, déclare qu'Il veut rester et restera étranger aux compétitions temporelles entre les autres États et aux Congrès internationaux réunis pour un tel objet, à moins que les parties en litige ne fassent d'accord appel à sa mission de paix, se réservant dans chaque cas, de faire valoir sa puissance morale et spirituelle.

En conséquence de cela, la Cité du Vatican sera toujours et dans tous les cas considérée comme territoire neutre et inviolable».

⁽²⁸⁾ Cf. la const. dogm. *Gaudium et spes*, n. 76.

⁽²⁹⁾ JEAN PAUL II, «Discours au corps diplomatique», 18 novembre 1981, *A.A.S.* 73 (1981), p. 351.

Deuxième partie: Les fonctions des représentants pontificaux dans leur mission ad extra.

Ces fonctions s'exercent traditionnellement, selon une coutume bien établie, auprès des États et des communautés politiques (section I). Plus récemment, elles se sont aussi étendues aux organisations internationales, à caractère intergouvernemental, gouvernemental ou non gouvernemental, dont l'importance ne cesse de croître sur la scène internationale (section II).

Section I: Les légats pontificaux et les États et les communautés politiques.

Les principes généraux évoqués ci-dessus à partir des documents du concile Vatican II sont traduits, dans un premier temps, dans le motu proprio *Sollicitudo omnium Ecclesiarum* en des normes à caractère général, laissées à la discrétion et à la prudence des représentants pontificaux, ou d'un contenu plus précis. Ces normes ne se trouvent pas seulement à l'art. X du motu proprio⁽³⁰⁾, mais également à l'art. IV § 2 et 3. Elles doivent tenir compte des dispositions du code en vigueur.

1. Le représentant du Pontife romain peut être envoyé «auprès des Églises particulières (...) ou en même temps auprès des États et des autorités civiles»⁽³¹⁾. Auprès de ceux-ci il est l'interprète de la sollicitude du Pontife romain pour le bien du pays auprès duquel il exerce sa charge (art. IV § 2). L'on ne voit pas très bien comment il serait possible d'en déduire que «la voix des pauvres n'est pas entendue»⁽³²⁾, d'autant que la sollicitude mentionnée trouve une expression toute spéciale dans ce qu'il est convenu d'appeler «l'option préférentielle pour les pauvres»⁽³³⁾, qui ne date pas d'aujourd'hui. Le légat sera sans doute amené à expliquer aux gouvernements intéressés le sens et la portée des décisions et des déclarations du Saint-

⁽³⁰⁾ Comme son titre «Rapports avec l'État» pourrait le laisser croire; cf. en ce sens L. DE ECHEVERRÍA, «Funciones de los legados...», p. 627.

⁽³¹⁾ C. 362; cf. c. 363 § 1; m.p. *Sollicitudo omnium Ecclesiarum*, art. I § 2.

⁽³²⁾ L.J. SUENENS, «Le Statut et la Mission du Nonce», *Informations Catholiques Internationales*, 15 mai 1969, Supplément au n. 336, p. XIV.

⁽³³⁾ Cf., par exemple, CONGRÉGATION POUR LA DOCTRINE DE LA FOI, instr. sur la liberté chrétienne *Libertas conscientia*, 22 mars 1986, n. 68, A.A.S. 79 (1987), p. 583-584.

Siège, qui peuvent ne pas être toujours bien comprises, par exemple dans le domaine de la doctrine sociale de l'Église⁽³⁴⁾, ou pour le respect des droits fondamentaux de la personne, l'appel, souvent angoissé, à épuiser toutes les voies et tous les moyens possibles pour éviter de recourir à des conflits armés, ou à faire cesser le bruit des armes⁽³⁵⁾, ou encore la position du Saint-Siège à l'égard d'Israël et du statut de Jérusalem et des Lieux Saints⁽³⁶⁾.

2. En outre, le représentant du pape porte un intérêt tout particulier à la paix, au progrès et à la solidarité de tous les peuples, afin de favoriser le bien à la fois spirituel, moral et économique de l'ensemble de la famille humaine (art. IV § 2). Certes l'Église n'apporte pas de solution technique précise aux problèmes qui se posent aux pays considérés un par un ou dans le cadre des relations intercommunautaires⁽³⁷⁾ et « de par sa mission et sa nature, elle n'est liée à aucun système politique, économique ou social »⁽³⁸⁾, mais sa mission spécifique comporte une prise de position nécessaire sur les problèmes qui mettent en jeu la finalité ultime de l'homme⁽³⁹⁾. Elle peut et doit porter un jugement moral sur nombre de situations⁽⁴⁰⁾.

3. Une troisième fonction consiste à sauvegarder tout ce qui touche à la mission de l'Église et du Siège apostolique auprès des

(34) Cf. J.-L. CHABOT, *La doctrine sociale de l'Église*, Paris, P.U.F., 2^e éd., 1992.

(35) Que l'on songe à la cinquantaine d'appels à la paix lancés par Jean Paul II avant et pendant la guerre du Golfe (réunis dans « Jean Paul II contre la guerre du Golfe », *La morale et la guerre (sous la dir. de J.-B. d'Onorio)*, Paris, Téqui, 1991, p. 227-268), ou à ses interventions incessantes en faveur de la cessation du conflit meurtrier dans l'ex-Yougoslavie.

(36) Cf. S. FERRARI, « Le Saint-Siège, l'État d'Israël et les Lieux Saints de Jérusalem », *Le Saint-Siège dans les relations...*, p. 301-321.

(37) Ceci a été rappelé à propos du développement des peuples: « L'Église n'a pas de solutions techniques à offrir au problème du sous-développement comme tel (...). En effet, elle ne propose pas des systèmes ou des programmes économiques et politiques, elle ne manifeste pas de préférence pour les uns ou pour les autres, pourvu que la dignité de l'homme soit dûment respectée et promue et qu'elle-même se voie laisser l'espace nécessaire pour accomplir son ministère dans le monde » (JEAN PAUL II, enc. *Sollicitudo rei socialis*, 30 décembre 1987, n. 41).

(38) Concile Vatican II, const. dogm. *Gaudium et spes*, n. 42.

(39) Cf. J.-B. D'ONORIO, « Jean Paul II dans la communauté des nations », *Jean Paul II et l'éthique politique (sous la dir. de J.-B. d'Onorio). Études de l'Institut Européen des Relations Église-États*, Paris, Éditions universitaires, 1992, p. 169-204.

(40) Cf. concile Vatican II, const. dogm. *Gaudium et spes*, n. 76.

autorités de l'État dans lequel il exerce sa charge⁽⁴¹⁾. Cette tâche doit être accomplie même par le représentant pontifical qui n'aurait pas de caractère diplomatique: tous veilleront à entretenir des relations fructueuses avec les autorités civiles. Là où des accords ont été signés entre le Saint-Siège et l'État considéré⁽⁴²⁾, le représentant prend soin d'en assurer l'observation scrupuleuse⁽⁴³⁾. Le représentant agit également pour assurer que la liberté religieuse est garantie à toutes les communautés de croyants, conformément à l'enseignement du décret conciliaire *Dignitatis humanæ*⁽⁴⁴⁾, respect qui tourne à l'avantage de la paix et de la concorde entre les différents secteurs du pays envisagé. Ce rôle du légat sera plus difficile là où la liberté de l'Église n'est pas reconnue en droit, ou dans les faits: il doit s'efforcer d'obtenir que l'Église puisse remplir au moins les aspects fondamentaux de sa mission. Pour que ces relations s'organisent de façon harmonieuse et dans le respect des droits fondamentaux de la personne (qui est aussi fidèle dans l'Église), elles doivent répondre à trois principes essentiels: le principe d'incompétence réciproque dans le domaine de compétence spécifique de l'autre partie, le principe d'indépendance souveraine, le principe enfin de coopération pour le bien des personnes⁽⁴⁵⁾. Dans cette tâche le représentant pontifical agira toujours en liaison avec les évêques, premiers responsables de la vie de leurs Églises respectives (c. 364, 7^o). L'exercice de leur pouvoir légitime doit demeurer entier (c. 364, 2^o) et le représentant travaille avec eux « dans un esprit de collaboration fraternelle » (art. VIII, 1).

4. Les rapports déjà existant entre l'Église et l'État sont entretenus régulièrement par le représentant pontifical. De fait, il a reçu la « mission propre et particulière d'agir au nom et avec l'autorité du

(41) C. 364, 7^o; m.p. *Sollicitudo omnium Ecclesiarum*, art. IV § 2.

(42) C. 365 § 1, 2^o; cf. aussi c. 3.

(43) Cf. J. JULG, *L'Église et les États. Histoire des concordats*, Paris, Nouvelle Cité, 1990; J.-B. D'ONORIO, « Les concordats et conventions postconciliaires », *Le Saint-Siège et les relations...*, p. 193-245.

(44) Cf. *La liberté religieuse dans le monde. Analyse doctrinale et politique (sous la dir. de J.-B. d'Onorio)*, Paris, Éditions universitaires, 1991.

(45) J. HERVADA, « Diálogo en torno a las relaciones Iglesia-Estado en clave moderna », *Vetera et Nova. Cuestiones de Derecho Canónico y afines (1958-1991)*, Pampe-lune, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, 1991, vol. II, p. 1161-1164.

Siège apostolique » dans trois domaines précis: promouvoir et entretenir des relations entre le Siège apostolique et le pays auprès duquel il est accrédité; traiter les questions afférentes aux relations entre l'une et l'autre autorité; traiter particulièrement des stipulations dites « modus vivendi »⁽⁴⁶⁾, des traités et des concordats, ainsi que des conventions portant sur des questions relevant du droit public (art. X § 1)⁽⁴⁷⁾. Le code exprime cette fonction par une formulation plus ramassée: « Traiter les questions concernant les relations entre l'Église et l'État et, en particulier, travailler à l'élaboration et à la mise en œuvre des concordats et autres conventions du même genre » (c. 365 § 1, 2^o)⁽⁴⁸⁾. La nature de cette intervention du légat dans la négociation des différents accords avec les États n'est pas facile à interpréter. Peut-être faudrait-il distinguer les accords établis entre deux parties également souveraines, qui suivent le droit international, et les accords pouvant être passés entre un épiscopat et le gouvernement du territoire correspondant, qui n'auraient alors que le caractère de loi interne du pays considéré. Relevons à cet égard la place faite aux conférences des évêques dans les rapports avec les gouvernements civils d'Espagne⁽⁴⁹⁾, d'Italie⁽⁵⁰⁾, de

(46) Précision jugée superflue et non retenue par les rédacteurs du code, *Communicationes* 14 (1982), p. 186.

(47) Cf. R. MINNERATH, *L'Église et les États concordataires (1846-1981). La souveraineté spirituelle*, Paris, Cerf, 1983.

(48) Cette tâche est évidemment d'une grande importance, y compris de nos jours qui voient l'ère concordataire se poursuivre.

(49) À l'art. I, 3^o de l'« Acuerdo entre el Estado Español y la Santa Sede sobre asuntos jurídicos », l'État espagnol reconnaît la capacité juridique de la conférence des évêques: *A.A.S.* 72 (1980), p. 30. Cf. J. FORNÉS, *El nuevo sistema concordatario español (Los Acuerdos de 1976 y 1979)* Pampelune, Eunsa, 1980.

(50) L'Accord du 18 février 1984 entre le Saint-Siège et la République italienne apportant des modifications au concordat du Latran précise en son art. 13 § 2 que « d'autres questions pour lesquelles une collaboration entre l'Église catholique et l'État s'avérerait nécessaire pourront être réglées soit par de nouveaux accords entre les deux Parties soit par des accords entre les autorités compétentes de l'État et la conférence des évêques d'Italie » (*A.A.S.* 77 [1985], p. 531). Le protocole additionnel apporte la précision suivante, quant aux interventions de la conférence des évêques d'Italie (art. 5 b): « Des accords ultérieurs entre les autorités scolaires compétentes et la conférence des évêques d'Italie détermineront: 1) les programmes d'enseignement de la religion catholique pour les différents ordres et degrés des écoles publiques; 2) les modalités d'organisation de cet enseignement, y compris pour ce qui est de sa place dans le cadre des horaires de cours; 3) les critères pour le choix des livres de texte; 4) les caractéristiques

Malte⁽⁵¹⁾ et de la Pologne⁽⁵²⁾, la conférence des évêques devenant ainsi un interlocuteur privilégié des autorités politiques d'un État, pour compléter les normes de la « loi-cadre » concordataire⁽⁵³⁾. Il s'agit de pays majoritairement catholiques. Il semble évident qu'il faille tenir compte de l'influence de l'Église catholique dans chaque pays ainsi que de la capacité des épiscopats et des communautés catholiques à passer de tels accords⁽⁵⁴⁾. En tout cas il apparaît clairement que la problématique des relations Église-États ne se limite pas aux interventions des seuls représentants pontificaux. Il y a là une lacune du code. C'est pourquoi la formulation du c. 365 § 1, 2° n'est pas satisfaisante, car elle semble vouloir être exhaustive des voies ouvertes aux relations entre l'Église et les États, alors qu'il faut y ajouter l'action concertée avec les évêques, envisagée au c. 364, 7°, pour défendre auprès des chefs d'État ce qui concerne la mission de l'Église et du Siège apostolique⁽⁵⁵⁾, domaine différent de celui qui porte directement sur les matières faisant l'objet d'un règlement par voie de concordat. L'autonomie par rapport au pouvoir des évêques reconnue au représentant pontifical dans ce der-

et la qualification professorale des enseignants» (A.A.S. 77 [1985], p. 534-535). Cf. *Il nuovo concordato fra la Santa Sede e l'Italia. Atti del convegno di studio (14-16 maggio di 1985)*, Cité du Vatican-Rome, Libr. Ed. Vaticana-Libr. Ed. della P. Università Lateranense, 1987.

(51) Cf. D. LE TOURNEAU, « Les représentants pontificaux... », p. 249.

(52) Le concordat signé le 28 juillet 1993 entre la Pologne et le Saint-Siège reconnaît la personnalité juridique de la conférence des évêques (art. 4.2) et en fait mention expresse pour exclure qu'un évêque qui en fait partie puisse appartenir à une autre conférence d'évêques (art. 6.4) et qu'un non Polonais puisse en faire partie (art. 6.5), pour déterminer les critères, la forme et la manière d'assurer une préparation pédagogique aux enseignants de religion (art. 12.3), pour régler le statut juridique des écoles supérieures (art. 15.2) et l'accès aux biens culturels, propriété de l'Église (art. 25.2), pour la solution des problèmes nouveaux qui pourraient surgir (art. 27).

(53) Cf. A. TALAMANCA, « I rappresentanti pontifici nella nuova normativa canonistica », *Vitam impendere vero. Studi in onore di Pio Ciprotti*, a cura di W. SCHULZ e G. FELICIANI, Cité du Vatican-Rome, Libr. Ed. Vaticana et Libr. Ed. Lateranense, 1986, p. 288.

(54) Cf. P.V. AIMONE BRAIDA, « L'ufficio dei rappresentanti del Romano Pontefice (nel decimo anniversario del Motu Proprio di Paolo VI *Sollicitudo omnium ecclesiarum*, promulgato il 24 giugno 1969) », *Apollinaris* 52 (1979), p. 193-194.

(55) Cf. F. PETRONCELLI Hübler, « De Romani Pontificis Legatis. Note in margine alla nuova normativa codiciale », *Raccolta di scritti in onore di Pio Fedele*, a cura di G. BARBERINI, Università degli Studi di Perugia, 1984, vol. I, p. 585.

nier secteur d'activité se trouve quelque peu tempérée⁽⁵⁶⁾ du fait que, compte tenu des circonstances du moment, le légat pontifical « ne manquera pas⁽⁵⁷⁾ de demander l'avis et le conseil des évêques de son ressort ecclésiastique et de les mettre au courant du déroulement des affaires »⁽⁵⁸⁾, car ces questions affectent, d'une manière ou d'une autre, le gouvernement des Églises particulières⁽⁵⁹⁾.

En outre, le légat pontifical peut se voir confier d'autres facultés et d'autres mandats, qui débordent son activité principale. Bien que située dans le c. 364, au n° 8, c'est-à-dire dans un canon portant sur la charge du légat auprès des Églises particulières, il n'est pas exclu que ces autres facultés et mandats requièrent du légat qu'il intervienne auprès des États pour faire respecter ou pour promouvoir un aspect déterminé de la mission de l'Église ou du Siège apostolique.

Il convient d'ailleurs d'ajouter encore une fonction non codifiée, mais dont le poids réel peut-être considérable, et qui traduit à la fois la considération dont le Saint-Siège — et, par lui, la personne du Pontife romain, chef de l'Église catholique — jouit auprès de la communauté internationale et l'influence qu'il exerce dans le domaine des rapports entre les États. Nous voulons parler du rôle d'arbitrage que le Saint-Siège continue de remplir de nos jours, à la demande des États. Un exemple récent, conclu heureusement, est fourni par le différend surgi entre l'Argentine et le Chili à propos de la souveraineté sur le Canal de Beagle⁽⁶⁰⁾. Le rôle du légat pontifical est sans conteste fort délicat, mais aussi combien essentiel pour arriver à concilier les points de vue des deux parties⁽⁶¹⁾.

⁽⁵⁶⁾ Cf. A. TALAMANCA, « I rappresentanti pontifici... », p. 295.

⁽⁵⁷⁾ « Aura profit » dit le m.p. *Sollicitudo omnium Ecclesiarum*, at. X § 2.

⁽⁵⁸⁾ C. 365, 2°; m.p. *Sollicitudo omnium Ecclesiarum*, art. X § 2; const. ap. *Regimini Ecclesiae Universae*, art. 28.

⁽⁵⁹⁾ *Communicationes* 14 (1982), p. 186.

⁽⁶⁰⁾ Cf. G. APOLLIS, « La médiation internationale du pape Jean Paul II dans l'affaire du Canal de Beagle », *Le Saint-Siège et les relations...*, p. 323-361; G. MONTALVO, « La Pontificia Accademia Ecclesiastica e la missione diplomatica della Santa Sede nel mondo », *Ius Ecclesiae* 9 (1997), p. 203-219.

⁽⁶¹⁾ Cf. D. ALVAREZ, « The Professionalization of the Papal Diplomatic Services, 1909-1967 », *Catholic Historical Review* 75 (1989), p. 233-248.

Section II: Les légats pontificaux et les organisations internationales ⁽⁶²⁾.

Si le Saint-Siège entend, nous l'avons noté, demeurer à l'écart des controverses internationales, cette position de neutralité ne s'oppose pas à l'établissement de relations avec les puissances internationales dont les finalités d'ordre moral social, humain et culturel ou les problèmes de nature technique et économique traités recourent le champ d'activités qui lui est propre. Au point que le Saint-Siège puisse, de ce point de vue, présenter quelque ressemblance avec les organisations internationales, l'O.N.U. notamment ⁽⁶³⁾.

Le siècle qui s'achève a vu prendre corps et se développer un réseau extrêmement dense de relations internationales au niveau institutionnel. Ces organisations internationales traduisent «le souhait de tous les hommes de bonne volonté que les rapports entre nations soient pacifiques et que le développement des peuples soit favorisé» ⁽⁶⁴⁾. Il était normal que des rapports s'établissent entre le Saint-Siège et ces organisations internationales, car l'idée d'une participation du Saint-Siège aux activités de ces entités internationales «apparaissait bien accordée à l'universalité de l'Église et au caractère essentiellement supranational de la diplomatie pontificale» ⁽⁶⁵⁾. Et aussi parce que le Saint-Siège est plus que quiconque conscient de ce que le chemin de l'union entre les nations «passe par chacun des hommes, par la définition, la reconnaissance et le respect des droits inaliénables des personnes et des communautés des peuples» ⁽⁶⁶⁾. Or c'est dans ces organisations, à l'O.N.U. en particulier, que sont proclamés «les droits et les devoirs fondamentaux de l'homme, sa dignité, sa liberté, et avant tout la liberté reli-

⁽⁶²⁾ Pour un aperçu de l'action du Saint-Siège dans chaque institution internationale, cf. L. CHEVAILLER, «La participation du Saint-Siège aux organisations internationales», *Histoire du Droit...*, p. 401-422.

⁽⁶³⁾ P. V. AIMONE BRAIDA, «L'ufficio dei rappresentanti...», p. 195-196.

⁽⁶⁴⁾ Motu proprio *Sollicitudo omnium Ecclesiarum*, préambule.

⁽⁶⁵⁾ J.-P. MACHELON, «Pie XII, l'Europe et les institutions internationales», *Pie XII et la cité. Actes du Colloque de la faculté de droit d'Aix-en-Provence (sous la dir. de J. Chelini et de J.-B. d'Onorio)*, Paris-Aix-Marseille, Téqui, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1988, p. 210.

⁽⁶⁶⁾ JEAN PAUL II, «Discours à la 34^e assemblée générale de l'Organisation des Nations-Unies», 2 octobre 1979.

gicuse»⁽⁶⁷⁾. Plus profondément encore, comme le pape Jean Paul II l'a exprimé lors de sa visite mémorable au siège de l'U.N.E.S.C.O., à Paris, la présence du Siège apostolique auprès d'une organisation internationale n'est pas motivée seulement par la souveraineté spécifique du Saint-Siège. Elle trouve, disait le Pontife romain en cette occasion précise, « par-dessus tout, sa raison d'être dans *le lien organique et constitutif* qui existe entre *la religion* en général et le christianisme en particulier, d'une part, et *la culture*, d'autre part ». Et le saint-père précisait encore qu'en parlant de la place de l'Église et du Siège apostolique auprès de l'organisation considérée, l'U.N.E.S.C.O. — mais ici sa remarque s'applique à toutes les organisations internationales — il pensait « *au lien fondamental de l'Évangile, c'est-à-dire du message du Christ et de l'Église, avec l'homme dans son humanité même* »⁽⁶⁸⁾.

Ces rapports sont des plus variés et, selon la nature et la portée desdites organisations, revêtent des formes juridiques diverses, qui ont été codifiées « au sens strict et, semble-t-il, pour la première fois » par le motu proprio *Sollicitudo omnium Ecclesiarum*⁽⁶⁹⁾.

Aux termes du c. 363 § 2, fidèle écho du motu proprio *Sollicitudo omnium Ecclesiarum*, art. II § 1, le Siège apostolique est représenté soit par des ecclésiastiques soit par des laïcs qui, à titre de présidents ou de membres, font partie d'une mission pontificale auprès d'organismes internationaux ou auprès de conférences ou d'assemblées. Les normes du code ne s'appliquent pas à ces représentants pontificaux⁽⁷⁰⁾.

La présence d'un représentant permanent tend à montrer à tous la sollicitude de l'Église pour les problèmes généraux de la société civile et à y apporter son concours empressé, concours dont la nature n'est toutefois pas précisé dans le préambule du motu proprio⁽⁷¹⁾.

(67) PAUL VI, « Allocution devant l'Organisation des Nations-Unies », 4 octobre 1965.

(68) JEAN PAUL II, *Discours à l'U.N.E.S.C.O.*, 2 juin 1980, n. 9 et 10.

(69) F. CAVALLI, « Il motu proprio "Sollicitudo omnium ecclesiarum" sull'ufficio dei rappresentanti pontifici », *La Civiltà Cattolica* 1969/III, p. 43.

(70) Ils ont la qualité de *délégué* quand le Saint-Siège est membre de l'organisation internationale en question, ou qu'il participe avec droit de vote à une conférence ou un congrès, et celle d'*observateur* quand le Saint-Siège n'en est pas membre ou n'y a pas le droit de vote.

(71) La distinction entre représentants et observateurs permanents est codifiée en

Les délégués et les observateurs du Saint-Siège auprès des organisations internationales exercent leur mandat en accord avec le représentant pontifical du pays où ils résident (art. XI § 3). Non qu'ils dépendent de lui, car tous les représentants pontificaux, quel que soit leur rang, relèvent de la Secrétairerie d'État⁽⁷²⁾. Mais parce que ces délégués et observateurs ne sont nommés ni auprès des Églises locales ni auprès de l'État où ils se trouvent. Ils ont donc besoin de connaître le sentiment des uns et de l'autre par l'entremise du nonce apostolique, pour éviter ne serait-ce que l'apparence d'une interférence avec la vie civile et religieuse du pays considéré⁽⁷³⁾.

Là où il n'y a ni délégué ni observateur du Saint-Siège auprès d'une organisation internationale, il revient au représentant pontifical de suivre les activités et les programmes d'action de celles-ci. Il a plus spécialement pour tâche d'informer en temps voulu le Siège apostolique des activités de l'organisation concernée. Il veille en outre à entretenir, en accord avec l'épiscopat du pays, une collaboration fructueuse entre les organisations d'assistance et d'éducation créées par l'Église et les institutions similaires de nature gouvernementale ou privée, ainsi qu'à soutenir et à favoriser l'activité des organisations internationales catholiques (art. XI § 1). Il remplit alors un rôle subsidiaire, le légat pontifical n'intervenant que lorsque cette collaboration n'est pas directement établie par ceux qui y sont tenus de par leur fonction.

Il nous reste à mentionner une disposition générale relative à la cessation de l'office. Le c. 367, inchangé par rapport au schéma de 1980⁽⁷⁴⁾ prévoit que la charge du légat pontifical « n'expire pas à la vacance du Siège apostolique, à moins que les lettres pontificales n'en

droit international par la Convention de Vienne sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales à caractère universel, 14 mars 1974, art. 6 et 7.

(72) JEAN PAUL II, Const. ap. *Pastor Bonus*, 28 juin 1988, art. 41 et 45.

(73) Ne faut-il pas voir en cela une certaine méconnaissance du rôle que l'observateur du Saint-Siège remplit dans les faits auprès des organisations internationales. Le fait que l'organisation considérée soit implantée dans tel pays plutôt que dans tel autre est accessoire (le siège de l'O.N.U. a d'abord été à Paris, avant d'être transféré à New York, par exemple), car sa projection est transnationale. Que le représentant dépende du Siège apostolique, quoi de plus normal et nécessaire? Mais qu'une certaine dépendance existe à l'égard du nonce du pays où il exerce sa mission, voilà qui est plus surprenant et révèle une tendance centralisatrice, que le législateur devrait corriger.

(74) *Communicationes* 12 (1980), p. 244.

disposent autrement ». Cela répond à la règle générale qui veut qu'en cas de vacance ou d'empêchement du siège de Rome l'ensemble du personnel pontifical reste en place et expédie les affaires courantes, à l'exception des présidents des dicastères: le principe *nihil innovetur in Ecclesiæ universæ regimine* (c. 335) s'impose alors⁽⁷⁵⁾.

Les légats pontificaux relèvent de la Secrétairerie d'État (art. IV § 5), au sein de laquelle deux sections ont été créées par la constitution apostolique *Pastor Bonus*: la première section pour les affaires générales (en continuité avec la Secrétairerie d'État dans la configuration antérieure de la curie romaine) et la seconde section pour les rapports avec les États, qui provient du Conseil pour les affaires publiques de l'Église aménagé au n. 26 de la constitution apostolique *Regimini Ecclesiæ Universæ*, du 15 août 1966. Chacune d'entre elles se voit reconnaître des compétences en matière diplomatique.

Pour ce qui a trait directement aux fonctions et à l'activité des légats pontificaux, la première section exerce une activité « modératrice » (art. 41 § 1). Par l'intermédiaire des légats, la Secrétairerie d'État est informée non seulement de la situation de chaque Église particulière, mais aussi des rapports avec les gouvernements. La première section intervient aussi pour la nomination, le transfert, le remplacement et le rappel des légats. Elle a enfin pour attribution « de traiter tout ce qui concerne les représentants des États près le Saint-Siège », c'est-à-dire de remplir des fonctions de cérémonie et de protocole diplomatique et surtout de rapports ordinaires avec les représentants accrédités auprès du même État (art. 41 § 1).

La seconde section a pour fonction « de traiter des rapports avec les États, dans les affaires qui doivent être traitées avec les gouvernements civils » (art. 45). Cette fonction est spécifiée plus en détail à l'art. 46, 1^o, où il est question de favoriser les relations, surtout diplomatiques, « avec les États et avec les autres sujets de droit international », et de rechercher la solution des problèmes communs en vue de promouvoir effectivement le « bien de l'Église et de la société civile ». La seconde section devra apprécier l'opportunité de tels rapports et les moyens à mettre en œuvre à cet effet: concordats ou au-

(75) Cf. const. ap. *Romano Pontifici eligendo*, n. 25, A.A.S. 67 (1975), p. 620; D. LE TOURNEAU, « Sièges vacants et empêchés », *Dictionnaire historique de la papauté*, o.c., p. 1569-1570

tres conventions internationales, en suivant les indications fournies par les évêchés intéressés.

La nomination des évêques ainsi que l'érection et la modification des circonscriptions ecclésiastiques font aussi partie de la liberté d'exercice de la mission de l'Église et de la situation qui lui est reconnue dans chaque pays, qui relèvent de la seconde section, spécialement là où un régime concordataire est en vigueur (art. 46, 2°).

Le n. 3 de ce même article invite à «traiter, dans le domaine spécifique de son activité, ce qui concerne les légats pontificaux», mettant ainsi en évidence le lien existant entre les deux sections de la Secrétairerie d'État.

Cela est encore plus évident à propos des relations du Saint-Siège avec les organisations internationales intergouvernementales. Cette nouveauté, introduite par la constitution apostolique *Pastor Bonus*, tient compte de la présence du Saint-Siège dans ces organisations. L'art. 41 § 2 prévoit que la première section est compétente pour «tout ce qui regarde la présence et l'activité du Saint-Siège près les organisations internationales», autrement dit pour la nomination, l'envoi, le remplacement et le rappel des représentants pontificaux accrédités auprès des organisations intergouvernementales. Disposition qui est à mettre en rapport avec celle de l'art. 46, 2° attribuant à la seconde section la compétence pour «représenter le Saint-Siège auprès des organisations internationales», par l'accréditation de représentants ou de missions permanentes dans les conférences internationales portant sur «des questions de caractère public», convoquées par les organisations intergouvernementales elles-mêmes ou promues par un ou plusieurs États, avec un caractère souvent stable⁽⁷⁶⁾.

L'art. 46, 1° fait également référence aux organisations internationales quand il reconnaît à la seconde section la compétence pour «favoriser les relations, surtout diplomatiques, avec (...) les autres sujets de droit international»⁽⁷⁷⁾.

⁽⁷⁶⁾ Tel est le cas de la Conférence sur la Sécurité et la Coopération en Europe (C.S.C.E.), dont le Saint-Siège est membre.

⁽⁷⁷⁾ V. BUONOMO, «La Segreteria di Stato. Competenze nella "funzione" diplomatica», *La Curia Romana nella Costituzione Apostolica «Pastor Bonus»* (a cura di P.A. BONNET et C. GULLO), Cité du Vatican, Lib. Ed. Vaticane, 1990, p. 182-188.

Conclusion.

Les esprits chagrins qui pensaient que les nouvelles perspectives ouvertes par le concile Vatican II allaient permettre d'éliminer définitivement la mission *ad extra* des légats pontificaux⁽⁷⁸⁾ en sont pour leurs frais. Nous avons relevé l'accroissement sensible du nombre des nonciatures en l'espace de quinze ans à peine⁽⁷⁹⁾, la signature de nombreuses nouvelles conventions dans la même période, et les arbitrages du Saint-Siège dans différents conflits entre des pays.

Ces données parlent d'elles-mêmes. Non seulement le rôle des légats pontificaux et, par suite, la place que le Saint-Siège occupe sur la scène internationale, ne font que s'élargir. Mais encore tout porte à penser que, dans le monde incertain dans lequel nous vivons, marqué par une profonde crise des valeurs, il en ira de plus en plus ainsi. Car, en définitive, « la présence du Saint-Siège dans le monde et l'action diplomatique du Saint-Siège en particulier voudraient contribuer à *fortifier et à compléter l'union de la famille humaine* »⁽⁸⁰⁾. Si « les pactes et les négociations politiques sont des moyens nécessaires pour arriver à la paix », il n'en reste pas moins que « pour être durablement fructueux, ils ont besoin d'une âme. Pour nous, c'est une inspiration chrétienne qui peut la fournir par une référence à Dieu Créateur, Sauveur et Sanctificateur, et à la dignité de tout homme et de toute femme, créés à son image »⁽⁸¹⁾.

⁽⁷⁸⁾ Cf. L. CHEVALLER, « Les critiques adressées au statut des nonces », *Histoire du Droit...*, p. 385-390; L. DE ECHEVERRÍA, « Funciones de los legados... », p. 585-589.

⁽⁷⁹⁾ « Cent quarante-cinq pays entretiennent à ce jour des relations diplomatiques avec le Saint-Siège. Pour la seule année 1992, seize nations ont voulu instaurer ce type de collaboration » (JEAN PAUL II, *Discours au Corps diplomatique accrédité auprès du Saint-Siège*, 16 janvier 1993).

⁽⁸⁰⁾ JEAN PAUL II, *Discours au Corps diplomatique accrédité près le Saint-Siège*, 13 janvier 1990.

⁽⁸¹⁾ JEAN PAUL II, *Message au rassemblement œcuménique européen de Bâle*, 11 mai 1989.

Pagina bianca

J. SANTIAGO CASTILLO-ILLINGWORTH

LA MISIÓN DIPLOMÁTICA DE MONS.
PEDRO GASPARRI EN EL ECUADOR.
LAS CONFERENCIAS DE SANTA ELENA (1901)

Antecedentes de la Misión. — Antecedentes inmediatos. — Hacia las Conferencias de Santa Elena. — Las Conferencias.

La historia ya centenaria de la Revolución Liberal ecuatoriana, constituye uno de esos «...acontecimientos históricos controvertidos», a los que se refería el Santo Padre Juan Pablo II, cuando al dirigirse a un grupo de historiadores reunidos en Roma, con ocasión del V Centenario del Descubrimiento de América, tras proclamar «... que la historia está dirigida por Dios», depositaba en ellos la responsabilidad de contribuir con «... una válida aportación, seria y objetiva, un juicio sereno sobre esos eventos». En efecto, proseguía el Romano Pontífice, «... el historiador no debe estar condicionado por intereses de parte, ni por prejuicios interpretativos, sino que ha de buscar la verdad de los hechos»⁽¹⁾.

La revolución liberal-radical desarrollada en el Ecuador a partir de 1895 y sus múltiples implicaciones, constituye todavía hoy, uno de esos acontecimientos históricos controvertidos, una realidad compleja que hay que estudiar atenta y pacientemente, y que requiere — y son palabras del Papa — un « estudio histórico riguroso, enjuiciamiento ecuaníme y balance objetivo, que ha de ser visto en la

⁽¹⁾ JUAN PABLO II, *Discurso a los participantes en el Simposio Internacional sobre Historia de la Evangelización en América*. Vaticano, 14 de Mayo de 1992. en *Actas*, Librería Editrice Vaticana (Ciudad del Vaticano, 1992) p. 5 ss.

perspectiva de su tiempo y — también — con una clara conciencia eclesial» (2).

En efecto, no se trata de observar sin más unos aparentes logros, obtenidos en el campo social, político ó económico, sino de establecer si aquellos logros concuerdan con la verdad íntima del hombre y de la sociedad en la cual se insertan y a la que pretenden configurar; si aquello que los liberales llaman logros constituyen en verdad conquistas que enriquecen o son por el contrario tristes retrocesos que empequeñecen y empobrecen al hombre y a las sociedad, protagonistas de la historia. Desde esta óptica, la historia de la Revolución Liberal en el Ecuador está por hacerse: hasta ahora hemos carecido de esa perspectiva que da el tiempo y la lejanía de los acontecimientos y de los hombres que fueron sus protagonistas.

La historia de la Revolución Liberal, está por hacerse además, en el contexto científico propio de la Historia de la Iglesia, con esa «... clara conciencia eclesial» de que habla el Papa, esto es, sin olvidar la cooperación del factor divino y humano, en el tiempo y en el espacio; partiendo del factor humano — la Iglesia visible — para buscar y encontrar en ella el divino. El historiador de la Iglesia, como historiador, si no quiere correr el riesgo de dejar de lado un conocimiento profundo de las causas que han obrado en los acontecimientos de la comunidad cristiana, debe necesariamente recurrir a la comprensión que ofrece la fe. Solo así podrá apreciarse la historia de la Iglesia, en toda su realidad.

Por otra parte, el historicismo dominante, los parámetros de la ilustración que ejercen todavía su influencia sobre las mentalidades más cultas, el avance del positivismo con su orientación hacia las ciencias naturales y el cientifismo como modelo de pensamiento en los grupos dirigentes de la sociedad, han constituido paradigmas del pensamiento que no conceden espacio, ni otorgan valor a los aspectos religiosos y naturalmente menos a los eclesiales (3), y que se han demostrado incapaces de comprender que la dimensión religiosa del hombre, no es cuestión de su privacidad, sino que empapa, que

(2) Ibidem.

(3) N.T. AUZA, *El perfil del historiador de la Iglesia*, en *Anuario de Historia de la Iglesia*, Vol. V, Instituto de Historia de la Iglesia, Facultad de Teología, Universidad de Navarra, 1966, p. 59 ss.

debe emparar todo su quehacer, porque es precisamente allí, en medio de lo cotidiano, donde el hombre se encuentra con Dios.

Una parcela importante dentro de los múltiples aspectos que presenta a los historiadores, la revolución liberal ecuatoriana, es la constituida por la acción de la Sede Apostólica, al tutelar no sólo ni principalmente los derechos de la Iglesia, como derechos abstractos, como simples *privilegios* que convenía conservar a toda costa, sino en cuanto ellos constituyen un marco adecuado donde los hombres y por ende la sociedad pueden desarrollar con amplitud y soltura ese aspecto esencial de su naturaleza que es la relación con su Creador. Acción ésta ejercida no sólo a través de la jerarquía eclesiástica ordinaria, sino de sus propios agentes diplomáticos, que como tales tienen como interlocutor válido a aquellos, que en el tiempo, asumen el cometido de modelar la sociedad política.

La misión diplomática desarrollada en el Ecuador — en la práctica durante poquísimos días — por Monseñor Pedro Gasparri, presenta singulares características, que la hacen acreedora de un estudio mucho más profundo y pormenorizado que el que acometemos en este trabajo, que por su naturaleza se limitará a hacer un primer esbozo, a partir del cual pueda elaborarse más tarde, el cuadro completo. Y esto por varias razones.

En primer lugar, porque a partir del establecimiento regular de una representación pontificia en el Ecuador, hacia 1861⁽⁴⁾, esta afronta quizá el primero y único escollo serio en sus relaciones con el Estado ecuatoriano, en lo que va de su historia: en efecto, se trataba en 1901, nada menos que de la supervivencia de la Iglesia en el Ecuador, amenazada en su existencia, por el doctrinarismo liberal.

También, porque la misión tenía lugar luego de una anterior, la de Monseñor Juan Bautista Guidi, que fracasó por errores básicos en

(4) Desde 1838, cuando la Santa Sede reconoce oficialmente a la República del Ecuador, como Estado independiente, encarga sus asuntos a la Internunciatura acreditada en la Nueva Granada. Desde entonces, hasta la suscripción del Concordato, en 1861, el Internuncio en Bogotá tiene el carácter de Delegado Apostólico para el Ecuador. En cualquier caso, esta representación funcionó de modo muy irregular, tanto por las distancias, cuanto porque algunos de los Gobiernos que se sucedieron en el Ecuador no dieron la debida importancia a la Delegación, y esto porque desde 1824 estaba vigente la Ley de Patronato — nunca reconocida por la Santa Sede — que sólo fue derogada a la suscripción del Concordato. En la actualidad nos ocupamos de preparar una Historia de las relaciones diplomáticas entre el Ecuador y la Santa Sede.

su planteamiento inicial, errores por supuesto no achacables únicamente al representante pontificio, sino principalmente a la doblez de un gobierno que enfocó la misión como una cuestión esencialmente política, olvidando que el cometido fundamental de la Iglesia es el bien eterno de las almas, para lo cual cuenta con una doctrina de la que es depositaria, y que no puede ser objeto de negociaciones, so pena de traicionar la mente de su Fundador: la Misión Gasparri no se realizará, hasta que este principio fundamental sea admitido, al menos como premisa.

Monseñor Pedro Gasparri, futuro Cardenal y Secretario de Estado de Benedicto XV, autor de los Pactos Lateranenses, comenzó su actividad diplomática como Delegado Apostólico en Ecuador, Perú y Bolivia en 1899, hace menos de un siglo, cuatro años después de que en el Ecuador estallara la revolución liberal, que en su ímpetu des-cristianizador y laicista, iba a pretender si no arrancar de raíz, al menos reducir al ámbito de la privacidad, toda manifestación religiosa en el individuo y en la sociedad.

La primera y única misión diplomática de Gasparri en el extranjero — de la que las Conferencias de Santa Elena son sólo una pequeña parte — tiene también la singularidad de mostrar una faceta desconocida de un hombre que tuvo el privilegio de ser Secretario de Estado de dos Pontífices y por tanto artífice de la política exterior de la Santa Sede, en un período especialmente difícil de la historia moderna: el de la Gran Guerra, cuando los Aliados pretendieron impedir toda acción en favor de la paz por parte del Romano Pontífice, y el no menos turbulento para la Santa Sede y el Reino de Italia, que concluyó con la negociación y suscripción de los Pactos de Letrán. Sin duda, el Cardenal Gasparri aprendió mucho en su misión americana ⁽³⁾.

(3) Por la obra de G. Spadolini «*Il Cardinale Gasparri e la Questione Romana*» hemos sabido de la existencia de unas memorias del Cardenal, cuyo fascículo tercero está dedicado a la misión americana y en concreto el capítulo XIV a la misión en el Ecuador. Desgraciadamente por más gestiones que hemos hecho no hemos podido dar con esas Memorias, que sin duda ilustrarán este paréntesis en la vida de Gasparri. El trabajo que presentamos no pretende ser exhaustivo ni mucho menos: la documentación es abundantísima y variada; por ejemplo, los informes enviados regularmente a la Secretaría de Estado, dan mucha luz sobre la situación política del país y sobre la realidad eclesial, vista desde luego con la óptica de un extranjero que desconoce el ambiente social y cultural en el que se mueve, pero no por eso menos interesante, también para comprender las dificultades de manejar situaciones a distancia.

Era entonces Gasparri, profesor de derecho canónico del Instituto Católico de París⁽⁶⁾, cuando una nota del Cardenal Rampolla, Secretario de Estado de León XIII, llegó a turbar la tranquilidad de su cátedra, para proponerle, en nombre del Romano Pontífice, una actividad completamente nueva: hacerse cargo de una misión diplomática en la lejana y para él casi desconocida América del Sur. La propuesta lo deja perplejo, y en confidencia íntima abre el alma a quién va a ser en el futuro su inmediato superior:

«Io non nascondo il penoso sentimento che ho provato nel dimettermi dalla mia posizione in Parigi (scrive al Cardinal Secretario) che mi ero formato da me coll'aiuto di Dio, che mi rapportava dal 18 al 20.000 franchi all'anno (...) senza responsabilità, con piena indipendenza, lasciandomi il tempo di esercitare il ministero e comporre i miei trattati, con quattro mesi di intere vacanze. Questo dispiacere sarebbe stato nullo, se, come mi lusingavo, si fosse trattato di ritornare in patria; ma invece devo allontanarme molto di più, con una salute non molto robusta ed una occupazione nuova. Il Signore ha permesso ciò, forse perchè io tenevo troppo alla mia patria, alla mia famiglia, ai miei poveri, ai miei libri, alla mia posizione; il Signore ha voluto che il mio cuore si distaccasse da tutte queste affezioni, benchè moralmente innocenti o buone. Io ho obbedito al Papa e ne sono contento, persuaso che ho obbedito a Dio stesso; e certamente farò del tutto per corrispondere ai disegni della divina provvidenza...»⁽⁷⁾.

Hombre de estudio, acostumbrado a no preocuparse de los pequeños problemas domésticos, la forma de vida que le espera no deja

⁽⁶⁾ Luego de su ordenación sacerdotal recibida en Roma el 31 de Marzo de 1877, Gasparri inició su carrera docente como profesor de derecho canónico en el colegio de Propaganda Fide y de Teología sacramentaria en el Seminario de S. Apolinar, del que había sido alumno. A fines de 1879 fue nombrado profesor de derecho canónico en el Instituto Católico de París.

⁽⁷⁾ Gasparri-Rampolla, París, 22.X.1897. Debo la copia de esta y las otras notas que cito, cruzadas en esta época, previa a la Misión, entre Gasparri y Rampolla, a la gentileza de Mons. Marcelo Camissasa, encargado del Archivo de la S. Congregación de Negocios Eclesiásticos Extraordinarios, quién sabiendo de mi interés por la Misión Gasparri, me las hizo llegar, indicándome que las había encontrado en el expolio del Cardenal Rampolla, depositado en ese archivo. En la nota manuscrita con la que me las envió señala su ubicación actual: AAEISS. Stati Ecclesiastici, P 1199, F 221.

de causarle inquietud, y prosigue en su confidencia: «... *soltanto mi permetto ripetere che se la mia missione dovesse durare lunghi anni, io ne soffrirei molto e forse non vi resisterei. Con ciò naturalmente io non intendo richiedere all'Eminenza Vostra dichiarazioni che non sono necessarie e non possono darsi; ma espongo candidamente l'animo mio, fiducioso che Vostra Eminenza, buono come è, vorrà tenerne conto in avvenire. Ho scritto anche a Monsignor Macchi relativamente alla casa, mobili ed altri dettagli. Se la S. Sede non vi trova ostacolo, io preferirei (...) abitare in una casa religiosa non invisa al Governo, con appartamento conveniente e separato, sia perchè ciò mi libererebbe da tanti impicci, ai quali, avendo sempre dimorato in Seminario, non sono abituato, sia perchè in paesi di molta fede, ma di poca morale, questo esempio di vita raccolta dato dal Delegato Apostolico non sarebbe forse inutile*»⁽⁸⁾.

De 18 de Diciembre de 1897 es la nota de la Secretaría de Estado, en la que se le comunica oficialmente su nombramiento de Arzobispo Titular de Iconio, y Delegado Apostólico en las Repúblicas de Ecuador Perú y Bolivia⁽⁹⁾; Gasparri la recibe en París el día de Navidad y ese mismo día dirige al Santo Padre una nota de agradecimiento:

«... *Il commando della Santità Vostra ed anche le circostanze che ne hanno accompagnato la partecipazione ufficiale, mi indicano chiaramente che tale è la volontà di Dio; nel leggere questo biglietto mi è sembrato riceverlo dalle mani stesse del Bambin Gesù. Io mi uniformo corde magno et animo vo-*

(8) Ibidem. Pronto la prensa parisina comienza a dar la noticia de su nombramiento y a indagar su destino, que se le ha pedido mantener en secreto hasta obtener el beneplácito de los Gobiernos ante los que iba destinado. Entre tanto, se nombra al sacerdote Many, de la Compañía de S. Sulpicio, para sucederlo en la cátedra del Instituto, y el insigne jurista vence una pequeña batalla en pro de sus intereses «... *il Consiglio de amministrazione e poi i Vescovi fondatori, ammettendo la mia distinzione fra dimissioni volontarie e dimissioni forzate, mi hanno riconosciuto il diritto all'intera pensione decorsa finora, benché i 20 anni di insegnamento, richiesti dalle costituzioni, non siano ancora compiuti*». Gasparri-Rampolla, Paris, 26.XI.97. AAEISS l.c.

(9) Rampolla-Gasparri, D. 41335, 18.XII.1897. Minuta. AAEISS, l.c. Retiene el título de Iconio hasta el 2 de Enero de 1898, cuando — no sabemos por qué razones — lo cambia por el de Cesarea de Palestina, antes de la consagración. En la nota de nombramiento se le previene que debe dirigirse a la Secretaría de Breves para proveerse de las facultades necesarias.

lenti; e di una cosa posso assicurare la Santità Vostra, la sola che dipenda da me, cioè che io coll'aiuto di Dio farò tutto il mio possibile per corrispondere alla fiducia della Santità Vostra, per la gloria di Dio e la salute delle anime...» ⁽¹⁰⁾.

La consagración episcopal la recibió en París, en la iglesia del Instituto Católico, el 6 de Marzo de 1898, de manos del Cardenal Richard, acompañado por el Arzobispo de Avignon y el Obispo de Nancy ⁽¹¹⁾, y poco después, dejando la Obra de los Italianos ⁽¹²⁾, que tan querida había sido para su corazón sacerdotal, parte para Roma para recibir las instrucciones relativas a su nuevo destino. Se abre así para Monseñor Gasparri un capítulo absolutamente nuevo y tal vez impensado, que lo llevará por los caminos de la diplomacia casi hasta el fin de su vida.

Antecedentes de la Misión.

Cuales fueron las circunstancias de la Misión que emprendía? Veamos siquiera ligeramente los antecedentes remotos. Poco después del estallido de la Revolución liberal, en 1895, la Santa Sede llamó a otro destino al entonces Delegado Apostólico en Ecuador, Perú

⁽¹⁰⁾ Gasparri-León XIII. París, 25.XII.1897. AAEISS, l.c. En la misma fecha escribe al Cardenal Rampolla, con el que se explaya en sus asuntos: «... *Il disbrigo de' miei affari procede abbastanza bene; e prego Vostra Eminenza di credere che io non perdo tempo; soltanto alcune formalità giuridiche, riguardanti la Capella, vanno, secondo il solito, per le lunghe (...)* la Capella e la somma che si riprenderà sono el mio cadeau all'Opera Italiana che ho tanto amato...» Gasparri-Rampolla. París, 25.XII.1897. AAEISS, l.c.

⁽¹¹⁾ «... *domani entro in santi esercizi per ricevere la consecrazione episcopale (...)* È inutile dire quale sia la preoccupazione del mio spirito; mi conforta soltanto il pensiero che la dignità episcopale mi è stata imposta dal S. Padre...» Gasparri-Rampolla, París, 24.II.1898. AAEISS, l.c. El 16 de Marzo, luego de la consagración vuelve a escribir «... *Credo che martedì prossimo partirò per Roma, ove sarò al principio della seguente settimana. (...) prescindendo anche da ogni vantaggio materiale, il mio sacrificio è dolorosissimo; spero che il Signore l'avrà gradito e che mi aiuterà.*» Gasparri-Rampolla, París, 16.III.1898. AAEISS, l.c.

⁽¹²⁾ La Obra de los Italianos reunía en centros destinados al efecto, a los italianos pobres emigrantes en Francia, especialmente en París. Junto a la ayuda material que podía ofrecérseles, Gasparri los atendía espiritualmente ayudado por otros sacerdotes. Así combinaba la cátedra en el Instituto Católico con la práctica del ministerio sacerdotal. Poco antes de salir de París, el flamante Delegado Apostólico consagró la Capilla que para la atención de sus compatriotas había hecho construir, contribuyendo con una generosa suma de sus propios recursos. Cfr. Gasparri-Rampolla, París, 25.XII.1897. AAEISS. Copia en el Archivo del Autor.

y Bolivia, Monseñor José Macchi. Los acontecimientos posteriores a la revolución, que culminarían con la derogación unilateral del Concordato entonces vigente, acordada por el Gobierno del General Alfaro, determinaron a la Santa Sede a adoptar un compás de espera, antes de nombrar a un nuevo representante Pontificio.

La nueva Asamblea Nacional, convocada para elaborar una Constitución acorde con los principios liberales, dictó la Carta Fundamental de 1897, en la que, al decir de Larrea: «... *casi ninguna modificación se encuentra respecto a la forma de Gobierno, régimen administrativo, derechos y deberes de los ciudadanos, etc; el punto de mayor contraste con las anteriores es el relativo a la religión, pues, aunque figura todavía la Católica como religión oficial, el espíritu de la Ley no es conforme a ella; se permitía el ejercicio de todo culto en un país con absoluta unidad religiosa, y se prohibía la entrada de comunidades religiosas en el Ecuador*»⁽¹³⁾.

Mientras tanto, el Gobierno ecuatoriano pedía a la Santa Sede una reforma concordataria, que pusiera a este instrumento en consonancia con las nuevas disposiciones constitucionales, accediendo a entablar negociaciones no obstante que esas reformas equivalían en la práctica a su derogación. El encargado de llevarlas a la práctica fue Monseñor Juan Bautista Guidí, enviado por la Santa Sede con el rango de Encargado de Negocios Interino, quien se reunió en Quito entre el 5 y el 28 de Abril de 1898, con el Plenipotenciario Ecuatoriano Dr. Juan Benigno Cueva.

Por diversas razones, no suficientemente estudiadas todavía, la Misión Guidí no solo que no condujo a un acuerdo mínimo entre la Santa Sede y el Ecuador, sino que agravó la situación. Mutuas inculpaciones de intolerancia aparecen en la correspondencia de ambos diplomáticos. Pero en el fondo, late una cuestión de principios: la revolución recién triunfante invita a la Santa Sede a uniformarse con su criterio doctrinal, y la Santa Sede no puede acceder a ello so pena de torturar el sagrado depósito de la verdad que le ha sido confiado por su Fundador.

Un suelto publicado en Quito, en vísperas del arribo del representante pontificio, en un periódico del Gobierno, explica lo que en las esferas oficiales se espera de él:

(13) J. LARREA, *La Iglesia y el Estado en el Ecuador* (Sevilla 1954), p. 38-39. Cfr. R. BORJA Y BORJA, *Textos Constitucionales*, p. 430-431.

Después de calificar la misión de muy difícil y comprometida, apunta: «... trazada la conducta del Gobierno por la Constitución Política y las leyes secundarias que se conexionan con los derechos y obligaciones de la Iglesia, es indudable que aquel había de dar en el escollo de nuestro clero audaz, terco y porfiado (...) Conociendo, como conoce el curso de nuestras reformas políticas y lo circunscrito de las facultades del Ejecutivo, tiene la Santa Sede la mejor voluntad para entrar en el terreno de los hechos consumados, con tal de obtener la mayor garantía en pro de nuestras instituciones religiosas». El objeto único de la Misión Guidi, será, — siempre al decir del periódico — «... formar el auto de fe contra el mal clero de la República, para el cual (...) no habrá estímulo ni corrección posibles, si la Santa Sede descuida de apartarlo de la senda profana que recorren sin caridad, vacilaciones ni respeto»; A este efecto, el Gobierno no sólo «... justificará sus actos en lo que se relaciona con el clero, sino que se fundarán las normas de conducta que Mons. Guidi determine para los descarriados sacerdotes...»⁽¹⁴⁾.

El desarrollo posterior de las Conferencias, viene a demostrar que el periodista había acertado al señalar la línea de conducta que el Gobierno iba a seguir en las negociaciones: todo en ellas se redujo a pretender el reconocimiento oficial de la Santa Sede a la libertad de cultos, sancionada por la Constitución, con el pretexto de que tal reforma era una exigencia del progreso de los tiempos, y un medio necesario para facilitar la inmigración extranjera al Ecuador, y a exigir que la Santa Sede aprobara sus medidas persecutorias contra el clero.

Así planteada por parte del Gobierno, la negociación se convirtió en un verdadero dialogo de sordos, que por momentos alcanzó proporciones de auténtica confrontación.

Mientras el Gobierno pretendía un *decreto de alabanza* de sus actos, Guidi buscaba que el liberalismo, recién triunfante, diera marcha atrás en sus proyectos, acomodando la vida política y social a los enunciados de la moral cristiana, o al menos, dejando un amplio margen de libertad a los católicos.

A nuestro juicio, y teniendo en cuenta las consecuencias, quizá por un poco exacto conocimiento de la realidad, las negociaciones estuvieron mal planteadas por ambas partes: el Gobierno al creer

(14) «El Atalaya», citado por Mons. Guidi en su Informe de fin de Misión.

que la Iglesia podía ceder en cuestiones de doctrina, y la Secretaría de Estado al pretender un arreglo sobre bases tan amplias y generales como las planteadas por su Encargado de Negocios.

En contraste — y nos adelantamos aquí a las conclusiones — la misión cumplida tres años después por Monseñor Gasparri, presentará un enfoque totalmente diverso: dejando bien clara la imposibilidad de ceder en cuestiones doctrinales, se dirigirá especialmente a formular acuerdos sobre cuestiones marginales, tendiendo así un puente, que facilite llegar a los temas de fondo, contando ya con unas relaciones restablecidas. En todo caso, es posible que la *Misión Gasparri* no hubiera sido posible sin el precedente de la *Misión Guidi*.

Antecedentes inmediatos.

Concluida la *Misión Guidi*, y en vista de los gravísimos agravios contenidos en la Nota entregada por el Plenipotenciario ecuatoriano, al finalizar la Conferencia, la Secretaría de Estado resolvió enviar un *Memorándum* reservado al Gobierno, puntualizando algunos hechos, tendenciosamente expuestos en dicha Nota y fijando la posición de la Santa Sede, frente a los diferentes problemas surgidos con el Gobierno del Ecuador⁽¹⁵⁾.

El *Memorándum* causó una violentísima reacción en el Gobierno, que consideró ofendido el honor nacional por los términos en que estaba concebido. A partir de entonces — 1899 — dicho documento fue tomado como pretexto para evitar toda negociación⁽¹⁶⁾.

(15) El Gobierno dirigió una Nota a la Secretaría de Estado, el cual contra toda práctica diplomática fue ampliamente difundido por la prensa oficial del país. En él se injuriaba despiadadamente a los sucesivos Delegados Apostólicos que desde la firma del Concordato habían venido al Ecuador, se ridiculizaba a las Ordenes religiosas, se acusaba a la Iglesia y a sus ministros de tropelías y atropellos sin cuento. En vista de tan incivil documento, la Secretaría de Estado respondió con otro *Memorándum* al Gobierno y a los Obispos del Ecuador.

(16) Tiempo después, Mons. González Suárez, Obispo de Ibarra, escribía a Gasparri: «Escribo a un Delegado Apostólico, y debo ser claro y franco, cual cumple a un Obispo. El *Memorándum* de Roma fue muy mal recibido por el gobierno ecuatoriano: yo había obtenido la promesa de que, por parte del Poder Ejecutivo no se presentaría a las Cámaras legislativas proyecto ninguno de ley contrario a las instituciones católicas; pero con la llegada del *Memorándum* todo cambió de un modo alarmante (...) El *Memorándum* es la causa o si se quiere el pretexto, para la convocatoria al Congreso Extraordinario en el

En esta tesitura se produce el nombramiento de Gasparri como Delegado Apostólico: pero, nos preguntamos, ¿porqué escogió la Santa Sede para esta Misión a un profesor de Derecho Canónico, sin experiencia previa en cuestiones diplomáticas? Hemos detectado en los archivos de la S. Congregación de Asuntos Eclesiásticos Extraordinarios, un dato que nos puede dar la respuesta: poco antes, durante la Misión de Mons. Macchi, los gobiernos de Estados Unidos, Inglaterra y Alemania, simultáneamente, habían solicitado al Gobierno peruano, una solución legal para los matrimonios de sus súbditos no católicos. Obtenida la ley del Congreso peruano — una ley pésima como afirma Gasparri — se apresuraron los diplomáticos a solicitar lo mismo de los Gobiernos del Ecuador y Bolivia. Esto, unido a las dificultades que suponía la derogación unilateral del Concordato ecuatoriano, movió a la Santa Sede a buscar a un jurista de la talla de Gasparri para confiarle una misión diplomática que requería una especial habilidad en el campo del derecho.

Gasparri se hizo cargo de su Misión en un momento especialmente difícil, por la pésima imagen forjada por la prensa liberal en torno al anterior representante pontificio, aumentada si cabe por la indebida y amañada publicación de las Actas de las Conferencias y de una traducción poco fiel, por decir lo menos, del ya famoso *Memorándum reservado* de la Secretaría de Estado, documentos ambos que por su carácter diplomático no estaban pensados para la publicidad⁽¹⁷⁾.

El Gobierno Ecuatoriano, considerándose desligado de todo compromiso con la Santa Sede, iniciará una ofensiva abierta contra las instituciones de la Iglesia, comenzando por poner nuevamente en vigencia la antigua ley de Patronato, adoptada por la Gran Colombia en 1824⁽¹⁸⁾.

qual se tratará de acabar con la Iglesia...». González Suárez-Gasparri, Ibarra, 25.VII.1899. AAESE.E, P 369 IX.

(17) Sobre la traducción publicada del Memorándum, tenemos en nuestro poder un interesante estudio crítico, preparado por Mons. Antonio Arregui, actual Obispo de Ibarra, que con su autorización daremos a la imprenta.

(18) Cuando el Ecuador se separó de la Gran Colombia en 1830, adoptó en su legislación la ley colombiana de Patronato, que nunca fue aceptada por la Santa Sede. En principio, se derogó al suscribirse el Concordato de 1861, pero fue puesta en vigencia cuantas veces los gobiernos liberales de turno pretendían obtener ventajas de la Santa Sede.

Ley a todas luces arbitraria y absurda, en cuanto pretendía arrogarse unilateralmente derechos que no correspondían a la autoridad civil por ningún título: derechos sobre las cosas y personas eclesiásticas, y que en último término reducían a la Iglesia a la más humillante servidumbre. Ley utilizada como arma de presión cuando los Gobiernos de turno pretendían arrancar ventajas a la Iglesia⁽¹⁹⁾.

Tan difícil era el momento, que habiendo llegado Gasparri al Perú en 1899 no se acercó al Ecuador hasta las Conferencias de Santa Elena en 1901. Se sirvió de la Legación francesa en el Perú para enviar sus credenciales a la Cancillería ecuatoriana, la que aprovechó la oportunidad que el Delegado le daba, para mantener en suspenso las relaciones con la Santa Sede: se complacía en saber que el Delegado Apostólico estaba en el Perú, al tiempo que le comunicaba que las credenciales serían archivadas hasta que pudiera acercarse personalmente a presentarlas: lo que en buenas palabras equivalía a decir que el Gobierno no se daba por notificado del carácter oficial del Representante pontificio. De aquí la razón de que toda la gestión diplomática de Gasparri, antes de las Conferencias de Santa Elena se realizara a través de los dos Obispos que entonces había en el Ecuador, los cuales actuaban como agentes oficiosos.

Gasparri no venía a Quito, porque no creía en la buena fe del Gobierno: los hechos así se lo demostraban y consta su parecer en ese sentido en varios de los informes que periódicamente enviaba a la Secretaría de Estado:

«... todos insisten en que yo vaya a Quito a negociar ad referendum el nuevo Concordato. Me declaro pronto a cualquier indicación de V. Em. Pero me permito expresar mi parecer. A mi llegada a la capital ecuatoriana la ley de patronato estará ya aprobada por el Congreso y promulgada; es evidente (...)

(19) Ya en un despacho de 31 de Julio de 1899, Gasparri advierte a la Secretaría de Estado, que el Congreso Extraordinario que se instaló el 20 de ese mes tenía prevista la discusión y aprobación de esa ley. Cfr. D. 884-218, Gasparri-Rampolla, Lima, 31.VII.1899. «El Señor Ministro Peralta ha dicho que se presentó el proyecto de ley de Patronato solo para obligar a la Santa Sede a que enviara un Delegado al Ecuador para que se entienda con e Gobierno; mas que, como las Cámaras han llegado al extremo de dictar disposiciones inaceptables van a embromar y retardar la ley hasta que venga el Señor Gasparri que, según el decir del mismo Peralta, ha de llegar pronto para que todo quede arreglado...» D. 1041-242, Gasparri-Rampolla, Lima, 2.X.1899. Citando una carta del Administrador Apostólico de Guayaquil D. Pío Vicente Corral.

que el Gobierno no tiene ninguna intención de llegar a un arreglo equitativo. Así, V. Em. le propone que envíe un Plenipotenciario a Roma; el Gobierno responde en sustancia que no acepta porque cree imposible todo arreglo y que sería mejor que la Santa Sede envíe un representante a Quito para negociar; V. Em. responde (...) Que me enviará cuando sean dadas serias garantías se suspender cualquier proyecto de carácter hostil a la Iglesia y se aseguren disposiciones favorables para acuerdos satisfactorios; entonces el Gobierno presenta el proyecto de ley de Patronato acompañado por una memoria insultante. Por lo tanto, mi viaje a Quito en las actuales circunstancias no tendría otro resultado que una humillación más al Representante de la Santa Sede; es por esto que yo creo prudente y decoroso dejar pasar la tempestad... » (20).

Ya para esta época, la figura del Ministro José Peralta, futuro negociador de Santa Elena, va perfilándose como la del mentalizador de la política antirreligiosa, y al mismo tiempo, como la del maquinador infatigable de las intrigas que pretenderán envolver en su juego a la Santa Sede (21).

«... Examinando la serie de hechos, — dirá Gasparri — aparece evidentemente que el Ministro Peralta no quiere un arreglo con la Santa Sede, pero al mismo tiempo quiere que toda la responsabilidad de la ruptura recaiga, en la opinión pública, sobre la Santa Sede. Así, prometió mucho cuando se trató de enviar el telegrama a V.E. (...) El contaba sin duda, con que la respuesta de V. Em. sería negativa, y entonces habría gritado a los cuatro vientos la intransigencia de la Santa Sede; más, como la respuesta fue afirmativa y solo exigía (...) lo que

(20) D. 954-225, Gasparri-Rampolla. En otro despacho, Gasparri abunda en la misma idea: «Sin tener la absurda pretensión de dar consejos a la Santa Sede, me permito observar que si el Gobierno no ha aceptado la propuesta del Santo Padre (...) Es claro, que al menos por el momento, no tiene intenciones de llegar a un arreglo. Por lo tanto, el representante de la Santa Sede probablemente quedará reducido a presenciar nuevas medidas persecutorias; y francamente, no vale la pena». D. 920-223, Gasparri-Rampolla, Lima, 12.VIII.1899.

(21) En este sentido, resultan muy útiles para conocer al personaje las Memorias Políticas, escritas por el propio Peralta, y de reciente publicación. J. PERALTA, *Notas sueltas para servir a mis memorias políticas*. Susana Toledo, Editora. (Quito 1995)

el Gobierno había prometido y el buen sentido indica, el Señor Peralta negó todo con una carta insolente (...). Del Gobierno actual y en particular del Señor Peralta, no hay nada que esperar, y enviar ahora un Delegado a Quito, sería comprometer la dignidad de la Santa Sede sin ningún resultado (...) Falta menos de un año para las elecciones presidenciales; en este año las pasiones se calmarán y es de esperar que el nuevo Gobierno no querrá seguir las aberraciones del Señor Peralta». (22).

La ley de Patronato fue aprobada por el Congreso el 11 de Septiembre de 1899; en una ceremonia teatral, descrita por el propio Peralta, el Presidente Alfaro pone el Ejecútese el 27 del mismo mes y año:

«El gabinete presidencial estaba lleno, legisladores, altos funcionarios (...) habían acudido ansiosos de asistir al desenlace de aquella agitada y peligrosa situación; en tanto, delante del Palacio rugía el populacho como en los días en que ese mar siniestro se declara en abierta tempestad (...). Nadie sabía, excepto muy pocas personas de gran reserva, la resolución definitiva del Presidente de la República, y la expectativa era angustiosa para ambos partidos (...). Presentele al Jefe del Estado el texto auténtico de la Ley, en medio del más profundo silencio de los asistentes, y el ministro de Hacienda (...) le ofreció una pluma de oro destinada a servir solo en el acto solemne que iba a realizarse (...). Alfaro tomó la pluma, puso una palabra, al pie de la ley, firmó los dos ejemplares, y me los devolvió también en silencio. Ejecútese, decía lo escrito por el primer magistrado, y anuncié a los concurrentes que la ley estaba sancionada...» (23).

Aprobada la Ley de Patronato, comenzaron los atropellos contra la Iglesia, amparados en el principio del más puro regalismo, so-

(22) D. 989-228, Gasparri-Rampolla, Lima, 11.IX.1899. La posición de la Santa Sede, concuerda con la opinión del Delegado: «En cuanto se refiere a la actitud de la Santa Sede frente al Gobierno, se ha creído inútil que el Delegado Apostólico vaya a Quito. La Santa Sede responderá con un nuevo Memorándum en tiempo oportuno, sereno y digno, que ponga de relieve la falsedad y las contradicciones del Gobierno y los errores de su doctrina...» D. 52436, Rampolla-Gasparri, Roma, 9.X.1899.

(23) J. Peralta, o.c. p. 162.

stenido por Peralta, de que «*la facultad de superior inspección sobre el culto público es inherente e inseparable del sumo imperio del Estado...*»⁽²⁴⁾. Se empezó por exigir la presentación detallada de los presupuestos eclesiásticos, a cada una de las Diócesis y Cabildos catedrales, para establecer cuánto debía pagar el Estado a la Iglesia, convertida así casi en parte de la administración pública; se prohibieron los nombramientos para los oficios y beneficios vacantes, con el pretexto de que había que reducir el gasto corriente, habida cuenta de la penuria del Estado; se consideró delito el que los fieles pagaran a la iglesia la contribución sustitutiva del diezmo, así como exigir los derechos parroquiales, base lógica, dicho sea de paso, de la sustentación del clero, que debe naturalmente vivir de su trabajo; se prohibió la alienación de los bienes eclesiásticos, pensando quizá ya en impedir su dispersión, con miras a una futura apropiación, que vendría más tarde, con la llamada Ley de Beneficencia.

Punto culminante de la ley de Patronato, será el de la elección y presentación de Obispos, con la cual pretendía el poder civil controlar la entera actividad de la Iglesia: a partir de ahora, con un clero pagado por el Estado y unos Obispos nombrados y pagados por él, la Iglesia quedaría en manos del radicalismo dominante. El Obispo González Suárez, «*Prelado que con mala fe superlativa* — escribe Peralta en sus Memorias — *afirmaba que la ley que discutía el Congreso era cismática, impía, esencialmente demoledora de la fe católica*»⁽²⁵⁾, con el fuego y el ímpetu que lo caracterizaba cuando defendía la causa de la Iglesia, interpelaba a los Congresistas:

«*Cuando el clero pierde su independencia, se convierte en aliado de los déspotas: la proyectada Ley de Patronato pondrá al clero ecuatoriano necesariamente, en la ineludible disyuntiva: o de perder su independencia, convirtiéndose en un mercenario de la autoridad civil, o de ser víctima de atropellos y de violencias para ejercer el santo ministerio (...) ¿Qué hacéis Señores Legisladores?.. Un numeroso ejército permanente, una gruesa falange de empleados públicos...¿Y todavía habéis de arrastrar también al clero a las gradas de Palacio, para forzarlos a convertirse en parásitos del Tesoro Nacional?...¡Vaya! ¡Una espada y*

⁽²⁴⁾ Ibidem, p. 160.

⁽²⁵⁾ Ibidem, p. 160.

una bolsa!: he ahí lo que vendría a ser mañana con vuestra Ley de Patronato esto, que todavía seguiríamos llamando, muy ufanos, República Democrática!... »⁽²⁶⁾.

Todavía, años después, el Ministro Peralta, al escribir sus Memorias, confiesa con aparente ingenuidad, su perplejidad, ante el rechazo producido por la ley, fruto de sus desvelos y sus deseos de libertad:

«Examinadas hoy aquellas disposiciones legales que tantos furoros engendraron en los ministros del altar, no se comprende como la pasión de aquellos hombres pudo extravíarles el juicio, al extremo de que tomaron por impiedad y cisma, por atentatorio e injusto, por tiranía y persecución, un acto de la potestad laica que era en todo conforme con las máximas evangélicas y las leyes de la Iglesia, con la moral y la justicia, con las doctrinas jurídicas y las necesidades públicas, y que cedía en beneficio del mismo sacerdocio, al que se restituía a las funciones del templo dentro de los límites de la más perfecta disciplina. Nadie creará que la inofensiva, y hasta conciliadora ley de patronato, haya producido las sangrientas turbulencias y sido anatematizada por la clerecía, como el peor y más grande de los males de la Iglesia... »⁽²⁷⁾.

Hacia las Conferencias de Santa Elena.

Aprobada y puesta en vigor la Ley de Patronato, la necesidad de un acuerdo equitativo entre el Estado y la Iglesia, se hacía cada vez mas acuciante: la persecución religiosa, que en la práctica adoptó diversas formas, se hacía sentir, tanto más cuanto que en todo el Ecuador no había entonces más que dos Obispos: el Arzobispo González Calisto, en Quito, y el Obispo González Suárez, en Ibarra. Los demás, por diversas razones, estaban en la práctica impedidos de gobernar sus diócesis⁽²⁸⁾.

⁽²⁶⁾ F. González Suárez, *Representación a las Cámaras Legislativas, en Obras Pastorales*, T. I, p. 468 ss. El Obispo de Ibarra escribió a más de esta Representación otras tres; dos dirigidas al Presidente Alfaro, y una al Consejo de Estado; escribió además otros documentos, sobre su observancia. Todo puede consultarse en la misma obra, a partir de la p. 465.

⁽²⁷⁾ *Ibidem*, p. 163.

⁽²⁸⁾ Tres Obispos habían sido expulsados del país con el pretexto de fomentar la conspiración y dos estaban desde antiguo suspendidos por la Santa Sede.

De hecho, faltaba también el Delegado Apostólico, vínculo de unión con el Vicario de Cristo, y, en virtud de su cargo, agente diplomático, que representa ante las naciones, la soberanía autónoma de la Iglesia, en el cumplimiento de la misión y en la esfera que le es propia. En el caso particular que nos ocupa, con el agravante de que, violentando las más elementales normas de la cortesía diplomática, sus credenciales no habían sido recibidas oficialmente, impidiéndole así — era como si no existiese — protestar por los atropellos cometidos contra el poder soberano que representaba.

La correspondencia diplomática de Gasparri, durante los meses finales de 1899 y todo el año 1900, gira en torno a la manera de lograr un arreglo, y deja traslucir ya la línea de conducta que seguirá en las Conferencias: lograr acuerdos sobre cuestiones marginales, con el objeto de restablecer las relaciones, dejando para más adelante las cuestiones de fondo. El 13 de Enero de 1900, escribía a la Secretaría de Estado:

«.../... Sia dunque che si consideri il presente, sia che si guardi all'avvenire, l'orizzonte si presenta oscuro. Io mi permetto ripetere di nuovo rispettosamente il mio parere che riassumo nei due punti seguenti: 1° Inviare nelle attuali circostanze un Delegato Apostolico in Quito, sarebbe esporre il Rappresentante Pontificio ad una umiliazione inutile (...) cambiate le circostanze, per esempio, cambiato Presidente e Ministro, sarà altra cosa. 2° È opportuno che il nuovo Memorandum pontificio sia concepito in tono calmo e paterno, concludendolo con un nuovo invito al Governo Equatoriano ad inviare un Plenipotenziario. Speriamo che la Divina Provvidenza non abbandonerà la Repubblica Equatoriana, consecrata, prima di tutte, al Sacro Cuore di Gesù» (29).

El año de 1900, se presentó difícil para el Gobierno de Alfaro y sus más cercanos colaboradores: era necesario pensar en las elecciones presidenciales de 1901, y en consecuencia designar el candidato oficial, que proseguiría la obra emprendida por el liberalismo ecua-

(29) D. 1219-289, Gasparri-Rampolla, Lima, 13.I.1900. ASV.ANE.

toriano; les iba en ello no solo el prestigio, sino la permanencia en el poder.

En estas circunstancias, deseoso de aliviar en algo la situación creada por la política liberal a la Iglesia, teniendo en cuenta además el malestar que se dejaba sentir en la gran mayoría de los ecuatorianos, católicos sinceros, por la actitud del gobierno, es decir buscando la pacificación religiosa, como medio de devolver al país la paz política, el obispo González Suarez se entrevista con Alfaro para obtener una fórmula conciliatoria. Abundante es en esta época el epistolario del futuro Arzobispo de Quito, con la Delegación Apostólica, comentando el avance de sus gestiones oficiosas.

El Gobierno no quería retroceder un punto en lo relativo a la Ley de Patronato, considerado como un derecho de la República, ni en los nuevos preceptos constitucionales, entendidos como una conquista fundamental del doctrinarismo liberal. Alfaro quería un nuevo Concordato adecuado a los nuevos principios, y para conseguirlo, incluso le propuso al Obispo de Ibarra la Plenipotencia en Roma, para negociarlo, iniciativa que, no obstante haber sido bien acogida por la Santa Sede, luego no se llevó a efecto.

«.../... Monsignor Vescovo d'Ibarra mi avverte che ha comunicato all'Eminenza Vostra Reverendissima il risultato delle sue trattative con il Governo per ottenere la pacificazione religiosa dell'Equatore, trasmettendole, come pure a questa Delegazione, copia della risposta del Signor Presidente della Repubblica. In questa risposta sembra esigersi, come condizione previa ad ogni avvicinamento, il riconoscimento positivo o l'accettazione positiva dei fatti consumati e dello statu quo religioso, mientras se discuta y celebre un nuevo convenio; ed in questo caso ogni trattativa mi sembra impossibile, poichè si tratta precisamente di modificare i fatti consummati e l'attuale statu quo, che per conseguenza la Santa Sede non può cominciare dall'ammettere...»⁽³⁰⁾.

En todo caso, Gasparri opina que no es oportuno rechazar sin más esa *palabra de paz*, para no dar ocasión al Gobierno de levantar nuevas calumnias contra la Santa Sede. Su opinión, en resumen, es ahora: 1. — Alabar al Obispo de Ibarra, el cual, aun cuando no ha

⁽³⁰⁾ D. 1593-374. Gasparri-Rampolla, Lima 21.VIII.1900. ASV.ANE.

recibido encargo alguno de la Santa Sede, ha procurado, en cuanto estaba de su parte, llegar a la pacificación religiosa de la República, movido de su celo por el bien de la Iglesia y de la Patria al mismo tiempo; 2. — Manifestar que la Santa Sede nada desea más que la paz religiosa y la perfecta armonía entre la Iglesia y el actual Gobierno del Ecuador; 3. — Destacar que sería curioso que el Gobierno exigiese de la Santa Sede, como condición previa para un acercamiento, el reconocimiento de los hechos consumados, tratándose precisamente de modificar en un nuevo convenio esos actos y hechos consumados, y, por último, 4. — Indicar el camino práctico que a juicio de la Santa Sede se debería seguir para llegar al resultado deseado⁽³¹⁾. En todo caso, como coletilla final de su informe, añade: «...Yo no espero mucho del actual Gobierno ecuatoriano, pero en cualquier caso se quitará así todo pretexto para una nueva acusación, y la respuesta de la Santa Sede, podrá servir de base a un Gobierno mejor»⁽³²⁾.

Mientras tanto, en Quito, González Suárez no descansa para conseguir algún acuerdo que devuelva la paz religiosa a la República. Actuando por su cuenta, continúa entrevistándose con Alfaro, con Peralta, a quién dirigirá una carta personal recordándole los tiempos en que eran discípulos, con los legisladores de las más variadas tendencias, y ... escribiendo. Con fecha 27 de Agosto de 1900, dirige una Representación a la Cámara del Senado, rogando que trabajen unidos para conseguir la paz y la tranquilidad públicas, y poniendo de manifiesto los terribles peligros que se ciernen sobre la Patria, de continuar el estado de cosas⁽³³⁾.

En el Senado, la palabra del Obispo, lejos de apaciguar los ánimos y llevarlos a mejor consejo, los exacerban e irritan, hasta el pun-

(31) Ibidem.

(32) Ibidem.

(33) F. González-Suárez, *Representación a la Cámara del Senado para facilitar un avenimiento entre la Iglesia y el Estado*, en *Obras Pastorales*, T I (Quito, 1927), p. 489-490. «El Padre Santo desea que se restablezca la paz en el Ecuador; el Padre Santo quiere que el Gobierno ecuatoriano abra negociaciones y trate con la Santa Sede, para poner término pacífico a las desavenencias religiosas, que hoy perturban los ánimos, a causa del cisma oficial, en que, por desgracia, estamos los ecuatorianos desde hace un año (...) Os declaro, que, en conciencia, me es imposible obedecer la ley llamada de Patronato, y que, cuando me exijáis el cumplimiento de ella, he de contestaros, con la misma serenidad y con la misma firmeza con que condené la cooperación a la invasión colombiana: no puedo».

to de ordenar la suspensión de la lectura y la devolución de la *Representación* a su autor.

Poco a poco, se va perfilando la posibilidad de una reunión con el Delegado Apostólico: primero en algún punto de la costa del Pacífico, y entonces, Gasparri, que no está convencido de la recta intención del Gobierno, propone a la Secretaría de Estado que acepte la propuesta, fijando el lugar de la reunión en Lima, de modo tal que no sea el Representante Pontificio el que sufra el desaire de trasladarse, para luego no llegar a nada: «... *l'Eminenza Vostra può star sicuro che aspetterò invano l'inviato Equatoriano, ma in tal modo il Governo dell'Equatore non potrà accusare di nuovo la Santa Sede di respingere ogni proposta di pace (...) prego l'Eminenza Vostra di darmi istruzioni per questo improbabile abboccamento*»⁽³⁴⁾.

Gasparri, siempre reticente ante la nueva postura de Gobierno, «*Perfettamente convinto — escribe a Roma — che dal Equatore non si moverà nessuno*» dirigió un telegrama a González Suárez, en los siguientes términos: «*Aceptando acuerdo entre Usted y Supremo Gobierno (...) Santa Sede en su vivo deseo de llegar justo arreglo, me trasmitió orden de trasladarme a Lima donde me es grato esperar Plenipotenciario ecuatoriano*»⁽³⁵⁾.

Antes de despachar el informe, Gasparri tiene ocasión de informar al Cardenal Secretario de las últimas noticias: Sus previsiones se confirman; del Ecuador le escriben diciéndole que el Gobierno prefiere que vaya a Quito: propone entonces que se exija del General Alfaro un acto oficial, en el que se manifieste su deseo de lograr la ansiada pacificación religiosa⁽³⁶⁾.

Para mediados de Enero de 1901, la voluntad del Gobierno parece haber cambiado. En nota del 29 de Enero, el Cardenal Secretario de Estado daba cuenta a Gasparri de las noticias recibidas direc-

⁽³⁴⁾ D. 1632-387. Gasparri-Rampolla. La Paz, 2.X.1900. ASV.ANE. Con telegrama de 5 de Diciembre, la Secretaría de Estado autoriza la reunión en Lima, dando así el primer paso importante, para un encuentro formal entre los representantes de las dos Potencias.

⁽³⁵⁾ D. 1714-452. Gasparri-Rampolla. (La Paz, XII.1900). ASV.ANE. El texto del telegrama está en castellano.

⁽³⁶⁾ Cfr. D. 1714-452. Gasparri-Rampolla, cit. In fine; D. 1953-469, Gasparri Rampolla, La Paz, 17.I.1901. ASV.ANE.

tamente del Obispo González Suárez, quién le aseguraba que en Alfaro se había operado un cambio total:

«... riferiva — mons. González Suárez — aver questo d'un tanto cambiato le antiche sue disposizioni di ostilità e di rencore verso la Chiesa, in altre più benevole e più concilianti e aver fatto vive insistenze presso quel Prelato onde scrivesse a me, senza perdita di tempo, per supplicare la S. Sede a voler subito inviare a Quito la E. Vostra (...) Aggiungeva Mgr. Gonzalez, avere il Presidente in tale circostanze dichiarato, di non voler più asigere come base delle trattative il riconoscimento dell'attuale stato di cose e molto meno della legge di Patronato, ma volere, invece, hacer las cosas bien hechas, e sistemare tutto decorosamente prima che termini il suo periodo presidenziale...»⁽³⁷⁾.

¿Qué a pasado entre tanto? ¿Por que, en vísperas de las elecciones y a pocos meses de terminar su período presidencial, quiere Alfaro hacer las cosas «bien hechas»? Dos son las interpretaciones que, a la vista de los documentos, hicimos en nuestro libro *La Iglesia y la Revolución liberal*. La primera, la insinúa Gasparri en uno de sus informes, y apunta a la necesidad del nuevo gobierno del General Plaza de granjearse la simpatía de los conservadores, frente a una posible oposición de la facción radical fiel al General Franco: en este sentido, Alfaro habría convenido en tomar sobre sí la responsabilidad de haber hecho la paz con la Iglesia, para que Plaza pudiese gobernar con tranquilidad. En la reunión preparatoria de las Conferencias, Peralta da pie para pensar en esa hipótesis al decir que «... es necesario que el General Alfaro de este gran paso, para quitar la responsabilidad al General Plaza a los ojos de los radicales»⁽³⁸⁾.

La segunda interpretación, parte del hecho evidente, y que no debió escapar a la sagacidad de Gasparri — aunque no hace mención de ello en la correspondencia que hemos manejado — de que aceptadas las negociaciones a finales de 1900, cuando la legislatura estaba

⁽³⁷⁾ D. 61234. Rampolla-Gasparri, Roma, 29.I.1901. ASV.ANE.

⁽³⁸⁾ S. Castillo-Illingworth, *La Iglesia y la Revolución Liberal*. Banco Central del Ecuador (Quito 1995) p. 199 ss. Cfr. D 1740-459 Gasparri-Rampolla, Lima 7.I.1901. Ponencia para la sesión de la S.C. de Negocios Extraordinarios. Julio 1901. AAESE.E. P 369 X, p. 17 ss.

en receso, los acuerdos que de ellas resultaran, no serían ratificados hasta el siguiente período legislativo, cuyos trabajos comenzarían solo en Septiembre de 1901, simultáneamente a la posesión del nuevo Presidente. Así, Alfaro, ya enemistado con Plaza, suscribía los protocolos, anotaba en su cuenta de buenas obras el haber arreglado las cosas con la Iglesia y entregaba el poder, cargando a la nueva legislatura y a otro gobierno la posibilidad de ratificar su obra o rechazarla: en cualquier caso, su figura salía airosa a los ojos de la Iglesia y de los católicos⁽³⁹⁾.

Con todo, Peralta se retrata de cuerpo entero, cuando consigna en sus *Memorias* la razón verdadera que obraba en su mente cuando admitió, como Ministro de Alfaro, no sólo las Conferencias, sino la Plenipotencia que lo convertía en interlocutor del Delegado.

«... *El único triunfo posible sobre la clerecía, era sin duda alguna obtener del Vaticano la aceptación de esa misma ley que nuestros obispos y sacerdotes calificaban de cismática, impía y aun atea, puesto que dicha aceptación valía tanto como condenar en definitiva todo cuanto la iglesia ecuatoriana había decidido y enseñado al respecto. Una contradicción tan manifiesta y solemne, entre la conducta del Pontífice y la de nuestro clero (...) no podía menos que poner como impostores y farsantes a esos ministros del altar que condenaban (...) lo mismo que el Vicario de Jesucristo tenía por aceptable, justo y conforme a la fe. (...) Nos propusimos utilizar en favor nuestro aun los errores y prejuicios del adversario (...) en fin, vencer y subyugar la clerecía por medio del Papa (...) he aquí las causas, los móviles y miras que me llevaron a las Conferencias de Santa Elena*»⁽⁴⁰⁾.

La doblez del Ministro, queda más patente al leer el telegrama que dirige a Gasparri a Lima, para concretar las reuniones:

⁽³⁹⁾ En efecto, la candidatura del General Leonidas Plaza, no fue vista con buenos ojos por Alfaro, quien intuía ya la deslealtad de quien apareciera hasta entonces como su brazo derecho. Teniendo en cuenta el talante de los políticos liberales ecuatorianos de principios de siglo, cualquiera de las dos hipótesis es válida. Cfr. E. ALFARO, *Elecciones presidenciales de 1901, en Narraciones históricas*. Corporación Editora Nacional (Quito 1992).

⁽⁴⁰⁾ J. Peralta. *Mis Memorias...* cit. 163-164.

«*Eminentísimo Cardenal Rampolla anunciame que Santa Sede ordena venida de V.E. litoral ecuatoriano para tratar Plenipotenciario de mi Gobierno. Esta noticia ha sido recibida con júbilo y V.E. tendrá oportunidad de cerciorarse de la buena voluntad General Alfaro y altos dignatarios del Estado para mantener las mejores relaciones con la Sede Apostólica, sobre bases honrosas y equitativas para la Nación y la Iglesia. V.E. será bien recibido. Mi Gobierno desea que V.E. verifique su viaje cuanto antes y se sirva comunicarme su salida del Callao a fin de que un buque expreso lo reciba en la Puná y lo traslade al lugar que elija V.E. Me permitiría indicar que los lugares más salubres de la costa ecuatoriana son Manta y Santa Elena. Plenipotenciario ecuatoriano encontrará V.E. en lugar que elija. Vuestro servidor. Ministro de Relaciones Exteriores*»⁽⁴¹⁾.

Es evidente que las Conferencias de Santa Elena nacen viciadas, por lo que respecta a la intención con que las plantea el Gobierno del Ecuador; no andaba descarriado Gasparri cuando afirmaba que en su criterio nada se podía esperar del actual Gobierno: González Suárez, por su parte, no sin una gran dosis de amargura reconocerá poco más tarde que los hombres del Gobierno *engañan sin pudor*. Con toda su erudición pseudo católica, Peralta o no será capaz o no querrá darse cuenta de que la Iglesia de Cristo no persigue fines temporales: ¿Podía creer sinceramente el Plenipotenciario ecuatoriano, que el Delegado Apostólico iba a comerciar los principios, a adular la doctrina? ¿Estaba convencido de que el Representante del Romano Pontífice iba al Ecuador para decir a los católicos que el sectarismo doctrinario era bueno, que la persecución y la rapiña eran justas? ¿Pensaba Peralta que Gasparri lo ayudaría a engrilletar y cargar de cadenas a la esposa de Cristo? El entonces Ministro de Relaciones Exteriores y Plenipotenciario del Ecuador para encadenar a la Iglesia, concluye el breve capítulo de sus *Memorias* dedicado a ese nuevo Canosa que para el Papa iba a ser Santa Elena, con unas escuetas, pero reveladoras líneas:

(41) Telegrama. MRE (Peralta)-Gasparri. Quito, 7.III.1901.

«El Delegado Pontificio eludió constante y hábilmente la aceptación plena de la Ley de Patronato, si bien, en asuntos de detalle, no le fue posible desconocerla y rechazarla...»⁽⁴²⁾.

Las Conferencias.

En vista de las peticiones del Gobierno, y en el indudable afán de no dejar de poner medio alguno, para aliviar siquiera la situación de la Iglesia en el Ecuador, la sesión de Cardenales miembros de la entonces Sagrada Congregación de Asuntos Eclesiásticos Extraordinarios, reunida el 2 de Marzo de 1901, recomendó que la Santa Sede aceptara las Conferencias propuestas, y que el Delegado Apostólico vaya al Ecuador — a algún lugar de la costa — y actuara siempre *ad referendum*, es decir, sometiendo todas sus deliberaciones a la posterior aceptación y confirmación de la Santa Sede.

Teniendo en cuenta la real situación, y previendo que la pretensión de lograr un arreglo de la totalidad, era prácticamente imposible, se convino en que las Conferencias tendrían por objeto restablecer las relaciones rotas de hecho — que no de derecho — para que luego, un nuevo Representante Pontificio, recibido oficialmente en Quito, prosiguiese las negociaciones y llegara, si era del caso, a un nuevo Concordato. Desde el primer momento, estaba claro, — y es notable que Peralta no lo diga⁽⁴³⁾ —, que se tratarían solo dos o tres asuntos de detalle, que sirvieran para declarar restablecidas las relaciones normales entre la Santa Sede y el Gobierno ecuatoriano.

Con despacho de 21 de Enero de 1901, Gasparri informa al Cardenal Rampolla de los últimos acontecimientos: el Congreso del Ecuador, pendientes como están las negociaciones con la Santa Sede, ha dado nuevas pruebas de hostilidad nada menos que derogando los Decretos mediante los cuales se consagró la República al Sagrado Corazón de Jesús y se declaró a la Virgen de la Merced patrona de los ejércitos ecuatorianos; «...*Fra tutte le cattive leggi approvate dell'attuale Governo radicale equatoriano, questa è la più iniqua...*».

⁽⁴²⁾ J. Peralta, *Mis Memorias...* cit., p. 166.

⁽⁴³⁾ Frustrado probablemente porque sus fantasías de someter al Papa no se hicieran realidad, como quitándole importancia al asunto, y poniéndose en primera persona, dice Peralta en sus Memorias: «*Por mi parte, firmé únicamente tres acuerdos absolutamente secundarios, como concesión en beneficio de la paz...*». J. Peralta, *Mis Memorias...* cit., p. 166.

Al mismo tiempo da su parecer respecto al modo en que deben llevarse las negociaciones:

«In un affare tanto delicato ed avendo poca sperienza in queste materie, io temo manifestare il mio parere, ciò non ostante, lo manifesterò, essendovi obligato dalle istruzioni che l'Eminenza Vostra mi rimise. A me sembra che converrebbe accettare, dando la Santa Sede al suo Rappresentante le seguenti istruzioni...» ⁽⁴⁴⁾.

Ya el 29 de Enero, esto es poco más de dos meses antes de las Conferencias, el Secretario de Estado instruía al Delegado en el sentido de que *«... non essendo per ora possibile di fare un accordo generale, Ella si limiti a regolare almeno certi punti particolari e determinati di maggior urgenza ed importanza, e nominatamente la nomina di Vescovi idonei per le Sedi vacanti; tuttociò bene inteso ad referendum»* ⁽⁴⁵⁾.

El largo informe que Gasparri envía a Roma al fin de su misión, es fuente preciosísima para conocer el desarrollo de la misma, hasta en sus pormenores más pequeños: hombre de fina mentalidad jurídica, sabe que de la precisión depende la comprensión adecuada de las cosas, y no omite detalle que permita a sus superiores, comprender, aquilatar y resolver lo que en definitiva convendrá para la salud de las almas. Una de las más importantes figuras del derecho público eclesiástico, calibra y sopesa cada palabra, construyendo un interesante documento, rico al mismo tiempo por su frescura y su calidad técnica.

El 23 de Marzo, salió Gasparri del Callao rumbo a Guayaquil, llevando como único compañero al P. Soto, Obispo electo de Huaraz, en calidad de secretario, también para que le ayudara con la escritura en español. En Guayaquil, lo esperaba la cañonera *Cotopa-*

⁽⁴⁴⁾ En resumen, Gasparri proponía 1º El nombramiento de Obispos para las Diócesis vacantes, obteniendo previamente la Santa Sede las renuncias de los Obispos que dadas las circunstancias no podrían volver a sus Diócesis, y poniéndose de acuerdo con el Gobierno respecto a los que iban a ser nombrados *«...in questo caso la Santa Sede, per prudenza, non dovrebbe ammettere la rinunzia dei Vescovi, se non quando tutto fosse in regola da parte del Governo»*; 2º que el representante pontificio se limite en estas Conferencias a recibir ad referendum las propuestas del Gobierno *“..procurando di migliorarle come meglio si può e di facilitare così le future discussioni”*; luego, un enviado distinto suscribiría con el Gobierno un arreglo definitivo. D. 1768-468, Gasparri-Rampolla, Lima, 21.I.1901. ASV.ANE.

⁽⁴⁵⁾ D. 61234, Rampolla-Gasparri, Roma 21.I.1901. ASV.ANE.

xi, puesta a su disposición por el Gobierno, para trasladarlo a Santa Elena, a donde «... omettendo le sofferenze e peripezie del viaggio, giunsi il 28»⁽⁴⁶⁾. «Le informazioni prese relativamente alla situazione topografica di Sant'Elena mi indussero in errore. Io scrissi all'Eminenza Vostra che Sant'Elena era una isola di fronte a Guayaquil; nè è isola nè sta di fronte a Guayaquil. E un villaggio, composto di povere capanne, a 24 ore di navigazione rapida da Guayaquil, a mezz'ora di caballo dal mare, sprovvisto di tutto e senz'altre comunicazioni giornaliere o settimanali col resto del mondo, fuori del telegrafo...»⁽⁴⁷⁾.

Gasparri hubiera deseado no tener nada que deber al Gobierno ecuatoriano, pero al llegar se dio cuenta de que era imposible encontrar ningún lugar adecuado para vivir, por lo que tuvo que admitir no sólo el alojamiento dispuesto por el Gobierno, sino incluso la ropa blanca, que junto con las camas y los víveres había hecho llevar desde Guayaquil:

«... Se io fossi stato meglio informato, avrei preferito che la intervista avesse luogo in Guayaquil non ostante il pericolo per la salute, piuttostoché ocasionare al Governo Equatoriano una spesa non piccola ed essere in qualche modo suo ospite, benché in casa completamente distinta (...) Eccomi adunque solo in questo rincón del mondo, con una enorme responsabilità sulle spalle, con poca sperienza pratica in queste cose, senza potermi consultare con nessuno, fuori del R.P. Soto che se ne intende meno di me, e con pochi libri. Veramente la mia

⁽⁴⁶⁾ Trabajamos sobre el Informe, que al final de las Conferencias, redactó Gasparri para la Secretaría de Estado. Lo hemos tomado de la Ponencia impresa, que se preparó para conocimiento de los Cardenales de la S.C. de Asuntos Eclesiásticos Extraordinarios, reunida en julio de 1901. El texto está escrito íntegramente en italiano, con interpolaciones castellanas y latinas, cuando se trata de citar textos. Hemos hecho una traducción de todo el documento, que ocupa 28 páginas mecanografiadas a un espacio. El texto tiene títulos, señalados por números romanos, y apartados señalados por números latinos; suponemos que el original manuscrito los tendría, pues en ocasiones Gasparri se remite a números anteriores. En todo caso, conservamos la copia de la versión italiana impresa. En adelante lo citaremos con la abreviatura IG, seguida del número del apartado al que corresponda la cita.

⁽⁴⁷⁾ «Il sig. Peralta mi confessò che neppur egli prima di venire aveva saputo esattamente ciò che era Sant'Elena...» IG. 2.

situazione non è invidiabile ed ho bisogno di una assistenza particolare della divina Provvidenza» (48).

En la primera reunión informal, mantenida por los dos Plenipotenciarios, el Dr. Peralta «... *in tono che rivelava sincerità*» explicó a Gasparri «... *che una nuova rivoluzione radicale rossa, capitanata da Franco, minacciava l'Equatore; che il Governo era sicuro di dominarla, ma se Franco riuscisse nel suo intento, sarebbe il finis Ecclesiae nell'Equatore; che il partito radicale ultra aveva preso pretesto dalle nostre conferenze per attaccare violentamente il Governo, come traditore, etc.; che il Governo era deciso a sopprimere la questione religiosa, mediante una riconciliazione franca e sincera colla Santa Sede; che è necessario che il general Alfaro faccia questo gran passo, per toglierne la responsabilità dal General Plaza agli occhi dei radicali; che infine egli era disposto a fare tutte le concessioni che la situazione permetteva...*» (49).

Teniendo en cuenta lo que el Ministro Peralta escribe en sus Memorias, respecto a los propósitos que lo llevaban a Santa Elena, no podemos menos que preguntarnos: ¿mintió en las Memorias?...¿le mintió al Delegado, pretendiendo atemorizarlo con la amenaza de una nueva revolución, provocando al mismo tiempo una atmósfera de confianza, para inducirlo a caer en su lazo y conseguir así cuantas ventajas pudiera? ¿Pretendía en verdad el Gobierno de Alfaro allanarle el camino a Plaza, cargando con la responsabilidad de haber concedido la paz religiosa, a costa de los principios liberales?

Iniciadas formalmente las Conferencias, se convino, a propuesta del Delegado Pontificio, dividir las en dos partes: una en la que se tratarían algunos puntos, que no podían figurar en un convenio general; y la segunda, relativa al Concordato.

Se tomó este acuerdo, teniendo presente Gasparri, las instrucciones recibidas de la Secretaría de Estado, que como hemos visto tenía por imposible en las actuales circunstancias, un arreglo global. Gasparri, no había sido reconocido en su carácter de representante de la Santa Sede, razón por la cual era más urgente aún, cualquier acuerdo, que permitiera al Delegado Apostólico asumir en plenitud

(48) Ibidem.

(49) IG. 4.

su función de interlocutor válido y obligado, del Gobierno ecuatoriano, para los asuntos eclesiásticos.

Las materias escogidas, como tema de esas convenciones o protocolos especiales, fueron: la relativa a los cementerios, la de la ley de matrimonio de los no católicos, y la cuestión de la renta eclesiástica: adicionalmente, y una vez que los acuerdos estuvieran suscritos, se trataría del nombramiento de Obispos.

La negociación de los protocolos no estuvo, ni mucho menos exenta de dificultades, especialmente el relativo al matrimonio de los disidentes, habida cuenta de lo delicado de la materia: se trataba en primer lugar de mantener el principio de la competencia exclusiva de la Iglesia respecto a los matrimonios entre bautizados y de los llamados *matrimonios mixtos*, así como la establecer la competencia de la ley civil respecto de los llamados *efectos civiles de los matrimonios*, al tiempo en que se reconocía la posibilidad de que los *no católicos* pudieran contraer matrimonio válido al margen de la forma canónica, y previendo una posible distorsión doctrinal procuró Gasparri, desde el comienzo mismo de las negociaciones, alejar del texto del Convenio toda referencia al matrimonio civil⁽⁵⁰⁾.

«Non potendosi, date le circostanze, — dice Gasparri en su informe — evitare una legge di matrimonio civile, a me è sembrato prudente evitare che si desse una legge pessima, obbligando il Governo a rispettare alcuni limiti, mediante alcune concessioni senza importanza; (...) Presentai adunque e firmai el protocollo sobre matrimonios, senza parlare di matrimonio civile...»⁽⁵¹⁾.

El asunto de los matrimonios, reviste por su propia naturaleza una dificultad especial, teniendo en cuenta que por voluntad de Jesucristo, el matrimonio entre bautizados es siempre sacramento, razón por la cual la Iglesia ha reclamado sobre él una competencia ab-

⁽⁵⁰⁾ La fórmula empleada por Gasparri en este protocolo constituye un valioso precedente jurídico-canónico, que deberá tenerse en cuenta al estudiar la codificación del derecho de la Iglesia, promulgada en 1917, y que fue obra del propio Gasparri. De hecho, consultada la Santa Sede sobre la fórmula adoptada en el Protocolo, esta la rechazó, por considerarla inconveniente, llegando incluso a optar por la no ratificación del Protocolo, si el Gobierno del Ecuador no consentía en cambiarla. Vid. nota 53.

⁽⁵¹⁾ Procedió así, pensando en el caso peruano, donde «... si ha una legge cattiva appunto perché i cattolici vollero opporsi a tutto...». I.G., 8.

solta, tratándose de cosa sagrada, dejando al poder civil solo aquellas materias que constituyen los efectos civiles del matrimonio, es decir las normas que regulan el régimen de sociedad conyugal, los asuntos sucesorios, etc.

Por lo que respecta al Ecuador, el Concordato preveía que toda cuestión relacionada con el matrimonio era de competencia exclusiva de la Iglesia, por eso, no obstante estar de hecho derogado unilateralmente el Concordato, quizá como una muestra de buena voluntad, no quiso el Gobierno legislar por su cuenta. Teniendo a la vista lo que sucedió después, sospecho que más que un gesto de buena voluntad, se trató de una estrategia dirigida a producir una sensación de confianza en el Representante Pontificio.

El asunto se presentaba de la siguiente manera: mediante nota diplomática, los gobiernos de Inglaterra, Alemania y Estados Unidos, habían pedido al Gobierno del Ecuador, como antes lo habían hecho con el Perú, que arbitre las medidas legales conducentes a establecer una forma de matrimonio para sus súbditos no católicos⁽⁵²⁾. No se trataba por tanto de establecer en el Ecuador indiscriminadamente el matrimonio civil obligatorio para todos los ciudadanos, sino de resolver la situación de unos cuantos inmigrantes no católicos.

En primer lugar, y para evitar posteriores equívocos, definió en las Actas lo que debía entenderse por las expresiones *católicos* y *no católicos*⁽⁵³⁾. El detalle tiene suma importancia, desde que los bautizados, con bautismo reconocido como tal por la Iglesia católica, estarían en principio obligados a observar en la celebración de sus matrimonios, la llamada *forma canónica*, es decir las formalidades exigidas por el derecho de la Iglesia para la validez de los matrimonios.

Sentados estos principios, se procede a la redacción final del Convenio, que en su parte principal dice:

«El Gobierno del Ecuador deseando mantener la buena armonía con la Iglesia en una materia tan importante, como la del matrimonio, se compromete a dejar sujetos a las leyes canónicas los matrimonios entre dos personas católicas, así como los matrimonios entre una persona católica y una persona

(52) Cfr. D. 284-58 y 358-73 s/d, Gasparri-Rampolla. AAEES.E.

(53) Por católico debía entenderse una persona bautizada en la religión católica o convertida a ella; y por no católico, se entendería siempre una persona no bautizada, o bautizada en otra religión diversa de la católica y no convertida a ella.

no católica. Por su parte la Iglesia reconoce al Estado el derecho de legislar sobre los efectos civiles de dichos matrimonios; y admite que los matrimonios entre dos personas no católicas pueden ser válidos sin la forma establecida por el Concilio de Trento».

La frase del Protocolo que merece atención, es ese y *admite*: respecto a los no bautizados, no tiene importancia alguna, pero supone una derogación tácita de la ley que obliga a la forma canónica, a los bautizados no católicos. Luego de tratar inútilmente de evitar la frase, y tras meditarlo maduramente, se resolvió a aceptarla para evitar un mal mayor, y en vista de que la Santa Sede la había concedido otras veces: «*Piaccia al Cielo che questo Protocolo non sia disapprovato dalla Santa Sede*»⁽⁵⁴⁾.

El Protocolo relativo a la renta eclesiástica, por su parte, convenía en la sustitución del diezmo, por un impuesto adicional del 10% sobre los derechos de importación, que el Gobierno de Alfaro había puesto unilateralmente en vigencia en Octubre de 1899. En realidad ni Gasparri, ni la casi totalidad de los Prelados estaban de acuerdo con este sistema, que en definitiva encarecía los productos de importación y gravaba a los consumidores indiscriminadamente. Se aceptó como un mal menor, toda vez que el Gobierno se mostró irreductible en relación con cualquier otro sistema de contribución eclesiástica⁽⁵⁵⁾.

(54) De hecho la fórmula propuesta por Gasparri fue rechazada por los Cardenales miembros de la S. Congregación de Negocios Eclesiásticos Extraordinarios, que prefirieron la fórmula adoptada en el caso de España. Vid. Verbal de las Sesiones 915 y 928 de 13.VII y 2.X. de 1901. La fórmula en todo caso no fue inventada por Gasparri en Santa Elena «... mi sono deciso (...) perché è stata fatta altre volte dalla Santa Sede»; se refiere al decreto de la S.C. de Negocios Eclesiásticos Extraordinarios de 13.I.1890, relativo a la isla de Malta. El criterio seguido por Gasparri, fue adoptado más adelante, cuando por encargo de S. Pío X, codificó las leyes de la Iglesia; en efecto, el canon 1099, par. 2, establece: «*Quedando firme lo que se prescribe en el par. 1, n. 1, los acatólicos, tanto los bautizados como los no bautizados, si contraen entre sí, en ninguna parte están obligados a observar la forma católica del matrimonio*». Codex Iuris Canonici, 1917.

(55) Independientemente de los inconvenientes que acaso pudiera haber presentado el diezmo, como contribución eclesiástica, de cuya sustitución se venía hablando desde la época misma del Concordato Garciano, nos parece interesante, una de las razones que daba Monseñor González Calisto, entonces Obispo de Ibarra, contrario a la creación de un impuesto civil tasado sobre el avalúo de los predios rústicos, durante el gobierno de D. Antonio Flores: «*4ª) La contribución del diezmo consulta la proporción justa. Si un fundo nada produce, nada satisface, y a medida que sus productos crecen, su*

Si bien es cierto que en el Protocolo se establecía mecanismos que aseguraran la renta a la Iglesia, no es menos cierto que nunca se pusieron en práctica — también porque los Protocolos no se ratificaron — y el impuesto siguió siendo cobrado por el Estado como contribución eclesiástica, aunque no lo entregaba a la Iglesia.

Otro punto tratado, y que no llegó a ser materia de un Protocolo especial, fue el relativo a la administración y enajenación de bienes eclesiásticos. Sobre este punto, que el gobierno veía como de capital importancia, Peralta presentó un proyecto, que a decir de Gasparri «... *poneva i beni della Chiesa in mano dello Stato*». Gasparri razonó que habiéndose tratado de la materia, en el Concordato desconocido por el Gobierno, era preferible dejar la cuestión para cuando se estipularan las bases de uno nuevo, en lugar de hacerlo materia de una convención especial. Mucho interés debía tener en Gobierno en resolver este asunto a su favor, toda vez que «... *La discussione in un momento si fece talmente viva, senza uscire dai limiti della cortesia, che il mio Secretario credette che era giunto il momento di ritornare a Lima*».

Respecto a los Vicariatos Apostólicos del Oriente, y que tan valiosos fueron en orden a la conservación de nuestros derechos territoriales, el gobierno liberal exigía su supresión pura y simple, aduciendo supuestos abusos cometidos por los misioneros, así como la condición de extranjeros de los Vicarios y de los misioneros, en una zona que en gran parte se encontraba en litigio con el Perú.

El Delegado Apostólico propuso la conservación pura y simple de los Vicariatos, haciendo notar que la prohibición relativa a los Prelados extranjeros no solo era injusta, sino que además, podía no existir en la práctica, si el Presidente de la República, acogiéndose a lo dispuesto por el antiguo Concordato, hubiera presentado a la Santa Sede sujetos nacionales idóneos para tales prelacías.

Consultado telegráficamente, Alfaro respondió «... *que estaba bien; pero que estando parte de los territorios de algunos Vicariatos (...) en litigio con el Perú, rogaba a la Santa Sede que al menos por al-*

contribución aumenta. La sustitución trae por consecuencia una desigualdad, haciendo que las propiedades medianas o malas paguen como las buenas y que contribuyan con su cuota produzcan o no...» Gonzalez Calisto-León XIII, Quito, 7.XI.1888. AAEES.E, F. 70, f. 40-43.

gún tiempo (...) los Vicarios Apostólicos sean ecuatorianos a elección de la Santa Sede» ⁽⁵⁶⁾.

«...finalmente — apunta Gasparri — il Sig. Peralta ammise con piacere la mia tesi e perciò ammise che i Vicari Apostolici potessero essere scelti liberamente dalla Santa Sede anche fra gli stranieri...» ⁽⁵⁷⁾.

Firmados los Protocolos y restablecidas así, aunque precariamente, las relaciones entre el Ecuador y la Santa Sede, entró de lleno Gasparri en lo que era la parte más importante de su Misión: conseguir un acuerdo sobre la provisión de las sedes episcopales vacantes. En efecto, una firme estructura jurisdiccional y jerárquica, más aún si se restablecía con el beneplácito del Gobierno, podía facilitar notablemente las negociaciones relativas a la reforma del Concordato, al tiempo — y era esto lo más importante — que se aseguraba la atención espiritual de los fieles y se lograba la pacificación de los ánimos.

Con esta idea, muchas de las cuestiones puramente concordatarias, planteadas por el plenipotenciario ecuatoriano, las dejó pasar sin mayor insistencia, toda vez que serían materia de una ulterior negociación.

Una cosa llama la atención en las Actas, y es que Peralta, desde el inicio de las Conferencias, asegurara al Delegado, que la resolución de este asunto la dejaba completamente en sus manos: teniendo en cuenta lo que aconteció después, da la impresión de que el gobierno buscaba a toda costa que el resultado de las conferencias fuera positivo: no deseaba crear desde el principio conflictos innecesarios.

En primer lugar pidió Gasparri que respecto a las diócesis, las cosas volvieran a su estado normal, es decir, que se permitiera el re-

⁽⁵⁶⁾ IG, 10.

⁽⁵⁷⁾ Consta de la relación de Gasparri, que al discutirse la injusticia de la disposición constitucional, Peralta reconoció que la Constitución tenía defectos que era necesario corregir, y que llegado el tiempo oportuno el Ejecutivo presentaría un proyecto de reformas que pusiera a la Constitución de acuerdo con el Concordato, añadiendo que por el momento ni el Ejecutivo ni el Legislativo podían modificar el texto constitucional. En esto, como en lo concerniente a la derogación de las leyes y decretos contrarios a la Iglesia, reconocía Gasparri *«... io ho ottenuto promesse e non altro»*.

greso de los Obispos que habían tenido que alejarse de sus diócesis, en especial del Obispo de Riobamba, Mons. Arsenio Andrade⁽⁵⁸⁾.

Convenido el regreso del Obispo de Riobamba, quedaban por proveer las Diócesis de Guayaquil, Loja, Cuenca y Portoviejo. De las Actas de las conferencias se desprende que la única dificultad existente ahora, es la de llegar a un acuerdo sobre las personas: de los candidatos sugeridos por el Arzobispo de Quito y el Obispo de Ibarra, fueron rechazados por el Gobierno D. José María de Santistevan, D. Ulpiano Pérez Quiñonez, así como el proyecto de trasladar a González Suárez a Guayaquil. Se acordó nombrar a D. Manuel María Pólit, para Guayaquil, D. Arsenio Suárez para Loja, el padre Roldán, mercedario para portoviejo y el Canónigo Landívar, para Cuenca.

Se acordó, a petición del Gobierno, que los designados fueran nombrados provisionalmente Administradores Apostólicos, a fin de que reunido el Congreso y cumplidas las formalidades legales, recibieran la consagración episcopal.

La propuesta del gobierno, así planteada, nos reconduce al principio patronal de nombramientos, ni siquiera ceñido a lo dispuesto en el Concordato: en definitiva se insistía en que no era posible nombrar Obispos en el Ecuador, sino mediante el trámite previsto en el Ley de Patronato, esto es previo nombramiento por el Congreso, con la salvedad en este caso, de que el Gobierno se comprometía — y habría que ver lo que valía ese compromiso — a lograr del Congreso que designara a las personas previamente convenidas.

Sagazmente Gasparri comprendió la inutilidad de oponerse: cedió a la petición de Peralta, con la idea de que los candidatos pudieran al menos ser nombrados Administradores Apostólicos, «... *Prescindendo dalle formalità civili, prescritte nella ley de patronato, che noi non conosciamo (...) la idea non è cattiva, essendo queste diocesi quasi abbandonate e quindi essendo urgente provvedere...* ». Lo que si se empeñó en dejar bien claro, fue que de ningún modo los así

(58) Gasparri sabía perfectamente que el regreso de Masiá, de Loja, y de Schumacher, de Portoviejo, era moralmente imposible, y por lo tanto no insistió en ello, antes bien sugirió que tal vez se les podría pedir la renuncia, que, por otra parte, ambos Prelados habían presentado ya a la Santa Sede. Andrade, por el contrario, había sido expulsado violentamente de su diócesis, acusado de no haber querido firmar una declaración en la que se comprometía a no volver a conspirar contra el Gobierno, lo que a todas luces hubiera equivalido a afirmar que alguna vez había conspirado.

nombrados podrían prestar el juramento de fidelidad prescrito por la ley de patronato: Peralta entonces dio seguridades de que el gobierno no lo exigiría, aunque pidió que tal particular no constara en actas, a fin de evitar conflictos con el Congreso⁽⁵⁹⁾.

Planteadas así las cosas, es fácil observar que las negociaciones de Santa Elena, se edificaban sobre una base extremadamente riesgosa: la simple afirmación del Gobierno, de negociar sin poner como condición la ley de patronato, no ofrecía seguridad alguna mientras la ley misma estuviera vigente, y esto lo comprendían perfectamente el Cardenal Secretario de Estado, Gasparri y Peralta. Una vez más la Santa Sede, fue a la mesa de negociaciones animada más por adelantar siquiera un paso para proteger la seguridad de la Iglesia y el bien espiritual de los fieles, que con el convencimiento de lograr un acuerdo verdaderamente justo y positivo.

Respecto a las cuestiones concordatarias, dejadas desde el inicio de las Conferencias, para ser tratadas en segundo lugar, Gasparri optó por contradecir lo menos posible al Gobierno y este por su parte se mostró en extremo condescendiente. Dentro de lo estrictamente posible, Gasparri se empeñó en poner de acuerdo los artículos del Concordato con la nueva Constitución ecuatoriana, sin sacrificar, claro está, cuestiones fundamentales de principio. Tanto el gobierno, como el Delegado Apostólico, sabían perfectamente que la negociación de un nuevo Concordato — en caso de producirse — sería larga y laboriosa, y que por lo tanto lo que ahora discutieran sobre eso poco o ningún valor tendría⁽⁶⁰⁾.

Con la suscripción de los Protocolos, se dio por terminado el conflicto entre la Iglesia y el Estado ecuatoriano: Gasparri parecía entusiasmado con los resultados obtenidos, aun cuando era cons-

(59) «*Io dissi al Sig. Peralta che gli eletti non presterebbero la promessa costituzionale, stabilita nella ley de patronato; convenne, ma aggiunse di non porre ciò negli atti per evitare un attacco nel Congresso; di fatto il Governo non esigerà da loro nessuna promessa. Gli domandai se potevo comunicar ciò alla santa Sede, e mi rispose che si*» IG. 13.

(60) Teniendo en cuenta que las cuestiones puramente concordatarias serían tratadas en profundidad en otra ocasión y por otras personas, no tuvo inconveniente Gasparri en atender los requerimientos del Plenipotenciario ecuatoriano. De hecho, se formuló un proyecto en el que constaban en columnas el texto original, y las propuestas y contrapropuestas, artículo por artículo que cada uno sugería. Este proyecto fue enviado a Roma y conocido por los Cardenales miembros de la S.C. de Negocios Eclesiásticos, en la sesión 915 de 13 de Julio de 1901, quienes dieron su parecer en vista de un futuro arreglo definitivo.

ciente de que la principal intención del gobierno al entenderse con la Iglesia, era puramente de circunstancias políticas:

«Las conferencias se han realizado — anunciaba el Delegado Pontificio a los Obispos ecuatorianos — en la mejor armonía y han alcanzado, me parece, un fin satisfactorio, y aunque nuestros acuerdos esperan, como es natural, la definitiva aceptación de la Santa Sede, puedo sin embargo anunciaros el restablecimiento oficial de las relaciones amistosas de la nación ecuatoriana con la Santa Sede»⁽⁶¹⁾.

La relativa tranquilidad en que se habían desarrollado las negociaciones y la exquisita cordialidad de su anfitrión, que en muchos puntos había cedido casi sin luchar, hicieron concebir en Gasparri, poco experto aun en las lides de la diplomacia la idea de que había alcanzado un triunfo incontestable. En la conclusión de su Informe apunta: «È incontestabile che il Governo dell'Equatore ha sincero desiderio di riavvicinarsi alla Chiesa e porre un termine alla guerra religiosa; Sant'Elena per il Sig. Peralta, autore di tutto il male, è stata un vero Canossa. La principale causa, come ho avuto l'onore di indicare varie volte all'Eminenza Vostra, è la ragione politica»⁽⁶²⁾.

Pronto vería el Delegado Apostólico frustrado su entusiasmo: tan pronto se hizo pública la noticia de la provisión de sedes, estalló en Guayaquil una sospechosa protesta precisamente en los periódicos del Gobierno contra las providencias tomadas, en especial contra el Canónigo Pólit Laso, propuesto para Administrador Apostólico de Guayaquil. Gasparri se alejó del Ecuador, y aún volvió a Europa como Secretario de la S. Congregación de Negocios Eclesiásticos Extraordinarios, donde defendió vivamente, aunque sin buen éxito, la fórmula adoptada en el Protocolo sobre matrimonios, confiando en que la tempestad sería pasajera, y que su sucesor, Mons. Alejandro Bavona, con prudencia y tino quizá lograría hacer respetar lo pactado⁽⁶³⁾.

⁽⁶¹⁾ Carta de Gasparri a los Ordinarios del Ecuador. Ponencia Julio 1901. p. 216-217.

⁽⁶²⁾ IG. 39 Antes de concluir las Conferencia, Gasparri quiso saber si podía considerarse oficialmente recibido en calidad de Delegado Apostólico y Enviado Extraordinario de la Santa Sede ante el Gobierno del Ecuador: «Mi ha risposto affermativamente».

⁽⁶³⁾ Años más tarde, cuando el Nuncio en el Perú le informaba de las visitas que le hacía el Dr. Peralta, Embajador a su vez del Ecuador en Lima, donde le sugería entrar

Pagina bianca

III. Altri studi.

Pagina bianca

JULIÁN HERRANZ

IL DIRITTO DELL'UOMO ALLA VITA (*)

I. Introduzione: Un capovolgimento giuridico particolarmente grave. — II. La grande tradizione culturale del Diritto alla vita. — III. L'attuale regresso di civiltà giuridica. La difesa del diritto alla vita. — IV. Il binomio Diritto-Morale. — V. Il binomio Diritto-Biologia. — VI. Riflessione conclusiva.

I. *Introduzione.*

Il diritto dell'uomo alla vita, dal momento della concezione alla sua fine naturale, è una questione giuridica fondamentale che ha richiamato sempre l'interesse comune dei civilisti e dei canonisti, pur nella diversità dei loro ambiti normativi e di ermeneutica scientifica.

Nella società civile gli uomini di diritto si trovano di fronte ai gravi problemi legislativi e giurisprudenziali riguardanti l'aborto, l'eutanasia, le varie forme di fecondazione artificiale, l'esperimentazione sugli embrioni umani, la cosiddetta «ingegneria genetica», ecc.: fatti tutti di grande trascendenza sociale e politica ma anche etica e filosofica. Dal canto loro i canonisti, nell'ambito della società ecclesiastica, si trovano a dover ponderare insieme ai moralisti le norme riguardanti i peccati e i delitti contro la vita umana, ma anche le norme — *de iure condito* oppure *de iure condendo* — che, in seguito alle varie pratiche di fecondazione omologa ed eterologa vanno messe in rapporto alla paternità ed alla legittimità dei figli, all'eventuale battesimo degli embrioni vivi ed il loro statuto giuridico, al contenuto essenziale e la tutela del «*bonum prolis*» e del «*bonum fidei*» nel matrimonio, ecc.

(*) Conferenza tenuta in occasione della festività di San Raimondo al Pontificio Ateneo della Santa Croce, 1 gennaio 1997.

Tutta questa vasta e complessa problematica ha fatto sentire agli uomini di Diritto — civilisti e canonisti — la necessità e l'urgenza di pervenire, anche con l'aiuto dell'antropologia e della biologia, ad una esatta ed oggettiva comprensione e delimitazione del diritto inalienabile dell'uomo alla vita. Un diritto, che essendo il primo dei diritti fondamentali della persona è perciò alla base dei concetti stessi di Diritto e di Civiltà del Diritto: pertanto — e so bene di non fare retorica — è anche alla base dello stesso concetto di Civiltà umana. Perché senza rispetto della persona non c'è diritto, e senza rispetto del Diritto non c'è Civiltà.

A questo impegno comune dei giuristi, in dialogo crescente con la Morale e la Bioetica, vorrei ricollegare le considerazioni di questa conferenza, in cui cercherò di fare tutti i necessari riferimenti all'Enciclica «*Evangelium vitae*». Comincerò per accennare brevemente al grave capovolgimento in atto della grande tradizione culturale del diritto alla vita, per analizzare le sue cause.

Nell'anno 1948, quando dalle rovine materiali e morali della 2^a Guerra mondiale emergeva il bisogno di riaffermare la dignità della persona umana e i suoi diritti inalienabili fu solennemente approvata? «ogni individuo ha diritto alla vita, alla libertà ed alla sicurezza». Alcuni anni dopo, nel 1959, la «Dichiarazione dei diritti del bambino», sempre delle Nazioni Unite, stabiliva nel suo preambolo che: «il bambino ha bisogno di una protezione speciale, e concretamente giuridica, sia dopo che prima della nascita». Dal canto suo l'Assemblea Medica Internazionale, del 1948, rielaborando il giuramento d'Ippocrate, faceva promettere a tutti i medici: «Io osserverò il rispetto assoluto della vita umana dal momento stesso della concezione».

Da queste ed altre solenni dichiarazioni ed accordi internazionali, nonché dall'esame dei diritti costituzionali e civili delle nazioni più progredite, è stato giustamente dedotto che fino alla metà del nostro secolo XX c'era nel mondo una rilevante omogeneità legislativa di fronte alla tutela della vita umana, **anche del concepito non ancora nato**: «*Jusqu'alors, aussi bien dans la sphère du droit romain — germanique que de la common law les législations européennes et américaines* ⁽¹⁾ *interdisaient l'avortement, sauf en cas de danger pour la mère, ainsi que l'euthanasie. La premier grande rupture avait été produite en*

(1) Ma anche altre, come il Codice di Diritto Civile del Giappone (cfr. art. 721).

1920 par l'URSS de Lénine, suivie de la parenthèse du régime nazi, avec ses lois eugéniques»⁽²⁾.

A questa prima grande negazione in Russia del carattere inalienabile del diritto alla vita seguirono, negli anni 50, le legislazioni abortiste delle altre nazioni dell'est europeo sottomesse al comunismo. Nel mondo occidentale invece, dove il materialismo non ha avuto l'impeto rivoluzionario del materialismo dialettico come dottrina filosofica dello Stato, la legislazione permissiva dell'aborto arrivò solo 47 anni dopo l'Unione Sovietica, con l'*Abortion act* inglese del 1967. Successivamente tale legislazione si è andata diffondendo a poco a poco in altre nazioni, non senza trovare forti opposizioni dottrinali e popolari: nel 1973 negli USA, Germania e Danimarca; nel 1974 in Svezia; nel 1975 in Francia; nel 1978 in Italia, Lussemburgo e Grecia; nel 1984 in Portogallo; nel 1985 in Spagna; nel 1990 in Belgio.

Vale a dire: in questa seconda metà del secolo XX si sta consumando il più grande capovolgimento giuridico immaginabile del diritto alla vita: la perdita — almeno nella prassi legislativa di molti Stati talvolta in sorprendente contrasto con le loro Costituzioni — del suo carattere di diritto inalienabile. Anzi, ha fatto notare Giovanni Paolo II nell'Enciclica «*Evangelium vitae*» che gli attentati contro la vita nascente e terminale «presentano caratteri nuovi rispetto al passato e sollevano problemi di singolare gravità per il fatto che tendono a perdere, nella coscienza collettiva, il carattere di «delitto» e ad assumere paradossalmente quello del «diritto», al punto che se ne pretende un vero e proprio riconoscimento legale da parte dello Stato»⁽³⁾. Di fronte a questa realtà, e rimanendo nei limiti ermeneutici della scienza giuridica, a me sembra che sia innanzitutto doveroso porsi tre domande o questioni principali, intorno alle quali vorrei articolare sinteticamente questa mia relazione. Tali questioni sono:

1^a) Su quali basi poggiava, e certamente poggia ancora, il postulato giuridico ed anche morale del carattere *inalienabile* del diritto

(2) R. MINNERATH, *Prospettiva delle tradizioni giuridiche circa il diritto alla Vita nei dibattiti internazionali*, intervento al Simposio Internazionale EVANGELIUM VITAE E DIRITTO, Vaticano 23-25 maggio 1996, negli «Atti» dello stesso Simposio, Libreria Editrice Vaticana, in stampa.

(3) Enciclica *Evangelium vitae*, del 25 marzo 1995, n. 11.

alla vita dell'uomo innocente e, più concretamente, del concepito non ancora nato.

2^a) Quali sono state la causa o le cause di questo capovolgimento giuridico — vero regresso di civiltà — che ha aperto la strada, non soltanto alla legislazione permissiva dell'aborto, ma anche a quelle altre che cominciano a legalizzare l'eutanasia, le manipolazioni degli embrioni ed altri attentati contro la vita umana.

3^a) Di fronte a questa realtà, quali sembrano essere le due questioni connesse di carattere filosofico e biologico, la cui presa di coscienza appare più necessaria per la difesa dell'inalienabile diritto alla vita.

II. *La grande tradizione del diritto alla vita.*

L'essenzialità dei diritti *inalienabili* dell'uomo, e tra questi il diritto primario alla vita, consiste nel fatto che essi non possono essere né concessi né derogati da alcun'altro uomo e da alcuna umana autorità, perché questi diritti hanno il loro fondamento inviolabile non in un atto di umana volontà ma nella stessa natura e dignità dell'essere umano. È stato un grande motivo di soddisfazione per molti intellettuali — anche non cristiani — vedere che i 400 professori e cultori di filosofia del diritto, di biologia e di bioetica, che rappresentando oltre 150 Università di tutto il mondo sono convenuti l'anno scorso a Roma per il Simposio Internazionale sul tema «*Evangelium vitae* e Diritto», hanno approvato unanimemente, tra le altre, la seguente conclusione:

«*Il diritto alla vita è alla base di tutti quei valori umani e morali essenziali e nativi che scaturiscono dalla verità stessa dell'essere umano ed esprimono e tutelano la dignità della persona. Sono valori che "nessun individuo, nessuna maggioranza e nessuno Stato potranno mai creare, modificare o distruggere, ma dovranno solo riconoscere, rispettare e promuovere" (Evangelium vitae, n. 71). I partecipanti al Simposio ricordano che già nella Tradizione giuridica classica i nascituri erano equiparati ai nati per ciò che concerne ai loro interessi*»⁽⁴⁾.

(4) *Conclusioni*, n. 3. Le conclusioni di questo Simposio, organizzato dal Pontificio Consiglio per l'interpretazione dei Testi Legislativi, dal Pontificio Consiglio per la Famiglia nonché dalla Pontificia Accademia per la Vita sono state pubblicate su *L'Osservatore Romano* del 29 maggio 1996 e *Communicationes* 28 (1996) 28.

Da notare che, già prima della grande tradizione dottrinale e giurisprudenziale romana sul diritto naturale, l'esistenza di una legge non scritta, fondamento dei diritti naturali dell'uomo, tra cui il diritto alla vita, compare nel pensiero di molti filosofi e scrittori della cultura greca, come Eraclito, il quale parla di una legge universale fondata sul *logos* divino, o come Sofocle, per il quale gli *agrapta nomina*, cioè le leggi non scritte ma presenti nello spirito umano per opera degli Dei, sono l'ultimo baluardo contro la tirannide (*Antigone*, vv. 454-460); o come Epiteto, che parla (cfr. *Diatribai* I, 3, 1) della comune e alta dignità morale e giuridica dell'uomo in quanto creatura di Dio⁽⁵⁾.

Anzi il problema attuale, ma in realtà antichissimo, sulla differenza fra un ordinamento statale *legittimo* ed uno *snaturato* fu trattato da Polibio nella sua Storia di Roma seguendo i risultati a cui erano pervenuti prima Platone ed Aristotele. Nella sua descrizione del cerchio delle costituzioni statali il grande storico pone accanto alle tre forme *legittime* di stato — la *basileia* (il regno), la aristocrazia e la democrazia — le corrispondenti tre forme snaturate: la monarchia intesa nel senso di tirannide, l'oligarchia e l'oclocrazia. Quanto alla democrazia, Polibio afferma anzitutto che non può chiamarsi democratico uno stato in cui una qualsiasi massa di cittadini — anche maggioritaria — è padrona di fare ciò che le piace (cfr. Pol. 6, 4, 4-5).

Fin dai tempi dell'antichità precristiana era chiaro, perciò, che la democrazia può esistere come tale soltanto se la maggioranza rispetta certe *premesse basilari dell'ordinamento sociale*, tra cui la concezione del diritto naturale sviluppata dai filosofi greci e i diritti umani inviolabili che in esso hanno il loro fondamento⁽⁶⁾.

Quanto al diritto alla vita, concretamente, è anche da considerarsi una pietra angolare nella civiltà giuridica il fatto che il diritto romano considerava come un'essere o individuo umano il concepito ancora non nato (il *nasciturus*) e, come tale, era soggetto di diritti, potendo perfino essere destinatario di beni testamentari. Così nei *Di-*

⁽⁵⁾ Cfr. A. BAUSOLA, *Il fondamento del diritto alla vita*, in AA.VV., *Per una Dichiarazione dei diritti del nascituro*, Milano 1996, pp. 113-114.

⁽⁶⁾ Cfr. W. WALDSTEIN, *Diritto naturale, Diritti umani e Democrazia*, comunicazione presentata al XI Colloquio Internazionale Romanistico Canonistico, Roma, 22-25 maggio 1996, promosso dalla Pontificia Università Lateranense.

gesta di Giustiniano viene riconosciuta al nascituro la condizione giuridica di essere umano («*Qui in utero sunt ... intelliguntur in rerum natura esse*»: D.1.5.26); e, perciò, esso è da considerarsi titolare di diritti, come se fosse nato («*Nasciturus pro iam nato habetur*» D.1.5.7), quando si tratti del suo vantaggio («*commodum*»). «Questo principio — che la giurisprudenza romana creativa del tempo augusteo introdusse solo nel sistema dello *ius civile*, operando un mutamento qualitativo nelle strutture del pensiero sociale e giuridico non romano, ma altresì dell'intera civiltà umana — diviene, col Cristianesimo una delle basi universali costitutive dell'edificio dei diritti inviolabili dell'uomo, il diritto alla vita» (7).

Infatti, questo principio di considerare giuridicamente essere umano o persona il concepito non nato è stato raccolto lungo i secoli posteriori in molti codici costituzionali e civili, anche di aree geografiche e culturali assai lontane: non soltanto del mondo latino, romano e iberico (Italia, Spagna, Argentina, Brasile, Uruguay, Peru, Cile, ecc.), ma anche nel diritto germanico (cfr. per esempio la sentenza della Corte Costituzionale della Repubblica Federale Tedesca, del 28 maggio 1993, che richiama il Codice di Prussia, del 1794 quanto ai diritti dei «bambini non ancora nati»), e perfino nel diritto civile del Giappone (cfr. art. 721). Anzi, quando il «Patto internazionale circa i diritti civili e politici» del 1996 ammette la liceità della pena di morte se applicata legittimamente, eccettua questa possibilità nel caso della donna incinta (cfr. art. 6, 5). Di più, in nessun trattato o dichiarazione internazionale, neppure nei documenti contro la discriminazione politica contro la donna («Dichiarazione» del 1967 e «Convenzione» del 1979) si fa alcuna menzione di un «diritto» della donna di disporre liberamente della vita del figlio che porta in seno. La tanto abusata espressione «*free choice*», che si trova all'art. 11, 1c di detta «Convenzione», si riferisce unicamente alla libera scelta della professione (8).

(7) G. LA PIRA, articolo pubblicato su *L'Osservatore Romano* del 19 marzo 1975. Quanto alla giurisprudenza romana, basta considerare che essa cercò sempre di proteggere con ogni mezzo il nascituro. Per esempio: l'esecuzione della pena capitale contro una donna incinta va differita a dopo il parto; una donna incinta non può essere sottoposta a interrogatorio con tortura (Ulpiano D.1.5.18; 48.19.3; Paul. Sent. 1.12.4) ecc. Cfr. P. CATALANO, *Vigenza dei principi del Diritto Romano riguardo ai «Diritti del nascituro»*, in *Per una dichiarazione dei diritti del nascituro*, cit., 134-135.

(8) Cfr. R. MINNERATH, cit., p. 2.

Tutta questa grande tradizione giuridica è stata possibile per quasi trenta secoli, dagli inizi cioè della civiltà del diritto, perché il rispetto di ogni vita umana innocente, in ogni momento del suo sviluppo, si è andato solidamente formando sulla base della *ontologia dell'essere umano*, della persona — della sua singolare dignità e superiorità nei confronti degli altri esseri o creature —, e non delle semplici considerazioni accidentali di ordine politico, pragmatico o psicologico. L'avvento poi del Cristianesimo e la sua diffusione nel mondo non soltanto ha rispettato tutte queste acquisizioni della «*recta ratio*» nella filosofia e nella scienza giuridica della grande cultura greco-romana, ma le ha confermate ed arricchite ulteriormente: «In Cristo, infatti, è annunciato definitivamente ed è pienamente donato quel *Vangelo della vita* che, offerto già nella Rivelazione dell'Antico Testamento, ed anzi scritto in qualche modo nel cuore stesso di ogni uomo e donna, risuona in ogni coscienza "dal principio", ossia dalla creazione stessa»⁽⁹⁾.

La Rivelazione ha perfezionato la comprensione della legge morale naturale e, concretamente, ha sancito chiaramente, sin dal libro della Genesi, il diritto alla vita ed il carattere inalienabile ed inviolabile — perché sacro — di questo primario diritto della creatura umana: «La vita umana è sacra perché, fin dal suo inizio, comporta l'azione creatrice di Dio e rimane per sempre in una relazione speciale con il Creatore, suo unico fine. Solo Dio è il Signore della vita dal suo inizio alla sua fine: nessuno, in nessuna circostanza, può rivendicare a sé il diritto di distruggere direttamente un essere umano innocente»⁽¹⁰⁾. La proibizione del «quinto comandamento» «Non uccidere» (Es. 20, 13) è ulteriormente precisata nella Sacra Scrittura: «Non far morire l'innocente e il giusto» (Es. 23, 7), e tra questi esseri umani innocenti si trovano i concepiti non ancora nati: «La vita umana deve essere rispettata e protetta in modo assoluto fin dal momento del concepimento. Dal primo istante della sua esistenza, l'essere umano deve vedersi riconosciuti i diritti della persona, tra i quali il diritto inviolabile di ogni essere innocente alla vita»⁽¹¹⁾.

⁽⁹⁾ GIOVANNI PAOLO II, *Evangelium vitae*, cit., n. 29.

⁽¹⁰⁾ CONGREGAZIONE PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, Istruzione *Donum vitae*, del 22 febbraio 1987, Introduzione 5.

⁽¹¹⁾ *Catechismo della Chiesa Cattolica*, n. 2270.

Nei suoi venti secoli d'esistenza la Chiesa ha dichiarato costantemente la malizia morale e l'illegittimità non soltanto dell'omicidio (inclusa la forma relativamente moderna dell'eutanasia), ma anche dell'aborto procurato. Già nel primo secolo si legge nella *Didaché*: «Non uccidere il bimbo con l'aborto, e non sopprimerlo dopo la nascita» (2, 2) e lo stesso insegnamento si trova nella *Lettera di Barnaba* (cfr. 19, 5) e nella *Lettera a Diogneto* (5, 5). Nel secondo secolo *Ate-nagora* riferisce che i cristiani consideravano omicide le donne che usavano sostanze abortive (cfr. *Supplica per i cristiani*, XXXV, b) e *Tertuliano* proclamava così la dignità umana del nascituro: «è un omicidio anticipato impedire di nascere» poiché «è già un uomo colui che lo sarà» (*Apologeticus*, 9). Questo è stato poi l'uniforme insegnamento del Magistero ecclesiastico, dei Concili, dei Papi e dell'intero Episcopato⁽¹²⁾. Da notare che, attesa la gravità del delitto di aborto, la sanzione ecclesiastica imposta fin dai primi tempi del Cristianesimo, è stata la pena massima della *scomunica automatica* (*latae sententiae*), ribadita nel *Codice di Diritto Canonico* del 1917 (cfr. can. 2350, § 1) e nuovamente nel *Codice di Diritto Canonico* del 1983 (cfr. can. 1398) e nel *Codice dei Canoni delle Chiese Orientali* del 1990 (cfr. can. 1450, § 2). Anzi una *Interpretazione autentica* del can. 1398 CIC 83 ha precisato, riguardo al concetto di *aborto procurato*, che tale delitto consiste nella soppressione volontaria della vita umana nel seno materno «sin dal momento stesso della concezione, qualunque sia il mezzo (fisico, chimico, ecc.) che venga utilizzato»⁽¹³⁾.

«Tutto ciò — ha proclamato al mondo il Concilio Vaticano II — che è contro la vita stessa, come ogni specie di omicidio, il genocidio, l'aborto, l'eutanasia e lo stesso suicidio volontario, tutto ciò viola l'integrità della persona umana, come le mutilazioni, le torture inflitte al corpo e alla mente, gli sforzi per violentare l'intimo dello spirito (...), tutte queste cose, e altri simili, sono certamente vergognose e mentre guastano la civiltà umana, ancor più inquinano colo-

(12) Per una sintesi delle abbondanti disposizioni dottrinali e disciplinari in materia, cfr. «*Codicis Iuris Canonici (1917) Fontes*», P. GASPARRI: fonti del can. 2350, § 1; «*Codex Iuris Canonici, fontium annotatione auctus*», fonti dei can. 1398; «*Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium, fontium annotatione auctus*», fonti dei cann. 728, § 2 e 1450, § 2.

(13) «*fetus occisione quocumque modo et quocumque tempore a momento conceptionis*»: cfr. AAS 80 (1988) 1818; *Communicationes* 20 (1988) 77.

ro che così si comportano, che quelli che le subiscono; e ledono grandemente l'onore del Creatore»⁽¹⁴⁾.

Ci preme di aggiungere finalmente, per evitare equivoci, che in questa posizione di difesa del diritto inalienabile alla vita dell'essere umano innocente la grande tradizione giuridica classica e il Magistero della Chiesa Cattolica non si trovano soli, ma sono accompagnati dalle disposizioni disciplinari delle altre due religioni monoteiste. Oltre alla cultura ebraica, fedele all'Antico Testamento, anche l'Islam si trova in parte sulle stesse posizioni dottrinali in materia, come lo ha nuovamente dimostrato la recente «Dichiarazione dei diritti dell'uomo nell'Islam», approvata al Cairo, nel 1990, dai 52 Stati membri della «Conferenza Islamica». In essa si afferma che la vita è un dono di Dio e che deve essere protetta anche dagli Stati (cfr. art. 2, a). Quanto alla *Sharia*, essa prescrive la preservazione della vita durante tutto il tempo che il Signore le ha assegnato (cfr. art. 2, c). E benché all'art. 7 si dica che il bambino è soggetto di diritti dopo la nascita, si afferma anche che già nel seno materno il bambino deve essere protetto⁽¹⁵⁾.

III. *Un regresso di Civiltà giuridica.*

Siamo così arrivati alla seconda impegnativa domanda che ci siamo posti all'inizio di questa conferenza, e cioè: Quali sono state le cause del completo capovolgimento o rivoluzione giuridica che, negando il principio etico-giuridico sul carattere *inalienabile* del diritto umano alla vita, sta portando ora le legislazioni di molti Stati alla legalizzazione dell'aborto e, successivamente, anche dell'eutanasia e di altri attentati contro la dignità dell'essere umano e della vita umana?

Si sa che la legalizzazione dell'aborto in Russia, nel 1920, ubbidì ad una ragione totalitaria di natura socio-politica: facilitare l'inserimento della donna nel lavoro extra-domestico, a beneficio dell'economia socialista. La sentenza della Corte Suprema degli USA («*Roe v. Wade*») che nel 1973 aprì le porte in quella Nazione all'aborto legale lo fece, invece, sotto una apparente ragione democratica

⁽¹⁴⁾ Cost. post. *Gaudium et spes*, n. 27.

⁽¹⁵⁾ Cfr., oltre allo studio citato alla nota 2, M. EL-HACHEM, *L'expérience juridique islamique et le droit à la vie*, intervento al Simposio Internazionale EVANGELIUM VITAE E DIRITTO, cit.

di difesa della libertà personale della donna: la Corte — si legge nell'opinione maggioritaria dei giudici — «*need no resolve the difficult question of when life begins*» e, pertanto, fu permesso alla donna di abortire e negato conseguentemente all'embrione e al feto il relativo diritto alla vita. La ragione data in Russia — in uno stato comunista — e la ragione data negli USA — in uno stato democratico — furono motivazioni apparentemente diverse, ma in realtà ubbidiscono ambedue alla medesima concezione agnostica del diritto, quella cioè dello *stretto positivismo giuridico*, basato sulla negazione della legge naturale e sul conseguente divorzio morale tra *libertà* e *verità*. Non a caso è stato detto: «Totalitarismi di opposto segno e democrazie malate hanno sconvolto la storia del nostro secolo»⁽¹⁶⁾.

Infatti, per i difensori di questa concezione agnostica e radicalmente positivista del diritto, quello che importa non è la *verità oggettiva*, che assicura la razionalità della norma e la sua congruenza con la legge naturale, ma la *verità convenzionale, sociologica o statistica*, frutto dell'assoluta autonomia dell'uomo, che dimentico della sua condizione di creatura «pensa di essere criterio e norma a se stesso»⁽¹⁷⁾. Nel discorso ai partecipanti al Simposio Internazionale su «*Evangelium vitae* e Diritto», a cui mi sono riferito prima, ha detto Giovanni Paolo II: «Riconoscere il valore della vita dell'uomo, dal concepimento alla sua fine naturale, è una conquista della civiltà del diritto che deve essere tutelata come un bene primario della persona e della società. Oggi, tuttavia, in non poche società non è raro assistere ad una sorta di *regresso di civiltà*, frutto di una incompleta e a volte distorta concezione della libertà umana, che spesso trova pubblica legittimazione nell'ordinamento giuridico statale. Avviene cioè che al rispetto dovuto all'inalienabile diritto alla vita di ogni essere umano si contrappone una *concezione soggettivista della libertà*, svincolata dalla legge morale»⁽¹⁸⁾. Ma bisogna dire chiaramente e con forza — per difendere il diritto inalienabile alla vita, ma anche per prevenire le intelligenze oneste contro i sofismi dei falsi democratici — che questa riduzione meramente *soggettivista* e *agnostica*

⁽¹⁶⁾ GIOVANNI PAOLO II, *Discorso all'Università di Vilnius*, 5 settembre 1993; *L'Osservatore Romano*, 5 settembre 1993, p. 1.

⁽¹⁷⁾ GIOVANNI PAOLO II, *Evangelium vitae*, cit., n. 64.

⁽¹⁸⁾ *Communicationes* 28 (1996) 14; *L'Osservatore Romano*, 24 maggio 1996, p. 9.

della libertà e del diritto è contraria non soltanto alla dottrina sociale cristiana ma anche al concetto tradizionale e sano di democrazia. Vi ho accennato prima, a proposito della civiltà classica greco-romana, ma vorrei ancora insistere perché so di trovarmi davanti ad un auditorio che ha una spiccata sensibilità in materia.

È stato, infatti, rilevato da filosofi come Maritain, Del Noce o Possenti e da giuristi come Cotta o Hervada, ma l'elenco si potrebbe allungare, che i classici anteriori al dilagare dogmatico dell'ideologia liberal-agnostica interpretarono sempre la democrazia come un ordinamento sociale di libertà avente margini naturali⁽¹⁹⁾. Non con dei *limiti esteriori*, imposti autoritariamente dal di fuori (tendenza totalitaria) oppure imposti tramite un semplice e onnicomprensivo accordo pattizio (tendenza liberal-radical), ma con dei *margini* aventi un *fondamento intrinseco*: la legge naturale, il diritto naturale o *ius gentium*.

Purtroppo, l'ideologia liberal-radical, fondata sull'agnosticismo religioso e il relativismo morale, nel togliere alla democrazia il suo fondamento di principi e di valori oggettivi, ha sfumato pericolosamente i limiti della razionalità e della legittimità della norma. Ciò ha indebolito profondamente l'ordinamento giuridico democratico di fronte alla tentazione di una libertà denaturalizzata: di una libertà, cioè, senza i limiti veramente liberatori della verità oggettiva sulla dignità dell'uomo e su alcuni inalienabili diritti della persona umana (diritti, cioè, *veri*: non staccabili dalla natura *normale* dell'uomo).

Di fronte all'evidenza sociale di questa crisi del diritto e della legalità, i dogmatici del positivismo giuridico e della cosiddetta *etica laica* cercano affannosamente criteri validi per uscire dalla crisi, criteri che possano fornire fondamenti solidi alle decisioni giuridiche, ai programmi politici, ai loro progetti sociali. Ma tali criteri non arrivano oltre quelli che sono capaci di offrire concetti come *l'opinione maggioritaria*, *l'ordine di valori democraticamente riconosciuto*, oppu-

(19) Da diverse prospettive e con varie sfumature coincidono in questa idea di fondo, tra gli altri: J. MARITAIN, *L'homme et l'Etat*, Paris 1953, pp. 69 ss.; A. DEL NOCE, *I caratteri generali del pensiero politico contemporaneo*, Milano 1972; V. POSSENTI, *Le società liberali al bivio. Lineamenti di filosofia della società*, Genova 1991, pp. 281-314; J. HERVADA, *Derecho natural, democracia y cultura*, in *Persona y Derecho*, 6 (1979), pp. 200 ss.; S. COTTA, *Diritto naturale: ideale o vigente?*, in *Iustitia*, 1982 (2), pp. 119 ss.; J. FERNÁNDEZ, *Pluralismo y fundamentación ontológica del derecho*, in *Persona y Derecho*, 9 (1982), pp. 109 ss.

re quella che abbiamo già chiamato *la verità convenzionale*. La ragione è ovvia: la filosofia radical-liberale a cui esse si ispirano rende impossibile l'affermazione di una *verità oggettiva* sull'uomo e sulla vita umana, di una verità cioè *incondizionale*: che sia indipendente dal numero, che consista più che nelle *convenzioni* nelle *convinzioni*, che non si lasci ridurre alle sole opinioni personali e al mero ordine di «valori» imposti dai «*mass-media*», che sia in una parola una *verità naturale* non artificiale, oggettiva non soggettiva, che — come dimostra la storia stessa della cultura — si presenta alla ragione prima ancora che essa sia illuminata dalla Rivelazione. Di una verità insomma che precede e che va oltre il concetto stesso di *democrazia* e che da questa non può essere negata.

La dottrina sociale della Chiesa — lodata e seguita anche da molti intellettuali non cattolici — insegna che «una autentica democrazia è possibile solo in uno Stato di diritto e sulla base di una retta concezione della persona umana»⁽²⁰⁾. Orbene uno Stato di diritto non è quello in cui la volontà del cittadino diventa fonte esclusiva di ogni principio morale e di ogni legge, come se la maggioranza dei voti generasse automaticamente l'autonomia assoluta della legge riguardo alla morale e potesse sottrarre le istituzioni e le strutture pubbliche della convivenza sociale a ogni condizionamento di carattere etico. Uno Stato di diritto è quello in cui le leggi tutelano i diritti fondamentali della persona umana, primo di tutti il diritto alla vita. La democrazia, insegna ancora la dottrina della Chiesa, «non implica che tutto si possa votare, che il sistema giuridico dipenda soltanto dalla volontà della maggioranza e che non si possa pretendere la verità nella politica. Al contrario bisogna rifiutare *con fermezza* la tesi secondo la quale il *relativismo* e l'*agnosticismo* sarebbero la migliore base filosofica per una democrazia, visto che quest'ultima per funzionare esigerebbe da parte dei cittadini l'ammettere che sono incapaci di comprendere la verità»⁽²¹⁾.

Non si può, come semplice reazione ingenua al totalitarismo, fare un *mito* o un *dogma* della democrazia: non lo fu (lo abbiamo già ricordato) nella cultura greca in cui è nata, tantomeno lo può essere adesso, nell'attuale contesto sociale. Ogni concreta realizzazione storica della

⁽²⁰⁾ GIOVANNI PAOLO II, Enciclica *Centesimus annus*, del 1 maggio 1991, n. 46.

⁽²¹⁾ GIOVANNI PAOLO II, Allocuzione a un gruppo di Vescovi in visita *ad limina*: *L'Osservatore Romano*, 29 novembre 1992, p. 5.

democrazia, qualunque nome abbia (« democrazia popolare », « socialdemocrazia », ecc.), va giudicata alla luce della « retta ragione » e, per i cristiani, della dottrina sociale del Magistero. La democrazia — insegna l'Enciclica *Evangelium vitae* — « è un *ordinamento* e, come tale, uno strumento e non un fine. Il suo carattere *morale* non è automatico, ma dipende dalla conformità alla legge morale a cui, come ogni altro comportamento umano, deve sottostare (...) Il valore della democrazia sta o cade con i valori che essa incarna e promuove: fondamentali e imprescindibili sono certamente la dignità di ogni persona umana, il rispetto dei suoi diritti intangibili e inalienabili » (22).

Purtroppo bisogna costatare che in questa seconda metà del secolo XX l'agnosticismo religioso e il relativismo morale, frutti amari dell'immanentismo filosofico, hanno configurato un tipo di società democratica prevalentemente materialista e permissiva, avulsa non già dalle verità trascendenti e religiose sul destino eterno dell'uomo, ma anche da elementari esigenze della morale naturale. Si pensi al deprezzamento e alla facile dissoluzione del vincolo matrimoniale e conseguentemente delle famiglie, al dilagare della violenza razziale e religiosa, della pornografia e delle perversioni sessuali, degli aborti, del suicidio assistito e dell'eutanasia, della droga, delle manipolazioni genetiche, ecc. Di fronte a questa realtà sta prevalendo, in quasi tutti gli Stati, il principio liberal-agnostico e giuridico-positivista secondo il quale in una società democratica la *razionalità* delle leggi dipende solamente da ciò che la maggioranza decide che venga permesso o tollerato. La « razionalità » del diritto, cioè, non appare più vincolata alla rispondenza della norma alla natura umana, alle verità sulla dignità dell'uomo, ai valori morali oggettivi, che il diritto dovrebbe invece difendere e tutelare, per poter ordinare rettamente i comportamenti sociali ed evitare il progressivo sviluppo di una *società selvaggia*.

Di fronte a questa dolorosa realtà dobbiamo noi domandarci ora, con sereno ottimismo cristiano: cosa può fare a livello di creatività intellettuale l'intelligenza non soggiogata dal totalitarismo agnostico, l'intelligenza cioè che crede nell'esistenza di una « struttura morale della libertà » (23)? A me pare che le riflessioni più serene e creative dei filosofi del diritto e dei sociologi, ma anche dei biologi

(22) GIOVANNI PAOLO II, Enciclica *Evangelium vitae*, cit., n. 70.

(23) GIOVANNI PAOLO II, *Discorso all'Assemblea Generale dell'ONU*, New York, 6 ottobre 1996: *L'Osservatore Romano*, 6 ottobre 1995.

e dei teologi, seguano — per quanto riguarda la difesa del diritto alla vita, ma non solo — due campi principali di ricerca: il *rapporto tra diritto e morale* ed il *rapporto tra biologia e diritto*. A questa problematica vorrei dedicare l'ultima parte di questa conferenza.

IV. *Il binomio Diritto-Morale.*

Nella «19^e Conférence des Ministres Européens de la Justice», organizzata dal Consiglio di Europa (La Valette - Malta, 14 giugno 1994) sul tema della «*corruption*» nella vita pubblica, ricorrevano spesso in tutti gli interventi le espressioni «*crisi del diritto*» e «*crisi di moralità*», con riferimento alla scoperta in molte Nazioni di pesanti illegalità nella gestione della pubblica amministrazione, nel mondo degli affari e nell'uso del pubblico denaro. Queste penose vicende — è vero — hanno fatto parlare ansiosamente di *crisi morale* perfino ai dogmatici della cosiddetta *etica laica*, la quale — dopo aver soppresso dai contenuti etici i rapporti dell'uomo con Dio e dell'uomo con sé stesso — ha ridotto la virtù della giustizia alla sola etica sociale, ai rapporti cioè puramente inter-soggettivi.

Ma, contrariamente a questa visione riduttiva e miope dell'*etica laica*, del moralismo agnostico, le ragioni della crisi appaiono più vaste e assai più profonde della semplice perdita del senso dei doveri sociali. Sono piuttosto il crescente impoverimento etico, l'amoralità permissiva dell'attività legislativa e giurisprudenziale in molti Stati, e il conseguente progressivo indebolimento della *razionalità* delle loro leggi e delle sentenze dei loro tribunali, le ragioni che determinano il deprezzamento del diritto e la perdita della sua funzione pedagogica e della sua sostanziale forza vincolante. È evidente a tutti — basta leggere i giornali — che l'*amoralità* del legislatore e quella del giudice costituiscono i più consistenti stimoli all'*immoralità* del cittadino.

Purtroppo, l'*etica laica* non ammette questi concetti di «*amoralità*» o di «*immoralità*» in base a valori e verità oggettivi che siano al di sopra delle leggi positive. Perciò, essa propugna la separazione tra «*morale privata*» ed «*etica pubblica*» nell'ambito del cosiddetto «*pluralismo etico*». La *morale privata* si fonderebbe sui principi filosofici o le convinzioni religiose dell'individuo e, perciò, essa è da circoscrivere all'ambito ed al giudizio della sola coscienza personale di ciascun cittadino; l'*etica pubblica*, invece, sarebbe quella che viene determinata esclusivamente dal consenso maggioritario della comunità, cioè da quella *verità convenzionale* a cui abbiamo accennato pri-

ma e che viene concretizzata nella legge. «I problemi della vita, ivi compresi quelli dell'aborto e dell'eutanasia, vengono affidati alla coscienza privata e la legge dovrebbe soltanto garantire in merito la libertà di coscienza e di comportamento, la scelta individuale (...) Si tratta dunque oggi — ha detto giustamente il Vice-Presidente della Pontificia Accademia per la Vita — non soltanto di meglio definire e fondare il rapporto tra bioetica e biodiritto, ma anche di rivendicare la legittimità di un discorso etico in ambito sociale e la sua rilevanza in ambito giuridico»⁽²⁴⁾.

Sono cosciente che a questo punto del nostro discorso qualcuno potrebbe obiettare, valutando le precedenti affermazioni in chiave *moralista* e perfino *fondamentalista* o *kbomeinista*: ma non ci si accorge che parlando così confondono pericolosamente la morale e il diritto? Non ci si accorge che il precetto morale si appella alla coscienza, mentre la norma giuridica riguarda invece i rapporti esterni, la condotta sociale dell'uomo? Non ci si accorge che in tutto questo ragionamento, oltre a detta commistione concettuale, traspare una certa nostalgia della *cristianità medioevale* e del sistema politico giuridico dello *Stato confessionale cattolico*?

Cari amici: questi sono «sofismi» che dobbiamo rifiutare con forza, anche di fronte all'opinione pubblica, nei mezzi di comunicazione sociale. Facciamo notare subito, per evitare equivoci, un fatto solitamente tralasciato dai sostenitori della *morale laica* e del positivismo giuridico dello Stato cosiddetto *aconfessionale*: a opporsi alla legislazione permissiva dell'aborto, dell'eutanasia, alle leggi statali che liberalizzano la droga, che facilitano il dilagare della pornografia e delle perversioni sessuali e altri attentati contro la dignità della persona umana, non è soltanto il magistero della Chiesa Cattolica, ma lo sono anche — ne abbiamo già accennato — le pronuncie dottrinali più o meno formali di altre confessioni cristiane e di altre religioni (dall'Islam all'Ebraismo e non solo queste). Anzi vi si oppongono anche, apertamente oppure con timidezza per il timore di essere subito etichettati come *di destra*, non pochi rappresentanti di quella parte del mondo intellettuale che si dichiara religiosamente indifferente, ma culturalmente umanista. Agiscono così perché sanno benissimo

⁽²⁴⁾ E. SGRECCIA, Intervento nella sessione inaugurale del Simposio *EVANGELIUM VITAE E DIRITTO*, cit. Cfr. anche R. NAVARRO VALS, *Ley civil y ley moral: la responsabilidad de los legisladores*, in *La Causa della Vita*, Libreria Editrice Vaticana, 1995, pp. 84-104.

che a opporsi a tali leggi amorali non è soltanto la ragione illuminata dalla fede, ma prima ancora — come abbiamo esposto nella prima parte di questa conferenza — quella che già i classici chiamavano la *retta ragione*, espressione naturale del senso morale originale, capace di distinguere il bene del male, la verità dell'errore. «Certamente», insegnava Cicerone, «esiste una vera legge: è la retta ragione; essa è conforme alla natura, la si trova in tutti gli uomini; è immutabile ed eterna; i suoi precetti chiamano al dovere, i suoi divieti trattengono dall'errore [...]. È un delitto sostituirla con una legge contraria; è proibito non praticarne una sola disposizione; nessuno poi ha la possibilità di abrogarla completamente»⁽²⁵⁾.

Dicano quel che dicano coloro che la negano⁽²⁶⁾, è pure un fatto che questa legge naturale — scolpita da Dio nel cuore degli uomini — è rimasta sostanzialmente inalterata attraverso la storia, anzi è stata un fattore decisivo nello sviluppo civile dei popoli e delle culture. Questa legge — a cui ci si è pure appellato al processo di Nüremberg contro i crimini nazisti e all'attuale contro i crimini nell'ex-Iugoslavia — non è stata inventata dal Cristianesimo né da nessun'altra religione. La Chiesa Cattolica si limita a ricordare che nei suoi precetti principali essa è stata esposta nel Decalogo. Comunque, e tornando al campo della riflessione scientifica e metodologica, non sembra che si possa attribuire sufficiente consistenza alla eventuale obiezione di commistione concettuale tra morale e diritto.

Infatti, è vero che la morale e il diritto sono due scienze diverse, che riguardano l'uomo da prospettive e con finalità differenti. La morale si occupa primariamente dell'ordine dell'uomo come persona: riguarda cioè l'insieme di esigenze emananti dalla *struttura ontologica dell'uomo* in quanto essere creato e dotato di una particolare natura, dignità e finalità. Il diritto, invece, si occupa primariamente dell'ordine sociale: riguarda cioè — stiamo parlando del diritto come ordinamento — l'insieme di *strutture che ordinano la comunità civile*, la società. Ma se il fatto più rilevante e positivo del progresso della scienza del diritto nel secolo XX è stato proprio quello di mettere al centro della realtà giuridica il suo vero protagonista, l'uomo, fondamento e fine della società, è ovvio che il diritto di una sana demo-

⁽²⁵⁾ *De re publica*, 3, 22, 33.

⁽²⁶⁾ Per una critica sintetica delle varie obiezioni contro la legge naturale, cfr. tra gli altri, J.P. SCHOUPPE, *Le Droit Canonique*, Bruxelles 1991, pp. 18-38.

crazia *deve tenere conto di quale sia la struttura ontologica della persona umana*: la sua natura di essere non soltanto animale e istintivo ma intelligente, libero e con una dimensione trascendente e religiosa dello spirito che non può essere ignorata, né mortificata. Altrimenti il diritto — anche se lo si volesse chiamare *democratico* — sarebbe antinaturale essenzialmente immorale, strumento di un *ordinamento sociale totalitario*. Qui non c'è spazio — in pura onestà scientifica — per il relativismo etico (negare cioè l'esistenza di una verità oggettiva sull'uomo), come non c'è spazio (se si vuole evitare l'instaurazione di una società selvaggia) per difendere la legittimità di un diritto positivo *divorziato* dalla morale.

Tant'è vero che questo *divorzio* o separazione non può essere legittimato, né da un punto di vista teorico-scientifico né di fatto, che è stata proprio la crisi dell'etica a opera della filosofia immanentista e soggettivista a mettere in crisi il mondo della giustizia. Dato infatti lo stretto collegamento del diritto con la morale, non è affatto sorprendente che l'attuale crisi del diritto accompagni di pari passo quella della morale (*simul stabunt et simul cadent*, si può ben dire). Ambedue le crisi, infatti, hanno lo stesso fondamento: il relativismo assiologico, il quale in definitiva si fonda sull'agnosticismo religioso. Ciò che viene illegittimamente messo in discussione è in definitiva l'esistenza di una *verità del diritto* fondata sulla realtà ontologica della persona umana e in ultima analisi sull'esistenza di Dio, il nocciolo cioè della visione classica, e non solo cristiana, del diritto e della legge naturale. I valori della democrazia, della libertà e dei diritti umani — a cominciare dal diritto primario alla vita — sono avulsi così da ogni riferimento trascendente, e alla fine questi valori — ridotti e manipolati dalle ideologie politiche e dagli interessi economici — si rivoltano contro lo stesso uomo e contro la convivenza civile. Non solo i beni giuridici naturali si relativizzano, ma si smarrisce lo stesso senso del diritto e della sua virtù corrispondente: la giustizia.

Con fermezza, ma con tono pacato e sereno — anche perché in venti secoli di storia essa ha superato molti cataclismi sociali e crisi di civiltà — la Chiesa ha avvertito con riferimento a tale situazione: « Il totalitarismo nasce dalla negazione della verità in senso oggettivo: se non esiste una verità trascendente, obbedendo alla quale l'uomo acquista la sua piena identità, allora non esiste nessun principio sicuro che garantisca giusti rapporti tra gli uomini. Il loro interesse di classe, di gruppo, di nazione li oppone inevitabilmente gli uni agli altri.

Se non si riconosce la verità trascendente, allora trionfa la forza del potere, e ciascuno tende a realizzare fino in fondo i mezzi di cui dispone per imporre il proprio interesse, la propria opinione, senza riguardo ai diritti dell'altro»⁽²⁷⁾. E ha ribadito Giovanni Paolo II in un altro documento magisteriale — l'enciclica *Veritatis splendor* che insieme alla *Evangelium vitae* è diventata un *best-seller* letterario, non senza sorpresa dei fautori della cultura agnostica: «Dopo la caduta, in molti Paesi, delle ideologie che legavano la politica ad una concezione totalitaria del mondo — e prima fra esse il marxismo — si profila oggi un rischio non meno grave per la negazione dei fondamentali diritti della persona umana e per il riassorbimento nella politica della stessa domanda religiosa che abita nel cuore di ogni essere umano: è il rischio dell'alleanza fra democrazia e relativismo etico, che toglie alla convivenza civile ogni sicuro punto di riferimento morale e la priva, più radicalmente, del riconoscimento della verità»⁽²⁸⁾. Anche, ovviamente, della verità sulla stessa ragion d'essere del Diritto e sul maggiore o minore valore morale vincolante e la legittimità delle sue leggi.

V. *Il binomio Biologia-Diritto.*

Il secondo campo di ricerca e di impegno intellettuale a difesa del diritto alla vita dell'essere umano sin dal momento stesso della concezione è rappresentato dalla problematica sui rapporti tra biologia e morale (la bioetica) e sui rapporti tra biologia e diritto: il cosiddetto *biodiritto*. È a quest'ultimo che ci vogliamo ora riferire brevemente, perché anche in questo campo sta cercando di imporre le sue tesi il positivismo giuridico basato sul relativismo morale. Esso, infatti, dopo aver negato — contro tutta la tradizione della scienza giuridica — l'esistenza di una verità oggettiva sull'uomo e sulla vita umana, vuole ancora mantenere questa stessa negazione anche di fronte agli sviluppi scientifici della biologia. Tutto ciò in base ad un criterio pragmatico di tipo politico: evitare che — in base alle acquisizioni dell'antropologia genetica ed all'impatto di opinione pubblica che esse hanno — debbano rivedere le proprie leggi permissive gli Stati

(27) GIOVANNI PAOLO II, Enciclica *Centesimus annus*, cit., n. 44.

(28) GIOVANNI PAOLO II, Enciclica *Veritatis splendor*, del 6 agosto 1993, n. 101.

in cui si è ormai riconosciuto il cosiddetto «diritto» all'aborto ed alla eutanasia.

Per esempio, la sentenza «Roe v. Wade» della Suprema Corte degli USA rese legale l'aborto nel 1973 affermando — come abbiamo ricordato sopra — che la Corte non era tenuta a risolvere «*the difficult question of when life begins*». Ora, invece, dopo le ricerche genetiche degli ultimi 20 anni, fatte soprattutto con l'aiuto della ultrasonografia e dell'embrioscopia, si può affermare che: «È ormai biologicamente e geneticamente certo che appena avvenuta la fusione dei due gameti inizia l'esistenza di un nuovo soggetto umano il quale sotto il controllo del programma iscritto nel proprio genoma, esegue autonomamente e teleologicamente, in una rigorosa unità funzionale, il proprio piano di sviluppo in modo coordinato, continuo e, per legge generale, graduale»⁽²⁹⁾. Alla luce della logica giuridica circa il valore della «*ratio legis*» o del «*pondus iurisprudenziale*», si deduce che dovrebbe essere cambiata questa sentenza della Suprema Corte e le relative conseguenze d'ordine legislativo nei vari Stati dell'Unione. E lo stesso dovrebbero fare — senza che perciò venga meno il loro carattere *laico e aconfessionale* — i governi delle altre Nazioni in cui sono state introdotte legislazioni permissive dell'aborto, nonostante l'Art. 3° della «Dichiarazione universale sui diritti dell'uomo»⁽³⁰⁾ che abbiamo voluto ricordare all'inizio di questa relazione.

(29) E. SGRECCIA, *Identità e statuto dell'embrione umano*, in *Per una dichiarazione dei diritti del nascituro*, cit., pp. 24-25; l'autore fa un'analisi critica delle opinioni di C. GROBSTEIN, A. McLAREN ed altri che, in modo preconcepito ed arbitrario, cercano di trovare altre fasi della gravidanza (21^a ora, 14^a giornata, ecc.) in cui si renderebbe più manifesta la «umanità» dell'embrione. Cfr. anche A. SERRA, *La sperimentazione sull'embrione umano: una nuova esigenza della scienza e della medicina*, in *Medicina e Morale*, Roma 1993, 1, p. 112.

(30) Da notare che questa è stata anche l'opinione dei 400 giuristi e biologi partecipanti al Simposio *EVANGELIUM VITAE E DIRITTO*, i quali approvarono unanimemente la seguente conclusione: «I partecipanti al Simposio prendono atto che molte volte le leggi in violazione del diritto alla vita sono state paradossalmente introdotte in ordinamenti che a livello costituzionale affermano invece di proteggerla. Chiedono quindi a tutti i giuristi di battersi senza mai stancarsi a protezione della vita, perché il diritto venga ripristinato, perché le leggi ingiuste vengano riconosciute come tali e di conseguenza abrogate. Auspicano altresì che l'art. 3 della *Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo* dell'ONU, che affermando che «ogni individuo ha diritto alla vita, alla libertà e alla sicurezza della propria persona» contiene un esplicito riconoscimento del valore primario della vita per *tutti* gli individui umani, venga pienamente recepito in tutti gli ordinamenti giuridici positivi degli Stati del mondo». (*Conclusione*, n. 11).

Tuttavia il *totalitarismo agnostico* che è alla base di questo processo di degrado del diritto positivo, sta cercando altre pretestuose ragioni per non dover rivedere — anzi per dare ulteriore impulso — alla propria linea permissiva. A questo scopo, i suoi fautori ricorrono ad un sorprendente fenomeno di camaleontica metodologia scientifica. Ammettono senza difficoltà che c'è un diritto alla vita delle persone, ma si domandano: chi è veramente «persona»? Gli stessi giuristi e politici che prima rifiutavano come *metafisici* e *dogmatici* i concetti di «verità» e di «persona», adesso cercano di imporre una loro «verità» filosofica sul nuovo significato del termine «persona», che sarebbe distinto dal concetto di «essere umano». Utilizzano, cioè, il termine «persona» non più come un confine trascendente tra l'universo umano e quello non umano, ma soltanto all'interno dell'universo umano, per operare una arbitraria discriminazione tra una fase e l'altra del suo sviluppo: «persona» sarebbe soltanto il bambino nato, o forse il feto, ma non l'embrione. La persona non viene definita per *quello che è* ma per *quello che è in grado di fare o di apparire*. Il neo-concepito non avrebbe ancora — secondo la nuova teoria filosofica — una vera realtà e dignità umana; si tratterebbe soltanto di una realtà «potenzialmente» umana o addirittura di una pura possibilità di umanità, perché non è ancora *cosciente*, non è cioè dotato dell'organo della coscienza, il cervello⁽³¹⁾. Le conseguenze giuridiche che si pretendono trarre da questa discriminazione filosofica sono evidenti: chi non è ancora «persona» non può avere «personalità giuridica» alcuna, non può essere cioè titolare di veri diritti — come il diritto alla vita —, anche se nulla osta che gli si possa concedere qualche grado di protezione legale⁽³²⁾.

Di fronte a questa arbitraria discriminazione si può veramente dire: Come sono lontani i fautori di questa teoria della grande tradizione

(31) Cfr. E. GRECCIA, o.c., p. 34-35.

(32) Desta serie preoccupazioni in questo senso la redazione dell'art. 1 del «Progetto di Convenzione per la protezione dei diritti dell'uomo e della dignità dell'essere umano», preparato dal Comitato di Bioetica del Consiglio d'Europa (Strasburgo 1996). In tale Art. 1 si parla dell'individuo umano con due terminologie distinte: l'«essere umano» e la «persona umana», senza per altro mai definirli; allo stesso tempo si riconosce un diverso grado di protezione all'uno e all'altra: all'«essere umano» si assicura «la protezione nella sua dignità ed identità» (non si parla di diritto alla vita), e solo alla «persona» si garantisce «senza discriminazione, il rispetto della sua integrità e degli altri diritti e libertà fondamentali di fronte alle applicazioni della biomedicina».

filosofica e giuridica che Tertuliano compendiò nel già citato famoso assioma: «È già uomo colui che lo sarà»! Sorprendente è che questo capovolgimento giuridico e legislativo avvenga precisamente nel secolo in cui — di fronte ai tremendi crimini contro la vita e la dignità delle persone — si è tanto parlato in sedi nazionali ed internazionali degli «inviolabili diritti dell'uomo». Perciò, l'*Evangelium vitae* si è posta con ammirabile lucidità questa domanda: «Dove stanno le radici di una contraddizione tanto paradossale?», e risponde, tra l'altro: queste radici «le possiamo riscontrare in complessive valutazioni di ordine culturale e morale, a iniziare da quella mentalità che, *esasperando e perfino deformando il concetto di soggettività*, riconosce come titolare di diritti solo chi si presenta con piena o almeno incipiente autonomia ed esce da condizioni di totale dipendenza dagli altri. Ma come conciliare tale impostazione con l'*esaltazione dell'uomo come essere «indisponibile»?* La teoria dei diritti umani si fonda proprio sulla considerazione del fatto che l'uomo, diversamente degli animali e delle cose, non può essere sottomesso al dominio di nessuno»⁽³³⁾.

Anzi, l'Enciclica rifiuta senza nominarli le tesi arbitrarie sul concetto di «vita umana» di alcuni biologi e filosofi (come ad esempio l'austriaco Peter Singer)⁽³⁴⁾ i quali, sempre a difesa delle leggi permissive, si battono tenacemente contro la «indisponibilità della vita umana» ed il concetto di «persona» e di «dignità personale». Per essi, non sarebbe da considerarsi «vita umana» quella che non è cosciente di sé, che è incapace di esprimere volutamente una qualità minima di esistenza, che non ha una capacità di relazione verbale o scritta o che non prova dolori (o si presume che non ne provi) per la propria soppressione. «È chiaro — insegna Giovanni Paolo II — che con tali presupposti, non c'è spazio nel mondo per chi, come il nascituro o il morente, è un soggetto strutturalmente debole, sembra totalmente assoggettato alla mercé di altre persone e da loro radicalmente dipendente e sa comunicare solo mediante il muto linguaggio di una profonda simbiosi di affetti». E conclude, con ovvio riferimento implicito alle leggi permissive dell'aborto e dell'eutanasia: «È, quindi, la forza a farsi criterio di scelta e di azione nei rapporti interpersonali e nella convivenza sociale. Ma questo è l'esatto

(33) GIOVANNI PAOLO II, Enciclica *Evangelium vitae*, cit., n. 19.

(34) Cfr. P. SINGER, *Etica pratica*, Napoli 1989, p. 102; idee ulteriormente sviluppate nell'intera opera *Ripensare la vita*, Roma 1995.

contrario di quanto ha voluto storicamente affermare lo Stato di diritto, come comunità nella quale alle "ragioni della forza" si sostituisce la "forza della ragione"»⁽³⁵⁾.

Tuttavia questa arbitraria divisione all'interno dell'individuo umano, tra semplice «essere umano» (inteso come «micro-essere» o «pre-persona») e «persona» non è ammissibile — oltre che dalla morale — né sul piano biologico né sul piano strettamente giuridico. Sul piano biologico abbiamo già visto che è ormai geneticamente certo che, appena avvenuta la fusione dei due gameti si inizia nell'ovulo fecondato l'esistenza di un nuovo soggetto umano. Esso, infatti, è capace di eseguire autonomamente e teleologicamente, sotto l'impulso del programma iscritto nel proprio genoma, il proprio piano di sviluppo biologico, cioè lo sviluppo continuo, graduale e completo della propria vita. Si tratta sostanzialmente di un nuovo individuo umano, con la sua propria identità genetica, distinta da quella del padre e della madre. Occorre, pertanto, che, per ciò che riguarda il diritto alla vita degli esseri innocenti, il *principio della non discriminazione*, fondato su quello dell'uguaglianza, cardine di tutti i diritti dell'uomo, venga applicato all'«essere umano», all'«individuo umano» e non soltanto alla «persona giuridicamente riconosciuta» in base ad una concezione puramente positivista — per non dire pragmatica e commerciale — della scienza del diritto. Si sa, infatti, quanti e quanto grandi interessi politici e commerciali ci sono dietro le manipolazioni dell'embrione umano a scopi sperimentali, di fecondazione artificiale e a favore dell'industria farmaceutica e cosmetica.

Qui non si tratta di applicare alla biologia o al diritto il concetto metafisico classico di «persona» secondo la nota definizione di Boezio: «sostanza individua di natura razionale»⁽³⁶⁾. Questa definizione ed altre simili di carattere metafisico, rimangono validissime. Ma ciò che vogliamo dire è che tanto le acquisizioni della moderna biologia come la retta comprensione della centralità della persona nel diritto, suffragano l'affermazione del Magistero ecclesiastico che: l'essere umano «va rispettato e trattato come persona fin dal suo concepimento»⁽³⁷⁾. Infatti, ormai non c'è dubbio anche per le scienze posi-

⁽³⁵⁾ Enciclica *Evangelium vitae*, cit., n. 19.

⁽³⁶⁾ *Lib. de persona et duabus naturis*, cap. 3: PL 64, 337 sq.

⁽³⁷⁾ Enciclica *Evangelium vitae*, cit., n. 70; cfr. Istruzione della Congregazione per la Dottrina della Fede *Donum vitae*, cit., I.1.

tive che l'embrione non è solo un individuo ben definito della specie umana, ma abbraccia anche tutte le potenzialità biologiche, psicologiche, culturali, spirituali, ecc. che l'uomo svilupperà nel corso della sua esistenza. Perciò, ha ribadito Giovanni Paolo II a conclusione del Simposio Internazionale «*Evangelium vitae* e Diritto»: «Non possiamo non assumere come punto di partenza lo statuto biologico dell'embrione che è un individuo umano, avente la qualità e la dignità propria della persona. L'embrione umano ha dei diritti fondamentali, cioè è titolare di costitutivi indispensabili perché l'attività connaturale ad un essere possa svolgersi secondo un proprio principio vitale. L'esistenza del diritto alla vita quale costitutivo intrinsecamente presente nello statuto biologico dell'individuo umano fin dalla fecondazione costituisce, pertanto, il punto fermo della natura anche per la definizione dello statuto etico e giuridico del nascituro»⁽³⁸⁾.

Per avere, infatti, «la qualità e la dignità propria della persona» non si richiede che questa abbia già sviluppato in maggior o minor grado le sue potenzialità. Come non si richiede per riconoscere e tutelare nell'individuo umano la qualità e la dignità di «vita umana» che essa si esprima in gradi di «qualità» o di «interazione» mentale, fisica o sociale. Se tali errori scientifici e giuridici, oltre che morali, venissero accolti, si spalancherebbe la porta non soltanto all'aborto e all'eutanasia, ma anche alla soppressione dei ritardati mentali, dei soggetti deformati per malformazioni congenite o gravi menomazioni in seguito a traumi, delle persone affette di malattie «socialmente pericolose» e così via. Si arriverebbe così al materialismo più rozzo, al *positivismo giuridico più vergognoso*, al *più inumano dei totalitarismi*.

VI. *Riflessioni conclusive.*

Si potrebbe dire che tutto il Magistero sociale della Chiesa nel secolo che sta per scadere, e concretamente il Magistero luminoso e tenace di Giovanni Paolo II, è stato guidato dalla necessità di difendere la *struttura morale della libertà umana* contro due grandi utopie ideologiche diventate sistemi politici a scala mondiale: l'utopia totalitaria della *giustizia senza libertà* e l'utopia libertaria della *giustizia senza verità*. Questa seconda utopia è maturata — lo abbiamo vi-

⁽³⁸⁾ *Communicationes* 28 (1996) 16.

sto — nell'*habitat* filosofico del soggettivismo o del relativismo morale ed ha trovato il suo grande strumento legislativo nello stretto *positivismo giuridico*.

Non a caso il massimo esponente di esso, Hans Kelsen, commentando la domanda evangelica di Pilato a Gesù: «Cos'è la verità?» (Giov. 18, 38), scriveva che in realtà questa domanda del pragmatico uomo politico conteneva in se stessa la risposta: la *verità è irraggiungibile*; perciò Pilato, senza attendere la risposta di Gesù si indirizza alla folla e domanda: «Volete che liberi il re dei giudei?». Agendo così — conclude Kelsen — Pilato si comporta da perfetto democratico: affida cioè il problema di stabilire il *vero* e il *giusto* all'opinione della maggioranza, nonostante che egli fosse convinto della completa innocenza del Nazareno⁽³⁹⁾.

Meditando sullo stesso drammatico processo di Gesù, Giovanni Paolo II ha detto: «Così, dunque, la *condanna di Dio da parte dell'uomo non si basa sulla verità, ma sulla prepotenza, sulla subdola congiura*. Non è proprio questa la verità della storia dell'uomo, la verità del nostro secolo? Ai nostri giorni tale condanna è stata ripetuta in numerosi tribunali nell'ambito dei regimi di sopraffazione totalitaria. E non la si ripete anche nei parlamenti democratici, quando, per esempio, mediante una legge regolarmente emanata, si condanna a morte l'uomo non ancora nato?»⁽⁴⁰⁾.

Sì: è così. Quello, infatti, che conta per questi giudici e per questi parlamentari — totalitari o democratici — non è la *verità oggettiva*, che assicura la razionalità giuridica e la legalità morale della norma, ma soltanto — è stato già detto — la *verità relativa* o convenzionale, frutto pragmatico del compromesso politico, economico o statistico. Ma sembra lecito domandarsi: si può dire che questa cultura agnostica, basata sull'assoluto relativismo giuridico e morale sia una vera cultura democratica? Anzi che sia una vera cultura nel senso più nobile dell'espressione? No: non lo è!

Se la legge morale iscritta nel cuore dell'uomo viene ignorata o disprezzata, se l'ordinamento giuridico si basa sul pre-concetto che una verità oggettiva sull'uomo e sui valori della vita umana sia di fatto inaccessibile, se dimentico della sua condizione di creatura l'uomo

⁽³⁹⁾ Cfr. V. POSSENTI, *Le società liberali al bivio. Lineamenti di filosofia della società*, cit., pp. 345 e ss.

⁽⁴⁰⁾ *Varcare la soglia della speranza*, Milano 1994, 1ª edizione, pp. 73-74.

«pensa di essere criterio e norma a se stesso»⁽⁴¹⁾, se per quanto riguarda l'inalienabile diritto alla vita si «attribuisce alla libertà umana un *significato perverso e iniquo*: quello di un *potere assoluto sugli altri e contro gli altri*», allora siamo — lo dirò anche con parole del Papa — di fronte alla «morte della libertà»⁽⁴²⁾.

Perciò questa «cultura della morte» non sarebbe soltanto la negazione dell'inalienabile diritto alla vita dell'essere umano. La «cultura della morte» sarebbe la «morte stessa della cultura», della civiltà, perché porterebbe alla progressiva degradazione delle due più eccelse qualità della creatura umana: l'intelligenza che lo rende capace di conoscere la verità, e la libertà di amare e di seguire tale verità.

Vorrei, pertanto, concludere questa conferenza con alcune sintetiche affermazioni:

1) L'inalienabile ed inviolabile diritto alla vita dell'essere umano innocente, dal suo concepimento alla sua fine naturale, appartiene indubbiamente alla più antica e nobile tradizione giuridica, ed è un valore essenziale e primario dell'autentica Civiltà umana.

2) Si tratta di un diritto che è stato sempre considerato — anche nella «Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo» — come *ius nativum*, cioè *intimamente radicato nella stessa natura dell'uomo*, conoscibile dalla retta ragione e la cui esistenza è al di sopra della sola volontà del legislatore, che non può né concederlo né abrogarlo, ma soltanto riconoscerlo e tutelarlo.

3) Proprio perché radicato nella stessa natura dell'uomo, la perfetta comprensione e tutela di questo diritto trova il suo fondamento nella *ontologia dell'essere umano*, e non può essere subordinato all'arbitrio delle ideologie, né alle mutevoli valutazioni umane — anche maggioritarie — di ordine politico, economico, o psicologico.

4) Esiste certamente una verità oggettiva e incondizionale sul concetto di essere umano o persona e sul valore della sua vita. Anche chi non creda nella eccelsa condizione della persona come creatura divina con un destino trascendente ed eterno, deve necessariamente riconoscere la sua singolare dignità di essere intelligente e libero, capace perciò di valori spirituali e morali, e profonda-

(41) Enciclica *Evangelium vitae*, cit., n. 64.

(42) Enciclica *Evangelium vitae*, cit., n. 20.

mente superiore a tutti gli altri individui e alle altre specie del regno animale.

5) Questa verità oggettiva sulla persona e sulla vita umana precede e va oltre il concetto stesso di democrazia, e da essa non può essere negata. La democrazia, infatti, non è e non può essere altro che un ordinamento sociale di libertà avente margini naturali, e tra questi margini c'è il necessario rispetto al diritto alla vita di ogni essere umano innocente.

6) Pur nella conveniente distinzione ermeneutica tra morale e diritto, appartiene alla essenza del diritto il fatto che al centro di ogni legittimo ordinamento giuridico ci deve essere la persona umana, doverosamente rispettata e tutelata nella oggettiva verità della sua dignità e dei diritti inalienabili che da essa promanano: perciò, è da considerarsi illegittimo e immorale ogni riduzione meramente positivista e agnostica del diritto in generale, e più in particolare del diritto alla vita dell'essere umano.

7) Non è ammissibile perciò, anche sotto il profilo della onestà scientifica, difendere l'alleanza tra legislazione civile e relativismo etico, rimandando all'ambito esclusivo della coscienza individuale i problemi concernenti l'aborto, l'eutanasia, le manipolazioni genetiche ed altri attentati contro la dignità della persona e della vita umana. Sarebbe una visione falsa e degradante del diritto sostenere che di fronte a questi problemi, di tanta trascendenza anche sociale, la legge non debba prendere posizione ma soltanto garantire la libertà di coscienza e di scelta individuale.

8) Le varie distinzioni concettuali che alcuni autori e istanze politiche fanno tra una fase e l'altra dello sviluppo della persona umana, non soltanto contraddicono il fatto biologico che dal momento stesso del concepimento inizia l'esistenza di un nuovo individuo umano, ma introducono un'arbitraria discriminazione giuridica che nega il diritto alla vita al concepito non ancora nato.

9) Poiché tale arbitraria valutazione concettuale dell'individuo umano ed altre teorie parallele riguardanti la vita umana, giudicano la persona non in base a *quello che è*, ma soltanto in base a *quello che è in grado di fare*, bisogna difendere la dignità umana contro tali errori scientifici e giuridici, anche per evitare la legalizzazione «democratica» di veri crimini contro l'uomo e la conseguente progressiva instaurazione di una *società selvaggia*. Non è possibile, infatti, pensare ad una società più selvaggia di quella in cui l'uomo pretenda — diabolicamente, tiranicamente —

« creare », manipolare e sopprimere gli esseri umani a proprio piacimento.

Penso, perciò, che la giusta comprensione dei contenuti del diritto dell'uomo alla vita non sia soltanto una questione di ordine scientifico e dottrinale, ma abbia anche una particolare trascendenza sociale e di opinione pubblica e, per noi, una grande incisività apostolica ed evangelizzatrice in vista del terzo millennio dell'era cristiana: a difesa della vita temporale, sì, ma anche della vita eterna dell'uomo che Cristo ha redento a tanto caro prezzo!

Pagina bianca

ANTONIO VITALE

REGOLAMENTAZIONE DELLA LIBERTÀ RELIGIOSA

1. Libertà religiosa e diritti umani. — 2. La doppia positivizzazione della libertà religiosa. — 3. Diversità culturali e libertà religiosa. — 4. Complessità e variabilità del contenuto assegnabile alla libertà religiosa. — 5. La dimensione soggettiva della libertà religiosa. — 6. Libertà religiosa e variabilità delle restrizioni da superare. — 7. La dimensione *positiva* della libertà religiosa. — 8. Perplessità sulla configurazione di una dimensione *positiva* della libertà. — 9. La libertà religiosa *positiva* come diritto di prestazione. — 10. Libertà religiosa positiva al servizio degli interessi *istituzionalizzati*. — 11. La libertà religiosa *positiva* come diritto *riflesso* del singolo. — 12. Libertà religiosa *positiva* e tramonto dell'eguaglianza nella libertà. — 13. La libertà religiosa positiva come valore da tutelare per sé stesso. — 14. La libertà religiosa positiva come valore socialmente utile.

1. *Libertà religiosa e diritti umani*

La tematica della libertà religiosa è quella circa le cui interpretazioni e attuazioni molto più vasto è l'accordo fra le diverse *culture* che hanno dato vita all'attuale patto costituzionale e che continuano a far sentire il loro peso sia a livello dottrinale che pratico-politico; ed è d'altra parte il campo dove è possibile riscontrare una feconda continuità con la tradizione della democrazia *moderna*.

La legalità costituzionale è una legalità per valori, e si può dire che «*la Costituzione si ispira innanzitutto all'ideale della centralità e del primato della persona*»⁽¹⁾; per cui viene in evidenza, in primo luogo, il valore che appare più strettamente collegato a quell'ideale, ossia la libertà, che ci interessa per la sua specificazione in libertà religiosa e quindi per le modalità attraverso cui si intende offrire tutela ed attuazione a questo valore.

(1) ONIDA V., voce *Costituzione italiana*, in *Digesto/Disc. pubbl.*, p. 329 s.

2. *La doppia positivizzazione della libertà religiosa*

La libertà religiosa è un valore certo con forti ascendenze liberali, ma sull'accentuazione del quale hanno finito per convergere anche le altre culture che stanno alla base della nostra carta costituzionale.

L'art. 19 Cost. dichiara che «*tutti hanno diritto di professare liberamente la propria fede religiosa in qualsiasi forma, individuale o associata, di farne propaganda e di esercitarne in privato o in pubblico il culto*». Questo comporta che l'ordinamento garantisca la libera esplicazione delle attività rivolte al compimento dell'esperienza religiosa contro qualsiasi intervento esterno (da parte di poteri non solo pubblici, ma anche privati) inteso ad impedirne lo svolgimento o a costringere il soggetto (che ne vorrebbe porre in essere altre funzionali ad esperienza religiosa di segno diverso, o non vorrebbe compiere alcuna essendo indifferente o ateo) a compiere atti implicanti adesione o interessamento ad uno specifico messaggio religioso.

Va considerato che il potere pubblico potrebbe porre restrizioni alla libertà religiosa attraverso qualsiasi esplicazione di potere insito nelle sue funzioni, e cioè tanto attraverso provvedimenti amministrativi e di polizia, quanto attraverso l'emanazione di norme. La tutela costituzionale esige che il potere pubblico non emani provvedimenti o disposizioni normative che si risolvano sostanzialmente in un impedimento al compimento dell'esperienza religiosa.

Bisogna avvertire che questa garanzia costituzionale non è la sola: siccome la libertà religiosa appare strettamente inerente al valore della dignità della persona umana, essa rientra nella categoria, certo carica di ideologia, ma aspirante a porsi su di un terreno di universalismo, dei diritti umani. Proprio perché questi diritti umani hanno una portata che travalica gli stretti confini territoriali, se ne giustifica una tutela, per quanto possibile efficace, da parte della comunità internazionale, che vi procede, infatti, con dichiarazioni solenni, patti, convenzioni che obbligano gli Stati aderenti, e — quel che è più importante — con la creazione di istanze giurisdizionali sovranazionali cui è possibile fare ricorso per esigere dai singoli Stati l'osservanza dei principi al cui rispetto si sono impegnati⁽²⁾.

(2) Così, ad esempio, l'art. 25 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo, di cui diremo nel testo subito dopo, prevede, come organi di prote-

Certo le norme internazionali introdotte nel nostro ordinamento sul piano formale si pongono ad un livello inferiore a quello delle norme costituzionali, ma è indubitabile che la interpretazione dei principi nella giurisprudenza delle indicate istanze giurisdizionali sovranazionali è destinata (anche se provocata da casi sorti in Paesi diversi dal nostro) ad assumere un ruolo sempre più incisivo nella soluzione dei sempre nuovi problemi di libertà che si prospettano dinanzi al giudice statale, anche in considerazione del fatto che la norma costituzionale italiana è molto sintetica e tace pertanto su alcuni aspetti essenziali della problematica della libertà religiosa⁽³⁾.

3. *Diversità culturali e libertà religiosa*

Abbiamo dunque una doppia positivizzazione del diritto di libertà religiosa. Ma bisogna guardarsi dall'illusione dell'universale concordia sul contenuto di questo diritto. Il modo di intendere la libertà religiosa, le sue esplicazioni e l'ampiezza di esse, dipende essenzialmente dal modo di concepire il rapporto tra politica e religione, e quindi dalle forme di Stato che condizionano l'interpretazione di quel rapporto. Per esempio, il Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici, adottato a New York il 19 dicembre 1966⁽⁴⁾, all'art. 18 n. 1 dichiara che «*Ogni individuo ha diritto alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione. Tale diritto include la libertà di avere o di adottare una religione o un credo di sua scelta...*».

Il fatto è che i *diritti umani* di cui tanto parliamo sono inequivocabilmente occidentali, e il loro limite risiede nella incapacità di fronteggiare le diversità strutturali tra le parti del mondo. Certo è che molti Paesi arabi, in cui l'idea di laicità è sconosciuta e il diritto statale recepisce, sia pure con accentuazioni e interpretazioni diversificate, il diritto confessionale islamico, nell'aderire ai Patti tennero a precisare che la libertà di religione doveva intendersi alla luce della religione islamica. La quale concepisce la libertà religiosa come li-

zione contro le violazioni delle norme della Convenzione stessa, la *Commissione europea* e la *Corte europea dei diritti dell'uomo*.

(3) Vedi, in linea generale, CARETTI - DE SIERVO, *Ist. di dir. pubblico*, 2^a ed., Torino, ed. Giappichelli, 1994, p. 562.

(4) Il Patto è stato recepito nel nostro ordinamento con la legge 25 ottobre 1977 n. 881.

bertà a senso unico: libertà di scegliere la religione musulmana, ma divieto di abbandonarla.

Quindi pare più realistico fare riferimento a norme internazionali per così dire regionali, limitate cioè a zone del mondo (es. l'Europa) più omogenee dal punto di vista storico-culturale. Così, la Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo firmata a Roma il 4 novembre 1950⁽⁵⁾ all'art. 9 n. 1 stabilisce: «*Ogni persona ha diritto alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione; tale diritto include la libertà di cambiare di religione o di credo e la libertà di manifestare la propria religione o credo individualmente o collettivamente, sia in pubblico che in privato, mediante il culto, l'insegnamento, le pratiche e l'osservanza dei riti*».

4. *Complessità e variabilità del contenuto assegnabile alla libertà religiosa*

Il fatto è che *libertà religiosa* è un concetto solo apparentemente semplice, laddove invece esso nasconde notevole complessità e connessioni; essa è libertà di un soggetto da qualche cosa (restrizioni, interferenze, ostacoli) per poter fare o non fare qualche cosa. Essa dunque presuppone una relazione fra tre punti di riferimento che costituiscono altrettante variabili, sulla natura, qualità e quantità di ciascuna delle quali vi può essere diversità di vedute, determinata spesso da vere e proprie teorie filosofiche e politiche: tipi di soggetti, tipi di restrizioni, tipi di attività⁽⁶⁾. Di modo che il concetto di libertà diventa veramente contestabile, se non si prende atto che esso, ben lungi da riferirsi a un solo tipo di situazioni, si riferisce a tante svariate situazioni quante sono le combinazioni possibili tra quelle tre variabili, richiedendo quindi modalità di effettiva tutela differenziate in rapporto alle diverse situazioni.

5. *La dimensione soggettiva della libertà religiosa*

Va avvertito che l'esigenza di libertà religiosa va considerata non solo in una dimensione individuale, bensì anche in una dimensione

(5) La Convenzione ha avuto ratifica ed esecuzione nel nostro ordinamento con la legge 4 agosto 1955 n. 848.

(6) HABIBI A., *The positive/negative liberty distinction on J.S. Mill's theory of liberty*, in ARSP, 1995, p. 356.

collettiva. Il fattore religioso non si esprime soltanto a livello di esperienza individuale, bensì ha come sua caratteristica peculiare di provocare il sorgere di una ricca ed articolata pluralità di soggetti collettivi. All'interno di ogni religione conosciuta nel nostro contesto è costantemente presente il fenomeno della dicotomia dialettica esperienza individuale-tendenza collettiva, ed in effetti, nelle religioni a noi più vicine, il rapporto con il divino si esplicita in forme comunitarie o istituzionalizzate⁽⁷⁾. La pluralità di categorie di soggetti si riflette sui vari tipi di attività rilevabili.

In effetti, ai fini del compimento di un'esperienza religiosa vi sono attività generiche e attività specifiche. Per *generiche* intendiamo quelle attività che, sulla base dell'osservazione storica e del senso comune, si ritengono tipiche di qualsiasi forma di tale esperienza religiosa: attività di culto, attività di propaganda della propria fede. Nel compimento di questo tipo di attività il soggetto può certo apparire come portatore di una iniziativa personale, ma molto spesso può apparire piuttosto come agente nell'assolvimento dei compiti che il gruppo di appartenenza si propone di svolgere per raggiungere le finalità religiose per cui esso gruppo è sorto e vive. Si comprende perciò che, da questo punto di vista, l'esigenza di libertà religiosa può essere senza troppe difficoltà considerata dall'ordinamento in modo interscambiabile, ossia con riferimento tanto a singole persone quanto a gruppi che si propongono scopi religiosi.

Diversi sono i problemi posti dalle attività per così dire *specifiche*, richieste cioè per il compimento di una peculiare esperienza religiosa da ciascun gruppo portatore di uno specifico messaggio religioso e quindi non prevedibili *a priori*, anzi imprevedibili e spesso imbarazzanti per la loro stranezza o addirittura per la loro divergenza rispetto ai normali criteri di valutazione di liceità degli atti. Qui, anche ammesso che l'ordinamento sia disposto a tener conto di queste specificità di azione, può apparire più semplice tenerne conto in una dimensione puramente individuale, nei termini cioè di una sopportabile eccezione ad una regola generale, mentre appare più problematico tenerne conto in una dimensione collettiva, ossia come caratterizzante un intero gruppo e la sua *identità*, perché a questo punto entrano in gioco i valori complessivi su cui si regge

(7) Cfr. FERRARI - IBAN, *Diritto e religione in Europa occidentale*, Bologna, ed. Il Mulino, 1997, p. 38.

l'ordinamento. Quindi non è più possibile la indicata interscambiabilità, e i problemi vanno riguardati separatamente nell'ottica individuale ed in quella collettiva.

Infine, vi sono tipi di attività — strumentali al raggiungimento di finalità religiose — che sono tipiche della sola dimensione collettiva, in quanto riguardano le possibilità di associazione e le modalità di organizzazione di un gruppo. Di queste attività si può anche parlare nel vasto quadro della libertà religiosa, ma, ovviamente, con esclusivo riferimento ai gruppi.

6. *Libertà religiosa e variabilità delle restrizioni da superare*

Per quanto riguarda i tipi di restrizioni od ostacoli da cui ci si intende liberare, l'attenzione si porta sulla natura di queste restrizioni, le quali non sono tali in assoluto, ma assumono tale configurazione in relazione al tipo di comportamento rispetto al quale costituiscono impedimento o forzatura. Si sa che l'aspirazione naturale delle persone è quella di poter scegliere e decidere, nei diversi ambiti della vita sociale in cui sono impegnati, il tipo di comportamenti da tenere per la propria auto-realizzazione, senza esserne impediti. Nella teoria e nella prassi, l'impedimento a questa aspirazione naturale proviene dal potere, quello pubblico innanzitutto, ma anche quello privato; di modo che i problemi che sorgono appaiono riconducibili ad una dialettica fra due poli, quelli cioè dell'autorità e della libertà.

Se si guarda ai dati storici, si può constatare che quello che caratterizza la lotta per la libertà religiosa è la liberazione di certe attività, necessarie per compiere l'esperienza religiosa, dalle interferenze, dai controlli, dai divieti volutamente e direttamente frapposti soprattutto dal potere politico, in quanto alleato ad un solo, specifico credo religioso ed orientato perciò ad ostacolare lo sviluppo di tutti gli altri⁽⁸⁾; tant'è che, sul piano culturale, quella lotta è strettamente collegata alla denuncia della intolleranza, espressione con cui si vuole intendere proprio l'ostilità del potere

(8) Da una parte c'è la religione ufficiale, la *religione dello Stato*, dall'altra gli altri culti; siccome di solito la prima è la religione maggioritaria, le seconde vengono qualificate genericamente come *minoranze*: sono esse che vengono combattute.

politico di fronte a idee, convinzioni, credenze non gradite al potere stesso⁽⁹⁾.

Rispetto ai mezzi economici o giuridici eventualmente utili come presupposto di un più efficace soddisfacimento delle proprie esigenze, assumono l'aspetto di restrizioni gli ostacoli che incontra qualsiasi soggetto in conseguenza della distribuzione delle risorse (= ostacoli di natura economica) oppure dei limiti alla gestione della propria sfera giuridica per evitare incidenze e rispercussioni nella sfera di altri soggetti (= ostacoli di natura giuridica).

Va detto che, rispetto al variabile configurarsi di restrizioni, l'attenzione si concentra sulle modalità di impiego del diritto per superarle: si elabora, in altri termini, una *politica della libertà*. Rispetto alle restrizioni del primo tipo, l'uso del diritto è in funzione garantista, ossia deve configurare quegli atti autoritativi come contrari alla legalità, costituzionale oppure ordinaria, fornendo al soggetto la pretesa giuridica, azionabile dinanzi agli organi statuali, alla loro eliminazione.

Rispetto alle restrizioni del secondo tipo, quelle cioè consistenti nella carenza di risorse giuridiche ed economiche, l'uso del diritto è in funzione interventista, ossia deve determinare le modalità d'intervento del potere pubblico al fine di rimuovere gli ostacoli di natura economica (evidentemente, erogando risorse finanziarie, beni e servizi) oppure al fine di ampliare la sfera giuridica dei soggetti, concedendo loro maggiori possibilità d'azione e consentendo loro, in tal modo, di incidere anche sulle sfere giuridiche altrui. Va da sé che, in questi casi, di fronte agli interventi del potere pubblico la libertà religiosa non si configura più come una pretesa giuridica azionabile, bensì soltanto, atecnicamente, come posizione degna di attenzione sul piano politico, come un bene di valore sociale, e tale da rafforzare la giustificazione e la motivazione dell'intervento statale inteso al soddisfacimento di quell'interesse pubblico che, come vedremo quando ci occuperemo della funzione interventista del diritto, si rispecchia nella rilevanza conferita al fine di religione o di culto.

(9) Si può convenire che l'art. 19 Cost., per quel che concerne il tipo di restrizioni contro cui vuole fornire protezione, consente certamente di collegare la tutela della libertà religiosa alla tradizione liberale. In effetti, il contenuto storico delle lotte per la conquista di questa libertà coincide con l'idea di libertà professata dalla dottrina liberale.

7. *La dimensione positiva della libertà religiosa*

Tradizionalmente, l'aspetto della libertà religiosa che è venuto in evidenza è quello per cui, di fronte ad essa l'atteggiamento dello Stato è puramente *garantista*, nel senso che, da una parte, impegna i propri poteri ordinamentali (normativo ed amministrativo), a non ostacolare le attività ed i comportamenti attraverso cui i soggetti realizzano la loro esperienza religiosa, dall'altra impegna il proprio potere giudiziario ad intervenire per tutelare i soggetti da ostacoli tuttavia frapposti sia da parte dei poteri pubblici, sia da parte dei numerosi poteri *privati*. È la dimensione della libertà religiosa che si conviene di qualificare come *negativa*.

Senonché, oggi si va affermando il convincimento che le libertà non possano essere configurate e tutelate in modo astratto, non possano cioè essere puramente formali, ma devono essere garantite nella loro sostanza, eliminando per quanto possibile le difficoltà che di fatto possono frapporsi al compimento delle attività in cui si concreta l'esercizio della libertà stessa.

Questo discorso varrebbe anche per la libertà religiosa, in quanto si crede di poter asserire che il nostro ordinamento è mosso dal « *l'obiettivo di dare una sempre più piena ed appagante soddisfazione al diritto di libertà religiosa del civis-fidelis* »⁽¹⁰⁾. Pertanto anche nella libertà religiosa viene evidenziata una dimensione qualificabile come *positiva*⁽¹¹⁾, nel senso che il suo effettivo soddisfacimento presuppone un sostanziale mutamento nell'atteggiamento dello Stato, che non deve limitarsi ad essere puramente *garantista* bensì deve comportarsi da Stato *interventista*; dipende cioè dall'assegnazione agli interessati, da parte del potere pubblico, di risorse

(10) BERLINGÒ S., *Autonomia e pluralismo confessionali. Egale libertà e sistema normativo*, nel vol. *Studi per la sistemazione delle fonti in materia ecclesiastica*, Salerno, ed. Edisud 1993, p. 77.

(11) Questa espressione, che vuole sottolineare la differenza rispetto alla concezione — di ascendenze liberali — della libertà come assenza di interferenze estranee o restrizioni poste all'agire del soggetto da parte del potere politico (qualificata, in questa prospettiva, come libertà *negativa*), si collega alla concezione — di ascendenze democratiche — della libertà come « *autorealizzazione dell'individuo nel complesso delle sue molteplici potenzialità di espressione* » (cfr. BALDASSARRE A., voce *Libertà*, cit., n. 6), autorealizzazione che dipende dall'effettivo soddisfacimento dei fondamentali interessi soggettivi, e perciò richiede interventi di sostegno materiale e finanziario; cfr. PASINI D., *Problemi di filosofia della politica*, Napoli, ed. Jovene 1977, p. 99 ss.

materiali (= finanziamenti diretti o indiretti) e giuridiche (= conferimento di possibilità di azione, di poteri specifici). La stessa Corte Costituzionale favorisce una lettura della libertà religiosa in questo senso, allorché rileva che lo Stato si fa carico del compito di «facilitare l'esercizio del culto», che è «*componente essenziale della libertà religiosa, conseguenziale alla stessa professione di una fede religiosa*»⁽¹²⁾.

8. *Perplexità sulla configurazione di una dimensione positiva della libertà*

La configurazione di una dimensione *positiva* delle libertà si è posta essenzialmente in ragione di alcune fondamentali esigenze esistenziali e generalissime il cui riconoscimento non si vuole rimanga allo stadio dell'astrattezza, ma impegni all'effettivo soddisfacimento: assistenza, salute, educazione. La religione potrebbe non essere sentita da tutti i membri della comunità come una necessità di base al pari di quelle ora indicate; di modo che l'interventismo in questa materia può produrre l'indesiderato effetto di radicalizzare la discriminazione fra idealità religiose e idealità non religiose, dall'altra, di accentuare la posizione vantaggiosa dei gruppi confessionali più forti e consolidati (e quindi più omogenei rispetto ai valori mediamente diffusi nella società civile) rispetto a quelli minoritari e portatori spesso di visioni critiche o destabilizzanti dell'attuale assetto sociale⁽¹³⁾.

Insomma, la valorizzazione della dimensione positiva della libertà religiosa rischia di compromettere l'ideale di giustizia adeguato ad uno Stato fondato sul pluralismo, ed ha come suo solo correttivo in questo senso non già un maggior livello di laicità dello Stato, bensì semplicemente il passaggio dal mono-confessionismo al pluri-confessionismo.

Ma si sa che ogni democrazia deve fare i conti con la forza di interessi costituiti, e quindi l'idea della dimensione positiva della li-

(12) Corte cost. 27 aprile 1993, n. 195.

(13) PECES-BARBA G., *Algunas reflexiones sobre la libertad ideologica y religiosa*, nel vol. *Libertad y derecho fundamental de libertad religiosa*, Madrid, Edit. de der. reunidas 1989, p. 67 s.

bertà religiosa è destinata a rafforzarsi nel nostro contesto culturale. Analizziamone pertanto le implicazioni e gli sviluppi.

9. *La libertà religiosa positiva come diritto di prestazione*

È evidente che, a questo punto, la libertà religiosa viene a muoversi in una logica ben diversa da quella in cui si pone quando viene considerata nella sua dimensione negativa: in tale dimensione, invero, essa appare come una rigorosa pretesa giuridica di fronte alla quale si configurano obblighi giuridicamente controllabili. Invece, nella sua dimensione positiva, la libertà religiosa appare come un diritto di prestazione nei confronti delle strutture pubbliche, diritto di prestazione che non costituisce una pretesa giuridica azionabile, né esiste un vero e proprio obbligo giuridico delle strutture pubbliche a soddisfare le eventuali richieste⁽¹⁴⁾. Si capisce che, in una prospettiva autenticamente partecipata e solidarista dello Stato democratico, tutte le libertà — e quindi anche quella religiosa — costituiscono un bene di valore eminentemente sociale; ma questa considerazione non può affatto trasferirsi in modo automatico dal piano etico-politico a quello tecnico-giuridico.

In altri termini, le forme di aiuto che il potere pubblico decide di fornire costituiscono il frutto di scelte politiche, il cui rischio è proporzionale alla discrezionalità con cui il potere pubblico dispensa risorse giuridiche e materiali, discrezionalità attraverso cui possono passare preferenze e gradimenti favoriti dalla possibilità di uno scambio politico. Siccome i mezzi per soddisfare il diritto di libertà religiosa possono essere svariatiissimi per natura, qualità e quantità, sarebbe bene evitare che la libertà religiosa diventi un manto che copre qualsiasi tipo di intervento pubblico che viene invocato e che debba apportare benefici materiali o giuridici, risorse finanziarie o possibilità di esplicazione di poteri.

⁽¹⁴⁾ In altri termini, in questi casi il principio di libertà religiosa esplica soltanto «una efficacia indiretta, di semplice indicazione per il legislatore»: ONIDA F., *Prospettive di fine millennio per la legislazione ecclesiastica*, nel vol. *Studi per la sistemazione delle fonti in materia ecclesiastica*, Salerno, ed. Edisud 1993, p. 269 s.

10. *La libertà religiosa positiva al servizio degli interessi istituzionalizzati*

A questo punto, va detto che la valorizzazione della dimensione *positiva* della libertà religiosa costituisce il sapiente anello di congiunzione tra ideologia *democratica* della libertà e rivalutazione dei gruppi nella configurazione di *formazioni sociali*. Abbiamo segnalato come la rivalutazione dei gruppi sia — nel quadro della dottrina *organicistica* che ne sta alla base — funzionale al conferimento di rilevanza per gli interessi *istituzionalizzati*, per quegli interessi cioè di cui appare titolare diretto l'istituzione, il gruppo, e che si riassumono nell'interesse del gruppo ad ottenere dai poteri pubblici quanto più è possibile di risorse economiche e giuridiche.

Questi conferimenti di risorse economiche e giuridiche «*per necessità strutturali non possono avere come destinatari singoli individui*»⁽¹⁵⁾; ed allora si intuisce che la valorizzazione della dimensione *positiva* della libertà religiosa serve proprio per giustificare il soddisfacimento non certo di interessi religiosi individuali, bensì degli interessi religiosi di cui si fa titolare il gruppo confessionale. L'argomento è che le *formazioni sociali* sono funzionali allo sviluppo della persona (art. 2 Cost.): beneficiando il gruppo di risorse, esso potrà impiegarle per organizzare la gestione dei servizi fruendo dei quali i fedeli compieranno la loro esperienza religiosa: insomma, risorse al gruppo e, di riflesso, agevolazione della libertà religiosa dei fedeli.

Si può pure parlare di *rappresentanza*, purché non la si intenda nel comune senso giuridico che ha riguardo a interessi che corrispondono a situazioni giuridiche precise dei rappresentanti, bensì la si intenda su di un piano di antropologia e psicologia sociale, che può essere illustrato nei termini seguenti.

Se talvolta il sentimento di appartenenza del singolo ad un gruppo è, data la funzione limitata del gruppo stesso, molto tenue, altre volte, specialmente se il gruppo si caratterizza per un elemento da cui il singolo ritiene di ricavare una propria identità, si può dire che ciò che una persona è costituisce anche il prodotto di queste comunità di appartenenza; anzi, l'appartenenza al gruppo assume una portata molto più radicale, in quanto essa consente di presentarsi al-

(15) CASUSCELLI G., *Il diritto a formare liberamente la coscienza*, nel vol. *Libertad*, cit., p. 135.

l'esterno, nella vita sociale, con atteggiamenti e comportamenti sostenuti e rafforzati dal gruppo stesso. Ne consegue che gli interessi del soggetto sono influenzati dal suo modo di sentire l'appartenenza a tali comunità, e che gli ostacoli all'autonomia della comunità di appartenenza vengono avvertiti — di riflesso — come ostacoli all'autonomia individuale⁽¹⁶⁾. Se quest'ultima è raggiunta solo se ed in quanto è realizzata la prima, la libertà viene pensata come un diritto della comunità, la cui tutela si riflette sugli individui in quanto appartenenti alla comunità stessa.

Nel caso particolare, i gruppi confessionali per definizione pongono a disposizione dei loro membri quei beni e quei servizi spirituali, dettano loro quelle regole di comportamento che sarebbero desumibili dagli aspetti etici del messaggio religioso, grazie alle quali il fedele può compiere la sua esperienza religiosa.

11. *La libertà religiosa positiva come diritto riflesso del singolo*

Il passo argomentativo successivo è acuto: per consentire ai fedeli di compiere la loro esperienza religiosa — nel che si sostanzia il diritto di libertà religiosa — il gruppo confessionale ha bisogno delle risorse materiali e giuridiche necessarie per organizzare i servizi e per assicurare l'efficacia delle regole di comportamento per i suoi membri⁽¹⁷⁾: insomma, quanto maggiori risorse otterrà il gruppo, tanto più agevole sarà la realizzazione del diritto di libertà religiosa dei soggetti membri del gruppo stesso.

A questo punto, però, la libertà religiosa non deve essere considerata in modo unitario, comprensivo cioè sia degli aspetti negativi che di quelli positivi⁽¹⁸⁾; siffatta considerazione unitaria costituisce una semplificazione, pericolosa perché rischia di minimizzare le ripercussioni immediate che gli aspetti positivi — e non certo quelli negativi — della libertà religiosa hanno sui valori di democrazia, di libertà e di eguaglianza che dovrebbero stare a cuore all'ordinamento.

⁽¹⁶⁾ MAC CALLUM G., *Negative and positive freedom*, in *The phil. review*, 1967, p. 324 s.

⁽¹⁷⁾ È facile intravedere, sotto il lessico apparentemente neutro di questa argomentazione, la dottrina canonistica della *Libertas Ecclesiae*.

⁽¹⁸⁾ Come invece ritiene CASUSCELLI G., *Il diritto a formare liberamente la coscienza*, nel vol. *Libertad*, cit., p. 135.

In effetti, quando si parla di aspetti *positivi* della libertà religiosa bisogna tener conto che ci si muove in una logica tutta diversa, in quanto la libertà religiosa non è allora un diritto immediato dei singoli, ma è un diritto *riflesso*, nel senso che il singolo ne gode in proporzione alle risorse di cui gode il gruppo. Vale a dire che la valorizzazione della dimensione *positiva* della libertà religiosa è funzionale alla tesi curialistica secondo cui la libertà religiosa del cittadino-fedele costituisce un mero riflesso, dipende dall'ampiezza delle possibilità giuridiche ed economiche di cui il gruppo confessionale d'appartenenza ritiene di aver bisogno per raggiungere i suoi fini: la libertà del singolo, insomma, dipende dalla *libertas Ecclesiae*; di modo che qualunque ampliamento di questa sarebbe giustificato per la realizzazione di quella ⁽¹⁹⁾.

12. Libertà religiosa positiva e tramonto dell'eguaglianza nella libertà

Non è difficile valutare le conseguenze dell'uno o dell'altro modo di guardare all'aspetto soggettivo della libertà religiosa, specialmente per quanto riguarda il rapporto fra il modo di concepire quest'ultima e quel grande principio di riferimento che è il principio di eguaglianza, e che costituisce uno degli strumenti più efficaci per la realizzazione storica dell'ideale di giustizia. In effetti, se la libertà religiosa viene intesa in chiave individualistica, facilmente il suo contenuto può essere reso conforme all'esigenza di eguaglianza; se invece la libertà religiosa viene intesa in chiave comunitaria, il suo contenuto varierà in corrispondenza alla capacità della comunità di ottenere — in grado maggiore o minore — quelle possibilità finanziarie e giuridiche che essa comunità ritiene necessarie per sentirsi veramente libera ⁽²⁰⁾. La conseguenza sarà che — nella misura in cui la libertà del gruppo si riflette sugli appartenenti al gruppo — i cittadini avranno gradi diversi di libertà sulla base della loro appartenenza formalizzata all'una od all'altra comunità ⁽²¹⁾, con un non desidera-

⁽¹⁹⁾ Le ideologie retrostanti a questa libertà spettante al singolo in quanto appartenente ad un gruppo, *uti socius*, vengono segnalate da FIORE M., *Preliminari per la cognizione del diritto ecclesiastico: in particolare a proposito della legislato libertatis*, in *Studi Condorelli*, vol. I, t. 2, Milano, ed. Giuffrè, 1988, p. 638 s.

⁽²⁰⁾ Per gli influssi di questa ideologia dell'*appartenenza* anche sulla giurisprudenza costituzionale, vedi FINOCCHIARO F., *Dir. eccl.*, 4^a ed. cit., p. 184.

⁽²¹⁾ Per accenni a queste conseguenze discutibili, quando un diritto viene inteso

bile spostamento di competenza, circa la determinazione del contenuto di questa libertà, dall'ordinamento statale a quello confessionale⁽²²⁾.

13. *La libertà religiosa positiva come valore da tutelare per sé stesso*

Abbiamo visto come si sia spostato l'accento dalla portata individuale alla portata sociale del diritto di libertà religiosa, come cioè abbia acquistato sempre più rilevanza la dimensione positiva della libertà religiosa, ossia la scelta politica di agevolare il compimento delle attività necessarie per condurre una esperienza religiosa, mediante assegnazione di risorse materiali e giuridiche.

Da questo punto di vista, anzi, gli stessi strumenti di negoziazione, che si configurano essi stessi come una grande risorsa perché consentono al gruppo di far valere meglio i propri interessi, diventano un mezzo di promozione della libertà religiosa: si può pertanto affermare che concordati e intese sarebbero indirizzate al fine « *di pervenire ad uno svolgimento il più ampio e completo possibile di tutte le estrinsecazioni della libertà religiosa* »⁽²³⁾: espressione di libertà positiva, dunque.

Anzi, la legittimazione del potere pubblico ad assegnare risorse sia materiali che giuridiche ai gruppi confessionali è facilitata e rinsaldata dal fatto che la fruizione della libertà religiosa può esser fatta apparire meritevole di essere sostenuta perché ed in quanto, oltre che ad essere considerabile come un valore in sé (come si può dire, per esempio, per la libertà di manifestazione del pensiero), essa può anche essere ritenuta socialmente rilevante (come si può dire, ad esempio, per la libertà economica).

non già come diritto individuale bensì come diritto del gruppo, vedi LINZ J., *Plurinazionalismo e democrazia*, in *Riv. ital. di scienza politica*, 1995, p. 44 s.

⁽²²⁾ Si può ipotizzare che l'appassionata valorizzazione che viene di continuo fatta degli aspetti *positivi* della libertà religiosa costituisca il presupposto necessario per fornire una legittimazione democratica alla tradizionale assegnazione di risorse ai gruppi confessionali ed un piedistallo più solido a chi, attraverso il meritorio rilancio della regola di bilateralità, questa assegnazione di risorse ha reso possibile in misura insperata.

⁽²³⁾ BERLINGÒ S., voce *Fonti del diritto ecclesiastico*, in *Digesto/Pubbl.*, vol. VI, Torino 1991, n. 12.

14. *La libertà religiosa positiva come valore socialmente utile*

Bisogna tener presente che viene indicato come obiettivo di fondo dell'ordinamento il « progresso materiale o spirituale della società » (art. 4, c. 1° Cost.). Tale progresso si realizzerebbe attraverso la formazione morale ed intellettuale dei consociati, formazione « alla quale concorre ogni valore idoneo a sollecitare e ad arricchire la loro sensibilità come persone, nonché il perfezionamento della loro personalità ed il progresso anche spirituale oltre che materiale »⁽²⁴⁾.

Posta questa premessa, ne consegue che è socialmente utile, corrisponde cioè all'interesse generale, qualunque attività — svolta da qualsiasi soggetto, individuale o collettivo — « *che concorra* » a tale progresso. Tale progresso è indubbiamente favorito dallo sviluppo della cultura — intesa come l'insieme di forme di vita dello spirito —, che infatti la Repubblica è impegnata a promuovere (art. 9, c. 1° Cost.). A dire il vero si tratta di affermazioni almeno rischiose, perché presuppongono inevitabilmente che lo Stato debba avere un suo ideale culturale, e perché comunque portano in evidenza l'eterno funzionamento sociale della cultura⁽²⁵⁾: l'attenzione per la cultura non è disinteressata, ma in funzione del consenso di cui il potere ha sempre bisogno.

D'altra parte, è ragionevole che le forme di vita spirituale meritino in modo particolare soddisfacimento, poiché, nel quadro di una visione umanistica, siccome c'è il rischio, per il prevalere delle macchine e della tecnologia, di un inaridimento e di una schiavizzazione dell'uomo, l'accostamento alle forme di vita spirituale (arte, scienza, religione) viene visto come un antidoto a tali pericoli. Tale accostamento può stimolare infatti le facoltà intellettive e spirituali dell'uomo, allargandone gli orizzonti cognitivi e consentendo di vivere una dimensione di libertà ed universalità, presupposto per la riconquista, da parte delle persone, della dignità umana e della capacità di partecipare pienamente alla vita sociale.

⁽²⁴⁾ Corte cost. 9 marzo 1990 n. 118, in *Foro it.*, 1990, I, c. 1103.

⁽²⁵⁾ Come dimenticare che, però guadagnarsi consenso politico, Pericle finanziava il viaggio ai contadini dell'Attica perché potessero assistere alla rappresentazione delle tragedie di Sofocle?

Ad ogni modo, nessuno potrebbe negare che la religione sia un elemento costitutivo della cultura. La religione rileva infatti — al pari delle altre forme di vita spirituale e culturale — anche come espressione di particolari modalità di formazione e di svolgimento della persona umana, perseguite attraverso pratiche sociali il cui insieme, riguardato oggettivamente, delinea le forme storiche concrete della vita sociale e del consenso sociale che evidentemente le sorregge⁽²⁶⁾.

Ne consegue che i soggetti che si preoccupano di provvedere al soddisfacimento di bisogni religiosi possono essere considerati soggetti che recano un contributo al progresso spirituale della società così come concepito dalla Costituzione⁽²⁷⁾.

Certo, come ogni scelta politica, anche quella consistente nell'intervenire a favore di richieste provenienti dal mondo religioso dovrebbe essere il frutto di un bilanciamento fra l'opportunità di soddisfacimento delle stesse e i doveri di salvaguardia sia dei cardini su cui riposa la forma di Stato sia delle libertà sorrette dalla legalità costituzionale, di cui lo Stato-persona è innanzitutto responsabile; ma è inevitabile che, quanto più la classe politica ha interesse ad uno scambio politico (favori contro sostegno) con i gruppi religiosi forti, tanto meno il bilanciamento sarà corretto e scrupoloso.

In altri termini, dato che la valorizzazione della dimensione positiva della libertà religiosa costituisce il presupposto di interventi di sostegno da parte dello Stato, dato cioè che riproduce a prima impressione un atteggiamento che era già proprio di uno Stato confessionale, dovrebbe rispondere a delle condizioni di rilevanza della religione che possano costituire parametri assumibili come oggettivi, altrimenti l'intervento di sostegno si inserisce in una gattopardesca linea di continuità con le precedenti forme di Stato, che surrettiziamente intendevano favorire il perseguimento, da parte delle istituzioni religiose, del loro fine confessionale (è ancora vivo il ricordo del regime fascista, che interveniva pesantemente per favorire la Chiesa cattolica, pur non mancando di manifestare talora la sua osti-

(26) Si può cioè parlare di una «forma sociale del religioso»: ANGELINI G., *La laicità dello Stato come problema*, cit., p. 37.

(27) Cfr. CASUSCELLI G., *Il diritto a formare liberamente la coscienza*, cit., p. 136.

lità nei confronti della stessa, soprattutto in materia di educazione della gioventù).

Si tratta allora dell'improba fatica di individuare siffatti parametri di rilevanza, consapevoli tuttavia che la loro indubbia utilità non basta da sola ad evitare preferenze ed ostilità del potere pubblico per l'uno o l'altro gruppo sociale (nel caso nostro, religioso).

Pagina bianca

Giurisprudenza

Pagina bianca

SUPREMO TRIBUNALE DELLA SEGNAURA APOSTOLICA - *Iurium* - Sentenza definitiva - 4 maggio 1996 Prot. n. 23737/92 CA - Davino, Ponente (*).

Impedimenti *ab ordinibus sacris exercendis* - Disordinata condotta sessuale - Valutazione responsabilità morale e infermità psichica - Necessità.

Inabilità *ad ministerium rite implendum* - Esercizio dei *tria munera* - Rilevanza.

Impedimenti *ab ordinibus sacris exercendis* - Diagnosi di *ephebophilia* seu *impulsum sexualem erga adolescentes* - Insufficienza.

In una disordinata condotta sessuale occorre discernere la responsabilità morale del soggetto da eventuali anomalie di tipo psichico.

La valutazione della sussistenza dell'inabilità «ad ministerium rite implendum» va fatta sulla base dell'esercizio complessivo dei «tria munera».

Non è sufficiente la diagnosi di «ephebophilia» o impulso sessuale verso gli adolescenti per determinare necessariamente la sussistenza dell'impedimento per esercitare gli ordini.

(*Omissis*). — II. IN IURE ET IN FACTO. — 2. [...] b. Iterum atque iterum severe declarare censuerunt Infrascripti deordinatam agendi rationem in re sexuali non necessario nec semper repetendam esse ex mentali infirmitate vel defectu ita ut numquam sermo fieri possit de morali responsabilitate vel gravi culpa, sed singulis in casibus, omnibus considerandis pensatis, iudicium ferendum esse. Immo etiam cum persona infirmitate psychica affligitur, eidem manet obligatio gravis adhibendi pro viribus omnia media licita ad sese curandam et deordinatos actus in re sexuali evitandos.

3. Edicit can. 1044, § 2, n. 2 quoad exercitium ordinis: « Ab ordinibus exercendis impediuntur: ... qui amentia aliave infirmitate

(*) Si veda alla fine della sentenza la *nota* di Davide Cito.

psychica de qua in can. 1041, n. 1 afficitur, donec Ordinarius, consulto perito, eiusdem ordinis exercitium permiserit ».

In can. 1041 statuitur: «Ad recipiendos ordines sunt irregulares: 1) qui aliqua forma laborat amentiae aliusve psychicae infirmitatis, qua, consultis peritis, inhabilis iudicatur ad ministerium rite implendum... ».

Quid autem «ministerii» vox innuat atque comprehendat ex can. 1008 deduci debet. In praefato canone legitur: «...sacri *ministri*, qui nempe consecrantur et deputantur, ut pro suo quisque gradu, in persona Christi Capitis, *munera docendi, sanctificandi et regendi* adimplentes, Dei populum pascant». Eodem modo, in can. 256, § 1 agitur de «...iis quae peculiari ratione ad sacrum *ministerium* spectant, praesertim in arte catechetica et homiletica exercenda, in cultu divino peculiarique modo in sacramentis celebrandis, in commercio cum hominibus, etiam non catholicis vel non credentibus, habendo, in paroecia administranda atque in ceteris muneribus adimplendis ».

Sacrum igitur ministerium adimplere non postulat unam sacramentorum celebrationem sed et insuper requirit ut muneri docendi et regendi satis fiat.

In hac provincia, sua vice, vox «rite» idem sonat ac iuxta normas, quae normae non tantum rituales considerandae veniunt sed illae omnes quae exercitium trium munerum regunt.

Et ita in Codice Nostro vox «rite» quinquagies habetur et ea fere semper utitur cum sermo non sit de sacramentorum celebratione. Adsunt nimirum canones qui spectant ad officia ordinis diaconatus *rite* adimplenda (can. 236), integram doctrinam catholicam *rite* annunciandam et tuendam in ministerio exercendo (can. 252, § 1), obligationes statui presbyterali proprias *rite* adimplendas (can. 384), officia in curia vel tribunali *rite* adimplenda (cann. 473, § 2 et 1454), munus catechistae *rite* explendum (can. 780), etc.

Ex infirmitate psychica scaterere potest inhabilitas ad ministerium «rite» implendum sive agatur de munere docendi, sive sermo sit de munere sanctificandi vel regendi.

Una debet esse causa, seu infirmitas psychica, diversimode vero intelligi potest et debet, quandoque, argumentum vocis «rite» prout de uno vel altero elemento sacri ministerii agatur.

Clerici qui contra sextum Decalogi praeceptum cum minore deliquerunt, certis in adiunctis — iterum dicimus — ideoque non semper, inhabiles haberi possunt non quia immoralia patrauerunt — ex-

tra controversiam est iudicium morale quoad subiectum non valere in praesentiarum — , sed quia eorum agendi ratio signum esse potest existentiae alicuius mentalis deordinationis vel gravis mentis perturbationis. Nec sufficit diagnosis circa aliquam infirmitatem, uti s.d. « ephrophiliam » seu impulsum sexualem erga adolescentes; videndum est de gravitate infirmitatis, de eius effectu in sacerdotem eiusque ministerium, de exitu therapiae peractae, de mediis adhibitis ad effectus infirmitatis limitandos, etc.

Iudicium autem ad rem proferre non peritorum est sed unius Episcopi qui, consultis quidem peritis, ceterisque adiunctis serio pensatis (cfr. can. 1579, § 1), ad conclusionem legitime pervenire potest.

Qui Episcopus, si postea res in melius se verterit, potest exercitium ordinis denuo permittere. (*Omissis*).

Bernardinus Card. Gantin
D. Simon Card. Lourdasamy
Vincentius Card. Fagiolo
+ Joseph Mercieca
+ Iulianus Herranz
+ Philipus Giannini
+ Aemilius Eid
+ Eduardus Davino, Ponens

Chiamata a giudicare una causa concernente l'impedimento ad esercitare gli ordini sacri ai sensi del c. 1044 § 2, 2°, la Segnatura Apostolica ha ribadito alcuni punti essenziali nella trattazione di simili fattispecie.

L'argomentazione del Supremo Tribunale si è svolta secondo i punti che possono essere sinteticamente così esposti: innanzitutto, in presenza di comportamenti gravemente disordinati in ambito sessuale da parte di un chierico, occorrerà accertare caso per caso quanto vi sia di responsabilità morale, ossia di esercizio di una libera volontà, e quanto invece sia attribuibile ad una situazione patologica dell'interessato, evitando affrettate conclusioni in un senso o nell'altro. Tutto ciò ha peraltro un'importanza decisiva al fine di determinare il grado di imputabilità penale, tenuto conto che per la punibilità di un delitto occorre che alla violazione esterna della legge o del precetto vada unita la grave imputabilità per dolo o per colpa (cf. c. 1321 § 1).

Non solo, ma anche se può essere ravvisata una qualche infermità di tipo psichico, che certamente attenua la colpa morale, non viene meno, in ogni caso, il grave dovere morale di ricorrere a lecite terapie onde evitare in futuro atti di questo tipo, che di per sé restano oggettivamente disordinati.

In secondo luogo, al fine di valutare l'entità dell'infermità psichica che determini gli effetti previsti dal c. 1044 § 2, 2°, non è sufficiente una diagnosi «circa aliquam infirmitatem», ma deve essere svolto un serio accertamento sulla gravità della patologia in relazione all'esercizio del ministero, sugli esiti delle terapie adottate e sui mezzi utilizzati per limitare gli effetti dell'infermità.

Di conseguenza, a prescindere dal giudizio morale, non basta la commissione di un delitto contro il sesto precetto del Decalogo con un minore o l'aver un impulso verso gli adolescenti per determinare necessariamente la presenza dell'impedimento contemplato nel c. 1044 § 2, 2°. Questa valutazione, inoltre, non è affidata ai periti, che offrono elementi tecnici al riguardo, senza dimenticare l'importanza che la loro indagine sia svolta secondo criteri antropologici coerenti con un'autentica visione umana e cristiana dell'uomo⁽¹⁾, ma al Vescovo, che dovrà pervenire ad una conclusione considerate tutte le circostanze sopra ricordate e non soltanto le diagnosi peritali (cf. c. 1579). Successive mutate circostanze potranno comportare la riammissione del chierico all'esercizio degli ordini.

Quanto all'interpretazione dell'espressione *rite adimplendum* indicata dal c. 1041, 1° e richiamata dal c. 1044, § 2, 2°, il turno giudicante, muovendo dal c. 1008, non ne limita la portata alla sola capacità di celebrare i riti sacramentali ma a tutto quanto comprende un adeguato esercizio dei *tria munera*, sebbene a volte non sia facile circoscrivere esattamente i limiti di questo adeguato esercizio.

In conclusione di queste brevi cenni, occorre considerare che l'impedimento previsto dal c. 1044 § 2, 2° è provocato da situazioni patologiche che compromettono globalmente l'esercizio del ministero ordinato. Forme patologiche più attenuate, soprattutto se so-

(1) Cf. i Discorsi del Papa alla Rota Romana degli anni 1987 e 1988, pronunciati rispettivamente il 5 febbraio e il 25 gennaio e pubblicati sugli AAS 79 (1987) 1453-1459; 80 (1988) 1178-1185.

TRIBUNALE DELLA ROTA ROMANA - *Romana* - Nullità del matrimonio - Simulazione totale - Difetto di discrezione di giudizio - Dolo - Condizione - Impotenza — Sentenza definitiva - 17 marzo 1993 - De Lanversin, *Ponente*.

Matrimonio - Consenso - Esclusione del matrimonio stesso - *Causa contrahendi* - *Causa simulandi* - Criteri per distinguerle.

Matrimonio - Impedimento - Impotenza - *Ratio iuridica* - *Ipso naturali iure* - Diabete - Anziani.

Qualche volta la *causa simulandi* è stata confusa con la *causa contrahendi*, donde sia definita quale motivo che induce il contraente a realizzare il rito matrimoniale. Affinché ciò si capisca meglio, si deve dire che i fini non-matrimoniali possono avere un duplice rapporto riguardo al consenso, e cioè o quale causa secondaria ovvero quale causa principale di contrarre. Nel primo caso e benché quei fini siano causa sine qua non della celebrazione nuziale, essi non escludono la sostanza del matrimonio, se rimane il fine istituzionale (anche se il contraente non pensi affatto ad esso), poiché, per la stessa ragione che il contraente intende celebrare il matrimonio, non escludendone espressamente il fine istituzionale, intende virtualmente ed implicitamente istituire rettamente il coniugio. Nell'altra ipotesi, invece, il contraente intende e persegue quel fine escludendo principalmente il matrimonio stesso o considerando la celebrazione un rito privo di valore ed inefficace: in questo caso, poiché manca il consenso al matrimonio, esso non esiste.

Ipso naturali iure, sono impediti al matrimonio tanto l'uomo quanto la donna che soffrono di impotenza copulativa antecedente e perpetua, sia assoluta sia relativa, che dirime il matrimonio *ex ipsa natura*. (Cfr. can. 1084 § 1 CIC). Il patto coniugale, dunque, non può essere costituito se il contraente non è in grado di impegnarsi a ciò che riguarda il *bonum coniugum* e il *bonum proles* (cfr. can. 1055 § 1 CIC), poiché « non è conveniente l'obbligazione se qualcuno si obbliga a ciò che non può dare o fare, così anche non è conveniente

stenute da idonee terapie, potranno forse rendere inabile il soggetto ad esercitare determinati uffici o compiti, ma senza per questo arrivare a costituire un impedimento che, pur non avendo a differenza dalle irregolarità carattere di perpetuità, certamente comporta una grave restrizione alla condizione personale del chierico.

Davide Cito

il contratto matrimoniale fatto da colui che non può rendere il debito coniugale » (*).

(*Omissis*). — FACTI SPECIES. — 1. D.nus Hyginus, Parmae die 18 octobris a. 1905 natus, et D.na Lina Maria, in pago v.d. «Forni Avoltri», Utinensis Ditionis, die 18 augusti 1936 orta, fortuito sibi occurrerunt primo vere anni 1978, dum vir, viduus circiter ab anno ob excessum e vita praecedentis uxoris quacum tres filios habuerat, variis morbis incommodis e senectute et potissimum solitudine afflictum se praebat.

Propterea idem desiderio flagrabat compartem inveniendi pro reliquis diebus vitae suae, quae praestaret adiutorium quo ipse indigebat pro suis variis necessitatibus, quando obviam habuit D.nam Linam Mariam, et ipsam viduam a duodecim annis et bina prole adhuc minoris aetatis tunc oneratam.

Instaurata consuetudine amicali, quae, sensim sine sensu, familiaris advenit, atque non obstante interruptione relationis ab anno 1979 ad annum 1981, haec cum alternis vicibus per annos 1981-1983 perrexit.

Tandem D.nus Hyginus et D.na Lina Maria ad matrimonium devenerunt, quod more concordatario in ecclesia paroeciali S. Mariae Goretti dicata in Urbe, die 21 aprilis 1984, celebratum est, omnibus comparatis praerequisitis documentis, processiculo praematri-
moniali confecto atque obtenta dispensatione super publicationibus a iure requisitis.

2. Convictus coniugalis paucos menses pacificus deferbuit, sed repentim finem habuit die 9 iulii 1984 cum mulier marito valedixit, quia contentio exorta fuerat inter coniuges ob praesentiam sub eodem tecto coniugali filiorum D.nae Linae Mariae e praecedenti matrimonio enatorum.

Post discessum mulieris, D.nus Hyginus etiam uxorem denunciavit Auctoritati Publicae pro derelicto consortio et eam insimul persecutus est apud Forum Laicum, intendendo vel denunciando actiones sive civiles sive poenales.

Tandem die 16 octobris 1984 supplicem libellum apud Tribunal Ecclesiasticum Regionale Latii porrexit, quo matrimonium suum

(*) Si veda alla fine della sentenza il commento di JOAN CARRERAS, *Nota sul carattere « naturale » o meno dell'impotenza copulativa sofferta dagli anziani*.

cum Lina Maria nullum contendebat ob quinque capita, quae die 3 decembris a, 1984 concordata fuerunt, scilicet:

- a) Simulationis totalis ex parte mulieris conventae (can. 1101, § 2);
- b) Doli ex parte mulieris conventae (can. 1098);
- c) Impotentiae ex parte viri actoris (can. 1984);
- d) Defectus discretionis iudicii ex parte viri actoris (can. 1095, n. 2°);
- e) Quatenus negative, conditionis de praesenti ex parte viri actoris (can. 1102).

Quapropter praeaudatum Tribunal prosecutum est processum per excussionem ambarum partium et fere omnium testium utriusque partis.

3. Attamen, inter moras processus, die 5 februarii 1986 obiit vir actor; ideoque ad causam prosequendam, iuxta can. 1675, § 2, necnon can. 1518 CIC, Decreto diei 25 februarii 1986, filii originarii D.ni Hygini haeredes admissi fuerunt in iudicio, dieque 22 martii 1986, rite citata conventa, iterata est dubiorum concordantia sub formula: *An constet de matrimonii nullitate, in casu, ex capitibus iam concordatis in praecedenti sessione litis contestationis diei 3 decembris 1984.*

Instructione completa, uti de iure, praesertim per acquisitionem complurium peritiarum, tum ex officio tum ex parte, demum, die 1 decembris 1987, lata est sententia in primo iudicii gradu, adversa votis partis actricis, scilicet: *Negative, seu non constare de nullitate matrimonii, in casu, ullo ex capite adducto.*

Appellante Cl.mo Patrono partis actricis ad Nostrum Apostolicum Tribunal, die 5 octobris 1988 concordatum est dubium disputandum sueta sub formula: *An constet de Nullitate Matrimonii, in casu*, praesente etiam parte conventa, legitime citata, quae coram iudice significavit se esse pro validitate matrimonii sui.

4. Hac in sede, suppletiva inquisitione peracta et ceteris adimpletis, quae adimplenda erant, commutatisque defensionibus Cl.morum Advocatorum ambarum partium et animadversionibus Rev. D. Vinculi Defensoris ad causam deputati, RR. PP. DD. Auditores de Turno, die 13 februarii 1991, decreverunt: «DILATA, et interim conficiatur peritia quoad caput impotentiae viri actoris».

Eodem igitur die, per Decretum Ponentis, Cl.mus Professor Antonius Cancrini peritissimus electus fuit qui, praestito iureiurando, instructiones a Ponente datas recepit, scilicet:

1) Praeprimis, convocata muliere conventa in Urbe degente, atque solus cum sola videat, aptis quaesitis, de exsistentia necne consummationis suprascripti matrimonii, non omissis mediis artificialibus a sexuologis medicis nonnumquam pro viris debilibus in sexualibus adhibitibus;

2) Dein comiter faveat respondere in relatione sua peritali quaesitis a Patronis propositis.

5. Egregius partis actricis Patronus interea, instantia diei 10 ianuarii 1992, Tribunali exhibuit, ut actis causae adlegaretur, « originale elaboratum medicum clynicum » super actis in persona defuncti D.ni Hygini, a Cl.mo Prof. V.G. (Professore Assistente di Urologia della Facoltà di Medicina e Chirurgia dell'Università « La Sapienza » di Roma) subscriptum.

Cl.mus Peritissimus, Prof. Antonius C., sua ex parte, peritalem relationem exhibuit ac iudicialiter confirmavit die 10 iulii 1992.

Denique novo Patrono « ex officio » pro parte conventa instituto, denuo commutatae fuerunt Defensiones, Memorialia et Animadversiones, uti de iure.

His in adiunctis, hodie Nobis iudicanda venit causa in secundo iuris dictionis gradu, diversisque dubiis, in sessione litis contestationis concordatis Nostrum est respondere uti respondemus.

IN IURE. — I. DE SIMULATIONE TOTALI. — 6. Exclusio totalis, seu simulatio totalis, circa contractum matrimonialem statuta est una simul cum simulatione partiali a can. 1101, § 2 C.I.C., quae praedicat: « At si alterutra vel utraque pars, positivo voluntatis actu, excludat matrimonium ipsum vel matrimonii essenziale aliquod elementum, vel essentielle aliquam proprietatem, invalide contrahit ».

Relate ad modum dicendi can. 1101, § 2, obliviscendum quoque non est quod in simulatione totali contrahens, consulto ac sciens, simulacrum perficere intendit, cum reapse ipsum matrimonium excludat; dum in partiali simulatione exoptat et vult aliquam coniugii speciem (pseudo-matrimonium) suis placitis accommodatam, plerumque ignarus perpetranda nullitatis (cf. *R.R.Dec.*, coram Ragni, dec. 18/93).

Ex quo eruitur quod totalis fictio versari potest in ipsum coniugium, quatenus nupturiens nullimodo interne vult nuptias assequi, se aliud commodum (i. e. divitias, auxilium, libertatem a parentibus, etc. ...), reiecto omnino ita instituto matrimoniali modo directo, dum qui omnia elementa essentialia, vel bona matrimonialia (sacra-

menti, fidci, prolis), una simul seu coniunctim respuit, partialem simulationem patrat.

Qua de causa, uti dixit Card. Petrus Gasparri: «Fictio seu simulatio consensus matrimonialis tunc verificatur quando contrahens quidem verba consensum exprimentia et rite profert, sed interne illum non habet» (Card. P. GASPARRI, *De Matrimonio*, vol. II, n. 814).

7. Cum quis vario subiectivo consilio contrahere queat et matrimoniale institutum ut tale obiectum finem habeat, finis praemissa notione, nota philosophiae scholasticae distinctio inter finem operis et finem operantis in limine attendenda est, attento quod «finis» est cuius gratia aliquid fit.

Consequenter finis operis est «bonum ad quod actio sua indole tendit» quodque sua natura producit, utpote: «inerente all'essenza stessa dell'atto che si compie».

Quapropter, matrimonio applicando, finis operis est matrimonio essentialis et necessario adhaerens, cum ad illud matrimoniale institutum ex sua indole ordinatum sit.

Finis operantis, sua ex parte, est: «bonum quod agens sua actione intendit seu sibi consequi proponit».

Consequenter in contractu matrimoniali finis operantis est illud Bonum, ad quod consequendum tendit contrahentium voluntas. Plures esse possunt operantis fines, cum, praeter interiores matrimonii fines, plures esse possint exteriores (cf. *R.R.Dec.*, coram Funghini, sent. diei 14 octobris 1992, n. 2).

8. Ad simulationem totalem, quam contendunt, quod attinet, tenet solidata iurisprudencia Nostri Fori quod finis operis nequit excludi fine operantis, quin corruat eo ipso contractus essentia, siquidem contrahentis voluntas non intendit omnino finem operis, sed tantummodo finem operantis, primum implicite excludens (cf. *R.R.Dec.*, coram Lefebvre, decisio, diei 12 martii 1960, tom. LII, n. 2, p. 171).

Attamen, qui mere diversum a fine operis finem consequendum sibi proponit consensum non vitiat, ideoque matrimonium irritum non reddit, nisi simul, positiva intentione, finem operis absolute excludat. Legitimi enim sunt fines operantis diversi a fine operis dummodo huic non adversentur.

Quapropter qui matrimonium ut medium ad fines assequendos vult, non eo ipso dicendus est consensum suum simulasse; enimvero

causa simulandi, eaque gravis et proportionata, investiganda est, quam contrahens praevaletentem habeat oportet relate ad matrimonium recte contrahendum.

Si autem contrarium evincatur ex adductis, vel ex circumstantiis, quatenus nempe nupturiens ad verum matrimonium allectus fuisset, quam ad ficte consensum praestandum, probata haud teneri potest asserta simulatio.

9. Ut ad particularia accedamus, aliquando simulandi causa confundi cum causa contrahendi videtur, ubi scilicet definitur tanquam motivum quod induxerit contrahentem ad ritum matrimoniale perferendum.

Ad quod rectius intelligendum, dicendum est fines extraneos matrimonio dupliciter sese habere posse respectu consensus, nempe: vel uti causam secundariam et rationem applicationis ad contrahendum, vel uti causam principalem contrahendi.

In primo casu, quamvis fines illi sint causa sine qua non iniretur matrimonium, tamen ipsi non excludunt substantiam matrimonii, adeo ut maneat finis matrimonii debitus, etiamsi de illo nihil cogitet contrahens, quia eo ipso quod matrimonium contrahere intendit, nisi finem debitum expresse excludat, illum virtute et implicite coniugium recte facere intendit.

Altera tamen in hypothesis contrahens tendit et respicit finem illum, principaliter excludens matrimonium ipsum vel habens celebrationem uti vanum ritum omni valore vacuum nec illum producentem ritum: quo in casu, deficiente consensu in matrimonium ipsum, hoc non existit (cf. *R.R.Dec.*, coram Funghini, *ibid.*).

10. Praesumptiones tamen superari possunt et, ut docet probata iurisprudencia Nostri Apostolici Tribunalis, ad in iudicio quamlibet simulationem vindicandam, saltem tria requiruntur: confessio simulantis, causa proportionata gravis, cumulus circumstantiarum ante et post matrimonium, quae illam fundent (cf. *R.R.Dec.*, coram Ewers, decisio. diei 19 aprilis 1972, Tom. LXV, p. 181).

II. DE DOLO. — 11. Dolus concipitur «ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum» (cf. LABONE, *De dolo malo*, L. I, § 2. D.IV.3).

Atque, iuxta Praeclarum Michiels, definitur: «Deceptio alterius deliberate et fraudulenter commissa, qua hic inducitur ad ponendum

determinatum actum iuridicum» (*Principia generalia*, Paris-Tournai-Rome, 1955, p. 660).

Mater Ecclesia, semper sollicita felicitis exitus familiae, indulsit ut dolosae machinationes ad obtinendum consensum nullitatem matrimonii inducerent, et hoc quasi in Bonum partis innocentis deceptae et in poenam decipientis.

Non sufficit autem malitia unius partis, si altera, minime obstantibus mediis dolose adhibitis, in errorem non incidit aut si in eadem pars erravit quidem ac decepta est, sed non circa qualitatem quae per se vitam conjugalem perturbare potest (cf. *R.R.Dec.*, coram Giannecchini, decisio diei 24 ianuarii 1992).

Eapropter recitat can. 1098 Codicis Iuris Canonici anno 1983 promulgati: «Qui matrimonium init deceptus dolo, ad obtinendum consensum patrato, circa alterius partis qualitatem, quae suapte natura consortium vitae conjugalis graviter perturbare potest, invalide contrahit».

12. Diversae sunt rationes quibus, in casu, matrimonium nullum his in conditionibus declaretur.

In violatione illius stricti iuris — quo unusquisque coniux aequali dignitate pollens fruitur — ut alter conjugalem donationem in veritate et in facto faciat.

Quocirca si canon supradictus sic legitur (quae quidem lectura logica videtur), violatio huius iuris secumfert ut consensus nupturientis dirigatur in obiectum prorsus dissimile ab eo quod eligere censet; exinde fit ut libertas necnon authenticitas eius consensus vitietur.

Quapropter conditiones a canone 1098 Codicis I.C. institutae verificantur tantummodo quando:

- a) Quis dolo deceptus matrimonium ineat;
- b) Dolus perpetretur ad obtinendum consensum;
- c) Obiectum doli sit aliqua qualitas alterius partis;
- d) Defectus qualitatis illius in altero contrahente suapte natura consortium vitae, seu melius communionem vitae (cf. can. 1055, § 1), graviter perturbare valeat.

13. Ad particularia explananda harum supradictarum conditionum quin veremur, dicendum est:

- a) Deceptio dolosa ex iure naturae vitiat determinationem causalem voluntatis sive propter defectum recate cognitionis qualitatis,

sive propter laesionem libertatis, immo et laesionem iustitiae (cf. *R.R.Dec.*, coram Faltin, decisio diei 27 iunii 1991).

b) In quantum etiam perturbationem consensus: «substantiam ipsissimam consensus, illum exuens non modo de vera utriusque coniugis ad invicem traditione et acceptatione, per adaequatam alterius imaginem intentionalem, sed etiam de veritate quae ipsimet consensui competit ut talis sit».

Quis enim dolo se matrimonium celebrat, «aliquam speciem suiipsius donare videtur, quae revera a realitate suae personae substantialiter differt». Obiectum eius consensus, in casu, vitiatur: ideoque, deficiente illius consensu, invaliditas consensus alterius quoque partis consequitur.

Proinde, iuxta hanc analysim, ratio invaliditatis coniugii inveniri debet in consensu inadaequato vitiatoque illius qui qualitatem vel rem singularem dolose celatam possidet.

14. c) Ad qualitatem quod attinet, ipsa canonis 1098 locutio considerate relevantis et inducentis nullitatem matrimonii induci debet praecise ad obtinendum consensum et error contrahentis decepti debet respicere non quamlibet qualitatem vel quodlibet factum, sed hoc vel illam quae de se graviter perturbare potest vitam conjugalem (cf. *R.R.Dec.*, coram Colagiovanni, decisio diei 27 aprilis 1993, dec. n. 43/93).

Ideoque illud «se tradere» maritali consensui proprium, non exigit (immo exigere non potest) ut quis alteri donet omnes ac singulos adspetus suae vitae ac personae; id quod essentialiter exigit canon, de quo hic agitur, est adspetuum conjugaliū donatio (cf. *R.R.Dec.*, coram Huber, decisio diei 25 octobris 1990).

d) Demum dolus, de quo agitur, ex canone 1098 esse debet ut maritalē consortium substantialiter tangat, quoad scilicet eius essentiam, proprietates vel fines, necnon relate ad matrimonium in genere conceptum; minimeque vero peculiariter vel singulariter relate ad matrimonium concretum sub iudice examinatum, quo in casu de «compatibilitate relativa» indolis alterutrius partis ageretur.

III. DE CONDITIONE. — 15. Conditio est circumstantia actui adiecta, quae illius valorem in tempus futurum et incertum suspendit.

Generatim conditio in mente partis contrahentis extruitur et nascitur super dubio de qualitate vel circumstantia vivissime exoptata in comparte, adeo ut illa consensum ingrediatur.

De conditione, cui consensus matrimonialis subici potest, statuit can. 1102, § 2 CIC, quoad factispeciem in casu accusatam: «Matrimonium sub conditione de praeterito vel de praesenti initum est validum vel non, prout id quod conditioni subest, existit vel non».

Proinde confundenda non est vera conditio:

— cum modo seu onere, e quo post contractum perfectum quis obligare vult contrahentem; — nec cum causa quae denotat «motivum contrahendi»; — neque cum demonstratione, seu qualitate, qua determinatur vel demonstratur persona quacum contrahitur.

Nequidem confundenda est conditio cum tribus aliis figuris, nempe:

— cum postulato quod afficit propositum contrahendi, non ipsum consensum; — cum praerequisito, ex quo quis pendere vult an matrimonium celebret; — cum praesupposito, quo exigitur in comparte determinata qualitas.

Conditionis species, quae pro nullitate heic invocatur, est illa potestativa, quae etiam arbitraria nuncupatur, quum pendeat e sola et libera voluntate compartis, quae eam adimplere debet.

16. Addit etiam clausula § 3 dicti canonis 1102 CIC, sub qua lege contractum est matrimonium in causa. «Conditio, autem, de qua in § 2, licite apponi nequit, nisi cum licentia Ordinarii loci scripto data». Quae clausula a Legislatore est apposita ad evitandas, quantum fieri possit, conditiones minus convenientes, quocirca huiusmodi conditio de praeterito vel de praesenti consensui licite apponi non potest (cf. *Communicationes*, 1971, pp. 77, 78).

Quin etiam ad probandam sic dictam conditionem matrimonium invalidantem, necesse est ut actu positivo voluntatis, explicite implicitove quidem, apposita sit, ut reapse manifestetur quod praeventia eventus super matrimonio ineundo ita conditionis essentialis sit, ut sine illa hoc concipi nequeat.

17. Quapropter probatio matrimonii sub conditione contracti scaterere potest ex firmissimis argumentis desumptis: primo, ex pervestigata voluntate nupturientis, apponentis conditionem, deinde ex integris sermonibus et ex integra factorum et adiunctorum congerie, praesertim:

1) Facilius admittitur conditionem consensui in matrimonio praestando appositam fuisse, si de re agatur magni momenti et substantiam futurae coniugum vitae ingredienti;

2) Si magni fecerit contrahens optatam in comparte qualitatem;

3) Si modus quo pars se gessit semel ac comperuit requisitam a se qualitatem prorsus deficere hoc manifestet.

Quin immo vehementia contrarii roboris signum est gravitatis volitionis qua quis optatam forte qualitatem persecutus est.

Ex his tribus una simul consideratis, iudici tutius concludere licet, partis voluntatem praevalenter non intendisse matrimonium sic et simpliciter contrahendum cum comparte, optata qualitate praedita, sed ipsam qualitatem potius, actu vel virtualiter, decretorium influxum habuisse in consensum matrimoniale, ita ut sine ea ne consensus conciperetur.

18. Qui certitudine detinetur, errore ductus, de existentia illius qualitatis seu obiecti, cui consensus subordinatur, actum positivum voluntatis non elicit.

Obliviscendum haud est quod probatio appositionis huiusmodi conditionis perdifficilis est, in quantum in mente contrahens delusam spem ac vixdum toleratam frustrationem convertit in eventum non minus quam si deductus esset in conditionem, dum eius nubendi propositum ad summum gravari potuerat praerequisito, causa vel demonstratione; potissimum circa qualitatem, quam in altera parte exoptaret vel adesse crederet.

Denique conditio vera, actum voluntatis contrahentis ingrediens, distinguenda est tum a conditione interpretativa, quae a contrahente reapse numquam ponitur, sed tantum a posteriori deducitur, scilicet ipse apponere potuisset si rerum naturam ante nuptias perpendisset; tum a conditione habituali, quae ac non secus ac mera voluntatis dispositio erga optandum eventum subsistit, quin tamen deliberate ac virtualiter ad actus appositionem perveniat (cf. *R.R.Dec.*, coram Stankiewicz, decisio diei 30 ianuarii 1992).

IV. DE DEFECTU DISCRETIONIS IUDICII. — 19. Lex sane ecclesialis, principiis iuris naturalis innixa, statuit incapacem esse matrimonii contrahendi ... qui laborat gravi defectu discretionis iudicii circa iura et officia matrimonialia essentialia mutuo tradenda et acceptanda (cf. can. 1095, n. 2 CIC).

Mutua etenim traditio et acceptatio in matrimonio, quas contra-hentes intra limites tantum propriae coniugalitatis foedere irrevocabili perficiunt, iam momento constitutivo bilateralitatis donationis implicat eorum debitam et necessariam iudicii discretionem, essentialibus iuribus et officiis coniugalibus proportionatam.

Capacitas enim discretiva ad dimensionem naturalis capacitatis psychicae ad matrimonium pertinet et necessario involvit iudicium practicum circa rite dignoscendam, aestimandam libereque seligendam eorundem iurium et officiorum naturalem canonicam identitatem.

Ad matrimonium valide contrahendum, lex ecclesialis non requirit aliquem superiorem gradum capacitatis discretivae, qui contra-hentes idoneos reddat perpendendi omnes sequelas iurium officiorumque coniugalium una cum praevisione aliorum quoque plurium onerum, cum sponsi generatim ignorent quid futura vita coniugalis particulatim allatura sit (cf. *R.R.Dec.*, coram Colagiovanni, decisio diei 27 novembris 1983, tom. LXXV, p. 656).

20. Cum vero gravi tantum defectu discretionis iudicii (cf. can. 1095, n. 2) consensus nullitas efficiatur, ex hoc necessario sequitur ut leviores defectus discretivam talem efficaciam iuridicam non habeant et capacitatem discretionis ad valide contrahendum non auferant.

Lex etenim necessario et evidenter relationem ponit inter gradum minimum discretionis iudicii et capacitatem eliciendi sufficientem consensum matrimonialem (cf. *R.R.Dec.*, coram Pompedda, decisio diei 27 octobris 1992, n. 5).

Quapropter causa efficiens incapacitatis discretivae, hoc est defectus discretionis iudicii, non vertitur in quemlibet defectum psychologicum sed in gravem anomaliam psychicam qua praepediuntur operationes criticae et reflexivae atque ipsa volendi capacitas, videlicet quoad iura et officia a nubentibus mutuo tradenda et acceptanda in actu eliciendi consensus.

21. Id genus pathologiae psychicae a peritis in re psychologica et psychiatrica determinari debet quoad eius naturam, gravitatem atque influxum in processu deblierationis ad matrimonium ineundum (cf. cann. 1574; 1680).

At si peritorum iudicio, contrahenti, tempore nuptiarum, non defuerit saltem minimus gradus discretionis et capacitatis ad matrimonium contrahendum, temerarium esset ab eorum opinione discedere ob praetensum requisitum plenae ac perfectae discretionis ad nuptiarum validitatem (cf. *R.R.Dec.*, coram Stankiewicz, decisio diei 25 februarii 1993, dec. 15/93).

V. DE IMPOTENTIA. — 22. Ad validum matrimonium contrahendum consensus legitime manifestatus non sufficit, sed iure requiritur ut contrahentes nullo detineantur impedimento.

Ipsa naturali iure, impedimento detinetur sive vir sive mulier qui laborant impotentia coëundi antecedenti et perpetua, sive absoluta, sive relativa, quae matrimonium ex ipsa natura dirimit (cf. can. 1084, § 1 CIC).

Ideoque matrimoniale foedus constitui non potest si contrahens quae ad Bonum coniugum atque ad Prolis generationem pertinent praestare non valet (cf. can. 1055, § 1, CIC), quia « non est conveniens obligatio, si aliquis se obliget ad hoc quod non potest dare vel facere, ita non est conveniens matrimonii contractus si fiat ab aliquo qui debitum carnale solvere non possit » (S. THOMAS, *Summa Theol. Suppl.*, qu. 58, art. 1, inc.).

Incapax ponendi actus per se aptos ad prolis generationem evadit vir, qui copulam coniugalem modo naturali perficere non potest, scilicet sufficiens erectio membri virilis, saltem in vaginam partialis penetratio et in eadem eiaculatio ad mentem Decreti Congregationis pro Doctrina Fidei, diei 13 maii 1977 (cf. *R.R.Dec.*, coram Giannechini, decisio diei 12 octobris 1993, n. 2).

Si reapse vel unum ex his tribus actis, inter se singulariter et arcte coniunctis, deficiat, habetur impotentia, quae organica seu instrumentalis dicitur si ex defectu physico vel anatomico provenit, functionalis si ex causis neurologicis vel s. d. circulatoriis eruitur, dein si a psychologicis defectibus provocatur psychica nuncupatur.

Ex his, longe frequentiores et difficillimae probationis sunt casus impotentiae functionalis quae, etsi organa copulatoria integra in contrahentibus maneat, virum praepedit quominus actus, humano modo ponendos, per se aptos ad prolis generationem perficiat (cf. can. 1061, CIC).

Haec autem, illaesis organis, ex functionum perturbatione pendet, propter varias conditiones quae patientes afficere queunt ut nimius labor, haemorrhagiae graves, mervosismus, atque potissimum morbus diabeticus (cf. *R.R.Dec.*, coram Lefebvre, decisio diei 3 februarii 1962, tom. LIV, n. 3).

23. De hoc ultimo morbo revera accipitur apud Auctores Probatos quod deturbationes sexuales, praeprimis apud viros observate, dimidiam partem infirmorum attingunt atque decem post annos, evolvente morbo, plerique omnino incapaces coëundi efficiuntur.

Cum, in casu, ex illo impotentiae proxima causa generatim proveniat, et exinde erectio membri virilis sensim sine sensu deficiat dein prorsus evanescat, modificationes observantur (ad tramitem s. d. examinis « Effet DOPPLER ») non tantummodo apud arterias locales, sed etiam apud arterias in abdomine profunde insitas: « La constatation de souffles iliaques remontant vers le carrefour aortique, signes d'une artérite distale, sont les arguments indirects de cette étiologie vasculaire » (PIERRE AUBERT, HENRY SARAUX, FRANÇOIS DURON, MICHEL ROUDIER, *Complications du Diabète sucré*, in *Encyclopedie Mediochirurgicale*, Vol. « Nutrition », Paris 1979, 10508, B10, p. 20).

24. Si ad originem, seu causam, huiusmodi infirmitatis repetere licet, ab Auctoribus observantur tria genera vitiorum, quae verisimiliter causam dant impotentiae coëundi in morbo diabetico, scilicet:

1) Vitia in arteriis sexualibus, longe frequentiora, quapropter, ad comperendam, prouti possibile est, talem impotentiam, recurritur ad examen organorum sexualium, non tantummodo externorum, sed etiam internorum, activitatis et s. d. mechanismi physiologici horum organorum.

Qua de causa, ad fluxum sanguineum quod attinet, explorantur quattuor arteriae quae ad erectionem veretri concurrunt, nempe: dorsalis penis, iliaca interior, pudens interior, cavernosa, atque nonnumquam in bivio venae grandis in abdomine sita.

2) Sunt etiam s. d. Neuropathiae sexuales, quae etiam manifestantur per deturbationem in vesica infirmi necnon si sphaera urogenitali. Quia erectio veretri est phaenomenon reflexum quod inducitur a stimulis perifericis exogenis.

Praedicti stimuli per nerveos afferentes transmittuntur centro spinali s. d. GOLZ, sedem habenti in medule lumbari; dein ab hinc transeunt ad penem per nerveos vasa moventes s. d. efferentes et erigentes, qui dilatant corpora cavernosa et ipsorum inducunt turgorem (cf. *R.R.Dec.*, coram Pasquazi, decisio diei 23 novembris 1954, tom. XLVI, p. 848).

3) Deturbationes psychologicae, quae haud leves se praebent apud infirmum diabeticum impotentem.

Super his manifestationibus aestimant Auctores quod in personalitate diabetica praevalent dispositiones depressivae, « asthenia diabetica » nuncupatae, una cum iracundia characteris necnon instabilitate in modo sese gerendi composita (Binswanger-Boulin).

Notandum est etiam quod necessitates curationis permanentes, etiam allevatae mollitaeque uti nunc hodie adsunt, habitum anxietatis in infirmo fovere possunt, praesertim qui propectam aetatem adeptus sit (Cf. M.L. LACAS-MONDSZAIN, in ANTOINE POROT, *Dictionnaire Alphabetique de Psychiatrie*, Paris 1975, p. 204).

25. Uti plerumque accidit apud morbos ex glandulis endocrinis promamantes, multiplices sunt causae quae, in casu morbi diabetici, impotentiam coëundi inferunt: «Le résultat de nos études, comparant les anomalies psychologiques et organiques ... suggèrent qu'il faut le plus souvent qu'au moins deux anomalies s'associent chez un diabetique pour qu'il devienne impuissant: selon le cas, anomalies artérielles + neuropathies; ou bien neuropathologies + anomalies psychologiques, etc. ...» (I. BUVAT et M. BUVAT-HERBAUT, *L'Impuissance*, in *Encyclopedie medico-chirurgicale*, Vol. «Glandes Endocrines», Paris 1983, 10032, R10, pp. 5-7).

Planum est peritiam medicam, in casu impotentiae sive organicae sive functionalis vel psychicae, nihilominus elementum essenziale constituere probationis ad partem medicam quod attinet.

Hoc quidem praescripto can. 1680 CIC et ex natura ipsa impotentiae, ita ut omnia conferantur elementa ad acquirendam moralem certitudinem circa difficillimum caput nullitatis.

26. Nec obstat quod iudex sit peritus peritorum, seu quo pro suo munere conclusiones peritorum perpendat cribretque. Ubi enim censeat illas esse respuendas vel emendandas motiva suae decisionis exprimere tenetur, quia secus irrationabiliter sese superimponeret alicui in sua re perito ac perperam illum adscivisset consiliarium.

Officium iudicis ergo non supplet opus periti; si hic nullum certum valeat tradere iudicium medicum, elementum essenziale probationis excidit quod certo difficulter suppleri poterit (cf. *R.R.Dec.*, coram Agustonì, decisio diei 17 decembris 1982, tom. LXXIV, p. 661, n. 4).

Quocirca oportet iudiciali inquisitione, una cum scientifica peritorum indagatione, in facto haec elementa, licet partialia, colligere ex obiectiva veritate et realitate.

Demum sane ad pronuntiandam sententiam sufficit certitudo moralis, quae exsurgit quando sunt extrinsecae suadentes rationes, cum veritate connexae, quibus nullae seriae opponuntur, quapropter dari possunt casus in quibus ex pluribus argumentis probabilibus,

praesumptionibus, indiciis atque adminiculis, prudenti certitudine valeat admitti etiam in casu impotentiae functionalis (cf. *R.R.Dec., coram Canestri*, decisio diei 9 decembris 1944, tom. XXXVI, p. 720, n. 8).

IN FACTO. — I. SIMULATIO TOTALIS, DOLUS, CONditio. — 27. Causa, copiosissimis actis ditata, in non paucis vacillans ac debilis, atque multiplicibus capitibus nullitatis introducta, uti generatim accideere solet, in his plerique capitibus non prodest parti actrici.

Nihilominus prae laudatum Tribunal Regionale Latii recte inquisitiones multiplicavit ad veritatem detegendam, tunc demum in prima Instantia optimam prodiit sententiam, bene argumentatam tum in iure tum in facto.

Proinde videtur fere impossibilis illam destruere vel vulnerare graviter, saltem quoad simulationem totalem — dolum — conditionem, cum quibus pro capitibus nullitatis huiusmodi matrimonii, appellati Iudices facta probata iuridicis principiis illuminata optime praebuerunt.

Quin repetere cogamur ea quae optime exponuntur ratiocinanturque in appellata sententia, liceat Nobis quae sequuntur ad principia iuris supra a Nobis exposita referre.

28. Ad simulationem totalem, quam contendunt actores mulierem conventam in suo consensu patravisse, deficiente confessione tum iudiciali tum extraiudiciali simulantis, probatio difficillima evadit.

Ideoque etiam si mulier fortunae inhiasset ad tranquillitatem oeconomicam prosequendam, eo ipso non necessario sequitur illam matrimonium simulavisse. «Finis operantis», in casu, peroptime componi cum «fine operis» potuit, dummodo per positivum actum voluntatis contrahentis finis prosequendus matrimonium ipsum non praevalcat aut illud excludat, quod in casu minime demonstratur ex actis et probatis.

Insuper ex modo sese gerendi mulieris conventae deducendum est eandem matrimonium verum voluisse; quia si auri sacram famem haec habuisset, data vetustate et infirmitate viri, perinde ac cadaver cum eo remansisset ut, tamquam legitima sponsa, primum plane frueret facultatibus oeconomicis mariti, dein post obitum eiusdem haereditatem legitime acciperet.

Atqui, e contra, circumstantiae huiusmodi matrimonii, uti ex actis et probatis evulgantur, demonstrant Dominam Linam Mariam, tum ante tum post nuptias, circiter per quinque annos Dominum Hyginum aegrotum minoratumque attente curavisse; et insuper, matrimonio iam contracto, eandem, quattuor post menses, consortium sua sponte improvise abruptisse ob legitimas rationes, scilicet ob inopinatam zelotypiam senis qui, recedens a fide antea data, filios mulieris, tempore feriarum aestivarum nuptias insequentium, e domo coniugali absolute excludere sancivit.

29. Uti optime dixit appellata sententia: «Exclusa simulatione ex parte conventae, supervacaneum esset disserere de alio capite accusato, scilicet de dolo».

Re quidem vera ex actis causae lucidissime emergit:

a) Tres vices D.nus Hyginus matrimonium D.nae Linae Mariae proposuit quae, propria haesitatione superata, tandem nuptias cum eo acceptavit.

b) De qualitatibus mulieris una cum de possibilibus difficultatibus characteris eiusdem conventae perfecte expertus erat vir, quia haud semel, tempore praematrimoniali, D.na Lina Maria cum suis filiis cohabitationem prope senem instauraverat.

c) Rationes depellendi et discessus uxoris e tecto matrimoniali minime ex qualitatibus in eadem optatis deducuntur, sed potius ex circumstantiis post matrimonium exortis; praesertim, uti constat ex actis, in eversione characteris mariti fundantur, qui modum sese gerendi in aversionem pro filiis mulieris prorsus mutavit.

30. Nunc, demum, de conditione praematrimoniali quam contendit actor se apposuisse.

Verumtamen haec minime eruitur ex actis inquisitionis huiusmodi causae, cum D.nus Hyginus nullum dubium habuerit circa capacitates adiutoriales mulieris, quae sibi iam ab annis profuerant. Dicendum potius quod hae qualitates causa erant instantiarum viri ad mulierem ducendam.

Quatenus ad novam legem spectare debemus, scatet e processiculo praematrimoniali quod vir actor instantiam ad Ordinarium Vicariatus Urbis subsignavit pro dispensatione publicationum canonicarum obtinenda. Minime videtur illum tunc aliam instantiam proposuisse ut ab eodem Ordinario «conditionem de praesenti» ponere licentiam obtineret ad normam can. 1102, § 3.

Hoc, in adiunctis circumscriptis processus praematrimonialis a Parocho moderati, indicium grave constituit dictam conditionem numquam positam fuisse.

31. Denique super omnibus capitibus nullitatis matrimonii hic supra allatis, quibus contenditur utrumque contrahentem intentionem matrimonialem haud rectam habuisse, inutile referre non videtur testificationem in vadimonio Rev. D. Parochi qui processiculum praematrimoniale confecit matrimonialique ritui praefuit.

Is, uti patet, pro sua conscientia accurate casum istum exposuit sacerdoti praeposito Officio Matrimoniorum in Urbis Vicariatu: « il quale mi suggerì di far venire nell'ufficio gli interessati »; quod sine dubio effectum est quia « ricevetti un biglietto dell'ufficio matrimoni, che mi autorizzava a procedere alla pratica, applicando l'art. 13 per la dispensa dalle pubblicazioni ».

Ibidem, etiam navus sacerdos longe lateque exposuit quando, cur et quomodo instantiam ad subsignationem sponsorum proposuit.

Ex depositione denique huius Rev. D. Sacerdotis, qui a iure est agnitus ut testis qualificatus omni exceptione maior, reapse edocemur: « Ripeto che ho proceduto alla celebrazione del matrimonio perché ritenevo che entrambi i contraenti erano persone abili sotto tutti i punti di vista a celebrarlo ».

II. DEFECTUS DISCRETIONIS IUDICII VIRI ACTORIS. — 32. Supradicta ultima depositio magni momenti est ad iudicandum caput nullitatis de quo hic agitur.

Adsunt insuper, ex actis processus inquisitionis, tria elementa, ex chronologia casus deprompta, quae comprobant opinionem a Rev. D. Parocho expressam.

Praeprimis nunnuli testes ex scientia directa, cum actore conviventes tempore matrimonii, nempe primis mensibus anni 1984, coram iudice testificati sunt actorem non tantum defectum discretionis iudicii hoc tempore minime praebuisse, sed e contra is erat: « molto lucido e logico nei suoi ragionamenti », quia « non era tipo di farsi imbrogliare dagli altri », atque se praebat « di carattere piuttosto nervoso... non amava essere contraddetto; a me ha fatto l'impressione che comandare gli piaceva », atque reapse « era un uomo cui piaceva prendere l'iniziativa e decidere con la sua testa, però non era insensibile alle osservazioni che la moglie credeva di presentare », exinde autem « dava precise disposizioni sui lavori che dovevo ese-

quire e sempre assisteva per verificare con scrupolosità l'esecuzione degli stessi lavori».

Quin immo, omes in domo actoris degentes, ad servitium eiusdem addicti, testificati sunt illum immediate post matrimonium contendere «che si sentiva come un giovane di vent'anni sotto tutti i punti di vista».

33. Dein advenit separatio coniugum, die 9 iulii 1984, initiumque processuum a viro contra uxorem, tum in foro civili tum in foro poenali tum in foro canonico; quibus videtur, saltem coram iudice canonico, virum actorem perlongam excussionem bene perfecteque sustinuisse, exeunte anno 1984, cum praecisis argumentis et rationibus ad vindicandam legitimitatem actionis suae.

Adnotat etiam appellata sententia quod, testimonio filii vel extraneorum, de perspicuitate critica D.ni Hygini in persecuendis suis negotiis oeconomicis, usque ad extremum suae vitae, innumera in actis adsunt argumenta.

34. Tandem venit argumentum peritale et examen D.ni Hygini infra annum post discrimen psychologicum separationis ab uxore.

Peritia psychiatrica a civili Tribunale ex officio ordinata, et die 4 ianuarii a, 1985 a Cl.mo Prof. DE P. subsignata, declarat virum «esente da invalidazioni e indebolimento delle facultà psichiche ed intellettive».

Hoc iudicium confortatur a relatione medico-legali exarata ex parte conventae a Cl.mo Prof. B., qui, omnibus argumentationibus et rationibus medico-legalibus effuse expositis, ita concludit:

«Da ciò si deve desumere che, essendo il periziando al momento delle operazioni peritali perfettamente capace di intendere e volere, egli lo era necessariamente negli anni precedenti e specificamente nel lasso di tempo che va dal 1979 (i. e. tempus primi occursus cum conventa) ... al 1984, anno in cui ha sposato la Signora Lina Maria».

35. Re quidem vera contra has conclusiones adest elementum adversum, scilicet examen cerebri ad modum instrumenti T.A.C., aliquot post dies perfectum, nempe die 8 martii 1985, quod relevat: «un quadro marcato di atrofia cerebrale con certa dilatazione del sistema cisternale e ventricolare. È presente anche un aumento no-

tevole della scissura silviana e dei solchi cerebrali che conferma l'atrofia».

Sed animadvertitur a diversis peritis quod «paradossalmente e sorprendentemente» inhaerentes functiones in cerebro patientis pe-
roptime servabantur.

Ita Cl.mus Prof. Dal Piaz, uno anno cum dimidio post initas nuptias, agnoscebat quod diagnosis examinis T.A.C. «contrasta paradossalmente con la relativa conservazione di alcune funzioni cerebrali così dette superiori (memoria, ideazione, pensiero verbale, etc.)».

Omnes aliae peritiae, longe praedictis posteriores, cohibent investigationem status D.ni convenuto ad documenta sanitaria, ad examen subiecti anamnesticum, obiectivum, neurologicum, psychiatricum, parvipendendo, ni prorsus negligendo, sententias prolatas a testibus directis, qui infirmum conspexerunt et audiverunt per diutinum spatium temporis ante et post celebratas nuptias.

36. Uti recte adnotat appellata sententia, minime ignoranda est praeminentia quoad caput istud, quam sidi vindicat Cl.mus Prof. B., «qui unus inter omnes, pro omnibus examinibus peritalibus, adfuit a prima diei 16 novembris 1984 usque ad ultimam diei 2 dicembris a, 1985, proximi exitii actoris, a disparibus peritis ex officio peractis. Hic assiduus adstans, tanquam peritus a parte conventa, semper actorem invenit indemnem a defectu psychico tali quod eius capacitatem intendendi et volendi afficeret».

37. In supplemento inquisitionis hac in sede peracto duae habentur depositiones, quarum una nihil omnino confert pro vel contra capita nullitatis in causa allata. Haec revera testificata est D.num Hyginum brevi tempore ante et post nuptias in nosocomio degisse pro difficultatibus in sphaera uro-genitali. Haec autem pressius declaravit, modo generali quidem, hanc clynicam domum infirmos mentis numquam acceptavisse.

Altera autem depositio elationibus indulget in favorem haeredum D.ni Hygini; haec plus enim quam actor eiusque filii, nunc actores, dicit. Contendit etiam testis in terminis omnino vagis quod actor «non ragionava»; sed una exstat testis quae tam absolute rem affirmat, ceterum admissis ab omnibus familiaribus in terminis haud generalibus sed praecisis, non vagis sed circumscriptis momentis plenae capacitatis ratiocinandi viri actoris.

Insuper haec testis seipsam contradicere in vadimonio non veretur. Primum quoad facta relate et matrimonii circumstantias revelat illas se praecipue obtinuisse a viro quem aliunde haud ratiocinantem affirmat.

Dein, initio depositionis suae iuratae, dixit: «Mai ho visto questa Lina, ne so altro della sua famiglia». Dum in ultimo responso eiusdem depositionis asserit: «Debbo dire che questa Lina l'ho intravista l'ultima volta, quando venne da imputata al Tribunale civile».

Alia ex parte ne minimum quidem elementum haec affert super consensu matrimoniali D.ni convento, sed, ex elationibus alibi assertis, omni conscientia cum parte actrice haud exemptam se praebere videtur.

III. DE IMPOTENTIA VIRI. — 38. Decisio Nostri Turni diei 13 februarii 1991, de nova acquirenda peritia, valde prodest causae solutioni quoad disceptationem superscripti capitis nullitatis.

Relatio enim peritalis Cl.mi Prof. Antonii Cancrini, in «peritissimum» instituti, omne, fugat haesitationem vel perplexitatem antea exortam in mente Patrum Auditorum in hac sede, uti iam habuerant Exc.mi Iudices primae Instantiae.

In modo procedendi relationis suae, Cl.mus Professor dumtaxat ad artis medicae principia medicalia, clare exposita, et ad documenta sese refert; et insuper iam acquisitas multiplices peritias expendit ac sereno animo valutat.

39. Cum reapse coniuges soli sint capaces testificandi de sua ex parte matrimonii consummatione nec minus, cum autem in casu ambo coniuges depositionem de hac re prorsus oppositam coram iudice praebuerint, totam quaestionem Cl.mus Peritissimus examinat ac solvere satagit potius super documenta in causa acquisita quam super partium dicta.

Is revera affirmat: «Le affermazioni contrastanti sulla consumazione o meno del matrimonio, affermata dalla Signora Lina Maria, e negata dall'Ing. Igino, sono evidentemente troppo influenzate dall'interesse dei medesimi nel sostenere l'una e l'altra versione e, pertanto, non possono costituire elemento di giudizio attendibile».

40. In ponderandis depositionibus iudicialibus falsum esset credibilitatem viro ex arbitrio tribuere, conventae negare.

Quapropter in illorum depositionibus non sistit nec fundat relationem suam Cl.mus medicus, et huiusmodi agendi rationis motivum

indigitat, nempe uterque coniux elationibus indulget in sui favorem: «Una valutazione critica delle vicende relative alla causa "Nullitatis Matrimonii" permette di rilevare da una parte una versione contrastante dei due diretti interessati, e le difformi interpretazioni e conclusioni tratte da numerosi periti che hanno relazionato sulla causa medesima, mentre, d'altra parte, si riscontrano una serie nutrita di reperti obiettivi rappresentati dalle diverse cartelle cliniche e dai numerosi esami ai quali è stato sottoposto l'Ing. Igino.

Qua de causa Cl.mus Antonius Cancrini, uti constat, aliam incedit viam et, in primis, ad veritatem clynicam viri actoris conditionem, momento celebrationis matrimonii, restituere satagit, attente expendendo solummodo clynica documenta, obiectiva quidem, quae infringi non possunt atque feliciter abundant in actis, testimonia curationis a viro adhibitae eiusque in tempus effectum; dein chronologiam attendendo, tum recursus ad medicum tum diagnosis tum curationis prosperae vel minus.

41. Haud necesse est expandere omnia et singula huiusmodi peramplae anamnesis medicalis, sufficiat hic traducere elementa potiora a Cl.mo Professore exposita pro capite nullitatis de quo disceptatur: «Già nel luglio 1963 il Sig. Igino si fece visitare dal Prof. T. perché accusava debolezza sessuale, e gli fu fatta diagnosi di "Debolezza sessuale in soggetto diabetico (glicemia 3,70%) con ipertrofia prostatica iniziale"».

Dein, decursu temporis, cum septuagesimum annum explebat actor: «Nel 1978 si presentò di nuovo al Prof. T., che riscontrò un notevole peggioramento dell'ipertrofia prostatica... tasso di glicemia particolarmente elevato (gr. 4%) e disturbi iniziali di arterio-sclerosi generale con compromissione dell'apparato visivo (per probabile retinopatia), e decadimento dello stato psico-fisico».

42. Qui status generalis, iam compromissus, sensim sine sensu pessum datus est usque ad annum matrimonii celebrandi cum D.na Lina Maria: «finché, nel gennaio 1984, nuovo ricovero alla clinica "S.M." in data 4 gennaio 1984 fino al 10 gennaio 1984 (post diversas admissiones in idem valetudinarium). La diagnosi di dimissione risulta essere diabete scompensato, miocardioangiosclerosi».

Tandem duodecim dies antequam D.nam conventa duceret: «Il 9 aprile (1984) il paziente veniva visitato per l'ultima volta dal Prof. T., al quale confidava: «Appena dopo Pasqua si sarebbe sottoposto

alla prostatectomia, in quanto da molti mesi, se non da qualche anno, l'impotenza coeundi si era trasformata in completa e persistente impotenza coeundi ».

In tale occasione il Prof. T. rilevò che le condizioni psicofisiche del paziente erano ridotte a meno di 20% rispetto a quando lo aveva conosciuto, nel lontano 1963 ».

His in adiunctis, D.nus Hyginus ritum matrimoniale cum D.a Lina Maria adivit, nempe die 21 aprilis 1984. Attamen duodecim tantummodo diebus elapsis a contracto matrimonio, iterum adfuit « nuovo ricovero nella clinica "S.C." il 3 maggio 1984, fino al 16 maggio 1984 », ingravescentibus iisdem defectibus in apparatu urogenitali mariti.

43. Ita exposita accurata chronologia documentorum indiscussibilium, quae dimetiri possunt progressum impotentiae infirmi, prosequitur Cl.mus Peritissimus cum attenta, scientifico modo peracta, praecedentium peritiarum examinatione, primu, revera illarum quae cum proprio iudicio congruunt.

Praeprimis animadvertit ad relationem Cl.mi Prof. A., periti « ex officio » a Tribunali primae curae instituti: « Il Prof. A. concludeva per una "impotentia coeundi" per vizio sicuro a carico dell'erezione, probabile anche a carico dell'ejaculazione. Tale carenza, certamente organica, deriva da una complessa serie di fattori negativi, prevalentemente neurologici, legata al diabete e da un'insufficiente vascolarizzazione dei corpi cavernosi, dovuta ad arteriopatia obliterante arteriosclerotica a livello delle arterie ilicache, ipogastriche, pudendo interno e penieno, come è stato ben dimostrato dall'esame della velocimetria DOPPLER e dalla determinazione dell'indice pressorio pene-braccio ».

Exinde demonstrat eximius Peritissimus: « Come il valore pressorio assoluto, il cui limite è compatibile con la normale funzione erettibile, e considerato a 75mHg... valore che non raggiunge con l'indice pressorio braccio-pene 0,56 riscontrato in Igino ».

Consequenter ex praedictis sententiam suam enuntiat Cl.mus Cancrini: « Tuttavia, anche questo elemento, pur così importante a mio parere, assume valore solo nel contesto di una valutazione globale dello stato patologico del Sig. Igino, che deve tener conto di tutti gli elementi vascolari, dismetabolici, tossicoinfettivi (ritenzione cronica di urina), cronobiologici (età del soggetto), neuropsichici che fanno indubbiamente concludere per una impotentia coeundi, per

“impotentia erigendi” dell'Ing. Igino già all'epoca del suo matrimonio».

44. Altera relatio peritalis primae Instantiae, ex parte quidem cum iudicio Prof. Cancrini congruens, circiter eodem tempore a Prof. B. peracta est, scilicet mense iunio 1985.

Haec plane aperteque deducit impotentiam coëundi viri actoris ex duplici consideratione: Primum, ob statum generalem valetudinis infirmi, valde pessum datum tempore matrimonii: «in primo luogo, perché è difficile pensare che un soggetto di 82 anni, affetto da diabete in precario compenso, arteriosclerosi generalizzata, notevole diminuzione della vista, ipogonadismo e ritenzione cronica di urina, vede nel matrimonio altra finalità, oltre quella del suo stato di salute».

Altera consideratio eiusdem periti primae Instantiae provenit ex alteratione apparatus uro-genitalis peritiandi: «In secondo luogo, perché le indagini effettuate sul sistema arterioso del periziando permettono di documentare che mancano le condizioni emodinamiche necessarie per l'erezione del pene, senza la quale non vi è possibilità meccanica per la consumazione del matrimonio».

Qua de causa opinionem suam documentatam praeberere potuit eximius Prof. Cancrini: «Ritengo di indubbia rilevanza scientifica la certificazione DOPPLER, di cui agli atti, relativa all'Ing. Igino. Non ritengo che essa, da sola, possa costituire prova indiscutibile con certezza assoluta di “impotentia coëundi” per difetto di erezione, ma, nel contesto del quadro clinico del periziando, chiaramente delineato dalle cartelle cliniche, dagli altri esami eseguiti (E.C.G., T.A.C.-encefalo, esami di laboratorio, ecc. ...), esso viene ad assumere il valore di conferma indubbia che permette l'acquisizione di una certezza morale assoluta».

45. Haud dedignatus est etiam Cl.mus Peritissimus examini suo submittere alias peritias «ex parte mulieris conventae», quae suo iudicio adversantur, quaeque dubium haud leve induxerunt in mentem appellatorum Iudicum.

Pro unaquaque illarum relationum, eximius Professor Cancrini cuiuscumque affirmationis vel refutationis propositionem illustrat per fundamentum clynicum ex actis depromptum, cum medicali doctrina collatum. Nulla affirmatio ab eodem a priori proponitur ex mera theorica vel academica animadversione.

In aestimatione sua demonstrat idem Peritissimus quod illi tres periti primae Instantiae confirmaverunt tantummodo elementa uniuscuiusque suae competentiae, sed valorem certum conferre non valuerunt singulis elementis: «Più che vere e proprie perizie, rappresentano delle relazioni, ognuna vertente su di un particolare aspetto della patologia che accusava il Sig. Igino».

46. Ita, Prof. G., in «Diabetologia» peritus, iudicio Peritissimi: «si riferisce solo ad un particolare aspetto della patologia dell'Ing. Igino e cioè al quadro dismetabolico, senza tener minimamente conto degli aspetti altri, ed altrettanto importanti».

Idem iudicium promit superperitia Prof. A., qui artem suam in campo urologiae pressius exercet: «Anche in questa relazione manca la valutazione sintetica del quadro presentato dal paziente».

Denique super Cl.mo Prof. C., qui «gerontologo» nuncupatur, affirmat: «Esaminando il caso sul piano strettamente gerontologico, non vi è alcun riferimento alla gravità della condizione diabetica... né alla gravità delle condizioni cardiocircolatorie generali... e locali... mentre vengono del tutto ignorate le condizioni psichiche e vasico-prostatiche... del pari indiscutibili ed obiettivamente documentate».

47. Exinde conclusionem suam exponit Cl.mus Peritissimus: «Ho indicato i motivi per i quali ritengo parziali, e viziate dall'assenza di un giudizio sul periziando, le relazioni dei Proff. G., A. e C., che, peraltro, esprimono valutazioni di principio e solo subordinatamente riguardanti il caso in esame, non avendo mai visitato l'Ing. Igino».

Ideoque iudicium suum, ita in relatione peritali expressum, confirmavit idem in vadimonio: «Preciso che i Professori basarono le loro affermazioni su particolari aspetti e non danno un giudizio generale globale sulla situazione clinica del Sig. Igino».

Idem demonstrat idem eximius Professor, quoad casum in discrimen, ea quae iam supra auctores probati exposuerunt, scilicet «impotentiam coeundi» apud infirmos morbo diabetico affectos, ex una tantum causa deduci non posse, sed e complexu qui implicet elementa vaso-circulatoria, functionalia e nerveis depronta, dismetabolica et psychica, cum certitudine exstare.

48. Ad argumentum exhauriendum notetur quod Cl.mus Patronus partis conventae, una cum Rev. D. Vinculi Defensore deputato,

disceptatur circa arcanum instrumentum quo usus est actor in intimis relationibus, ut contendit mulier conventa.

Quapropter quaestio peculiaris hac in sede a Iudice Instructore Cl.mo Peritissimo proposita est, qui clare, suadenter ac sereno animo, respondit: «Non ritengo che l'asserita (da parte della Signora Lina Maria) utilizzazione da parte dell'Ing. Igino di una apparecchiatura elettrica o meccanica abbia potuto in qualche modo supplire ai gravi deficit organici... che impedivano al C. la consumazione del Matrimonio».

Insuper idem confirmat coram Iudice: «Negli atti non c'è una descrizione precisa di detto ipotetico strumento. Clinicamente si può dire che esiste solo, o, meglio, esisteva, al momento dei fatti, uno strumento che sostituiva il pene e che, quindi, serviva più per una soddisfazione dei sensi femminili che per una funzione di atto coniugale».

Eo ipso valde dubitandum est quin amplexus matrimonialis «humano modo» a iure requisitus (cf. can. 1061, CIC) inter coniuges perfici potuisset; eo vel magis quod: «si precisa che di detto strumento non vi è certezza dell'uso e dell'esistenza in causa».

49. Insuper, post occursum cum muliere conventa, Cl.mus medicus testatus est: «Al racconto della Sig.ra Lina Maria non ho creduto e sono rimasto perplesso quando parlava di avvenuta consumazione del matrimonio».

Dicendum etiam Cl.mum Prof. Antonium Cancrini maxima scientifica certitudine gaudere quapropter in peritissimum a Nostro Tribunale consulto institutum fuisse: eo ipso corruunt censurae, ceterum vagae ac mere assertivae nec demonstrativae, Cl.mi Patroni «ex officio» partis conventae; et insuper animadversiones Rev. D. Vinculi Defensoris deputati, pro sua conscientia exhibitae, minime inficiunt Cl.mi Prof. Cancrini conclusiones.

50. Ad explendam, tandem, resolutionem omnium, documentorum hac in sede productorum, notanda est relatio medicalis coram Nostro Tribunale a Patrono actoris producta. Haec a Cl.mo Prof. Vincentio G. exarata, clara, logice deducta ac bene illustrata, etsi minoris amplitudinis ac relatio peritalis Prof. Cancrini, ad easdem conclusiones devenit: «risultano presenti nella documentazione in possesso dati clinico-strumentali che supportano la presenza di uno stato di "impotentia coeundi" assoluta, esistente già in epoca antece-

dente il matrimonio del 21/4/1984, ed inemendabile per le condizioni cliniche dell'Ing. Igino».

Alludens etiam depositioni iuratae viri actoris coram Tribunali primae Instantiae, pressius indigitat idem medicus: «Si precisa, inoltre, che tale possibilità diagnostica sarebbe stata identica qualora l'Ing. Igino non avesse mai riferito, per motivi personali, disturbi dell'attività sessuale».

51. Quibus omnibus in iure et in facto perpensis, Nos infra-scripti Auditores de turno sententiamus: *Affirmative seu constare de nullitate matrimonii, in casu, tantummodo ex capite impotentiae viri.*

Romae, in Sede Romanae Rotae Tribunalis, die 17 Martii 1993.

Bernardus De Lanversin, Ponens
Elias Iarawan
Raphael Funghini

(*Omissis*).

Nota sul carattere «naturale» o meno dell'impotenza copulativa sofferta dagli anziani.

Nella sentenza rotale c. De Lanversin, 17 marzo 1993, sono usate come sinonime due diverse espressioni: da una parte, viene affermato che è lo stesso diritto naturale — *ipso naturali iure* — ciò che rende nullo il matrimonio contratto dagli incapaci di intrattenere validi rapporti sessuali; dall'altra, invece, si fa riferimento alla locuzione codiciale: «L'impotenza copulativa antecedente e perpetua sia da parte dell'uomo sia da parte della donna, assoluta o relativa, per sua natura rende nullo il matrimonio» (can. 1084 § 1 CIC).

Che le due espressioni non sono sinonime fu appositamente sottolineato dalla Commissione per la riforma del Codice⁽¹⁾ nella adunanza del 14 maggio 1970, nella quale fu proposta la sostituzione dell'espressione «*ipso naturae iure*» con l'altra più sicura «*ex ipsa natura rei*». Sebbene non ci sia una grande differenza tra l'una e l'altra espressione, la

(1) Cfr. «*Communicationes*», 7 (1975) pp. 54-55.

locuzione usata dal Codice impedisce o perlomeno rende problematica un'interpretazione troppo formalista dell'impedimento di impotenza copulativa. L'espressione che fa riferimento, invece, al diritto naturale potrebbe essere intesa in senso formalistico e astratto.

Quando si tratta, infatti, del matrimonio degli anziani, in genere, o, più in particolare, di quelli molto anziani, sembra evidente che la norma del canone 1084 § 1 possa ricevere una diversa interpretazione a seconda che l'espressione «per sua natura» venga intesa nell'uno o nell'altro senso. La sentenza ha seguito l'interpretazione tradizionale dell'anzidetta norma, secondo la quale si deve presumere la capacità sessuale degli anziani, ma è pur sempre necessaria per la validità del vincolo la loro capacità di consumare il matrimonio. La ragione giuridica dell'impotenza — sempre secondo questo comun indirizzo dottrinale — risiederebbe nella nota *regula iuris* «*ad impossibilita nemo tenetur*» o «*impossibilium nulla obligatio est*». Essendo stato inteso il matrimonio come un contratto sinallagmatico in cui le parti si scambiano la *potestas ad copulam*, è sempre necessario che i nubendi abbiano la capacità sessuale minima che consente loro di consumare. Una tale capacità sarebbe necessaria a prescindere dell'età dei nubendi⁽²⁾.

Se il canone 1084 § 1 viene, invece, interpretato secondo l'espressione «*ex ipsa natura rei*» (o comunque secondo l'espressione «*ex ipso naturae iure*», sempre che essa sia interpretata in modo realista e dinamico), si potrebbe ipotizzare l'inesistenza dell'impedimento di impotenza in taluni casi, come ad esempio, nel matrimonio

(2) Essendo una capacità di natura contrattuale, nel caso dei bambini — *infantes* — essa non è «attuale» ma — secondo questo schema contrattualistico — sarebbe comunque sufficiente con l'essere promessa, sempre che il matrimonio possa essere consumato più tardi. Invece, per gli anziani la maggioranza della dottrina è incline a chiedere una potenza consumativa attuale. Si veda il documentato studio di LECLERC, G., *Mariage des vieillards et «probatu auctores»*, in *Salesianum*, 28 (1966), pp. 674-718; 29 (1967), pp. 463-515. Ad esso si fa riferimento nell'adunanza della Commissione: «*Alius tamen Consultor, contra arguens, refert aliquas conclusiones ad quas pervenit occasione alicuius investigationes historicae per redigendo libro «Le mariage des vieillards et probatu auctores»*. Ex tali investigatione apparet quod, circa quaestionem utrum lex naturalis exigit capacitatem effectivam perficiendi copulam in matrimonio, quaedam haesitationes in praxi Ecclesiae et in opinionibus auctorum revera habitae sunt; attamen, decursu saeculorum, mirabilis continuatio et progrediens firmitas habitae est in exigenda capacitate ad actus coniugale pro valido matrimonio contrahendo» («*Communicationes*», cit., p. 55).

celebrato dagli anziani. Ci sarebbero diverse valide ragioni per sottoscrivere questa seconda interpretazione:

a) In primo luogo, dopo il Concilio Vaticano II sembra che non si possa avere certezza della natura contrattuale del matrimonio; anzi, sembra che si debba proprio rifiutare una visione contrattualistica sinallagmatica pura, in cui il consenso è ridotto a uno scambio di diritti e doveri sulla sessualità⁽³⁾ dal momento che essa rispecchierebbe una concezione meramente utilitaristica del matrimonio⁽⁴⁾.

Se si considera che il carattere «*dirimente*» dell'impotenza copulativa degli anziani è strettamente collegata alla teoria che difende la natura contrattuale del patto, sembra che negata la premessa contrattuale si debba, quindi, «ripensare» la conclusione⁽⁵⁾, che non può essere immediata. Pier Agostino D'Avack mise in risalto che «secondo un'autorevole corrente che faceva capo addirittura a Pietro Lombardo, il famoso *Magister Sententiarum*, e che era seguita tanto dai più prestigiosi rappresentanti della Scolastica, quali S. Bonaventura, Alberto Magno, S. Antonino e lo stesso S. Tommaso, quanto da illustri giuristi, quali il Turrecremata e il Pontius, si era persuasi che l'impotenza non andasse affatto considerata quale un impedimento *contra naturam et essentiam coniugii*, come doveva in effetti essere classificata in seguito. Al contrario si era insegnato che essa dovesse essere piuttosto ricondotta sotto la figura dell'*error*

(3) Non escludiamo, tuttavia, un uso legittimo della tecnica e della terminologia di origine contrattualistica a patto che si rispetti sempre la natura interpersonale del patto e del vincolo coniugale, vale a dire, sempre che tale tecnica e tale terminologia rispondano all'istituto giuridico dell'equiparazione. Si veda, in questo senso ERRÁZURIZ M. C., *Circa l'equiparazione quale uso dell'analogia*, in *Diritto canonico*, in questa *Rivista*, 4 (1992), pp. 215-224, che distingue i concetti di «equiparazione» e di «identità». Così le cose, è importante sottolineare che in senso assoluto non sarebbe possibile affermare la natura contrattuale del matrimonio; una tale affermazione è corretta a patto di rimanere consapevoli di stare impiegando la tecnica giuridica dell'equiparazione. In senso contrario, si veda CASTAÑO, J.F., *Il matrimonio, è contratto?*, in *Periodica* (1993), pp. 431-476.

(4) Sono magistrali, a questo riguardo, i nn. 13 e 14 della Lettera alle Famiglie, di Giovanni Paolo II dove sono messe in evidenza le profonde differenze tra l'individualismo e il personalismo e tra le «culture» che vengono a costruirsi sull'una o sull'altra «visione dell'uomo».

(5) La *ratio iuridica* dell'impotenza si trova, secondo questo indirizzo dottrinale, nella regola «*ad impossibilia nemo tenetur*». Se la copula coniugale, invece, non costituisce parte dell'oggetto del consenso, allora la capacità copulativa può non essere necessaria.

qualitatis e sotto il profilo della *ratio iniuriae et damni alterius coniugis*, con la conseguenza, come avvertiva Alberto Magno, che “*si sciunt se esse frigidos et contrahunt stat matrimonium*” » (6).

b) Nel caso del matrimonio degli anziani, ci sono motivi gravi per considerare che non sempre possa applicarsi in modo automatico il canone 1084 § 1, agli effetti di dichiarare nullo tale connubio. «L'esigenza della possibilità dell'*una caro* — afferma Hervada — affinché il patto coniugale sia ritenuto valido va capito secondo lo sviluppo e l'evoluzione *normale* della natura umana. Questa esigenza esiste nella misura che la potenza sessuale sia manifestazione normale e propria dell'*inclinatio* naturale. In questo senso, l'impotenza rappresenta un difetto della struttura naturale, sicché essa rende incapaci per il matrimonio, poiché essa dà origine ad una donazione della mascolinità e della femminilità fino a tal punto difettose da impedire la costituzione dell'*una caro* nella misura sopra indicata. L'anzianità, invece, non è un difetto della struttura ontologica della persona umana, bensì un suo stato *normale*. La virilità e la femminilità appaiono normalmente costituite, tali e quali esse sono normali nella vecchiaia. Il regresso della capacità copulativa in quell'età non è un difetto, ma un fatto normale, un effetto, cioè, dell'evoluzione normale della sessualità, che fa sì che tenda a diminuire (nel rapporto tra maschio e femmina) la dimensione della corporeità e ad accrescere la dimensione della spiritualità» (7).

Occorre segnalare che l'Hervada non nega il carattere o fondamento naturale dell'impedimento di impotenza copulativa. Non si tratta dunque di ridurre la norma del canone 1084 § 1 ai soli limiti

(6) D'AVACK, P.A., *Il problema dell'impotenza nel matrimonio canonico*, in *Revue de Droit Canonique*, 28 (1978), p. 128. Per maggiore approfondimento, oltre il già citato articolo di Leclerc, si veda ESMEIN, A., *Le mariage en Droit canonique*, vol. I., Parigi 1935, pp. 259-267; D'ACQUINO, P., *Storia del matrimonio cristiano alla luce della Bibbia*, vol 2, Torino 1988, pp. 217-223.

(7) HERVADA, J., *El derecho del pueblo de Dios. Hacia un sistema de derecho matrimonial*, vol. III/1, Pamplona 1973, pp. 367-368. (La traduzione è nostra). In termini simili si esprimeva Del Giudice: «Come spiegare che la Chiesa intervenga a benedire matrimoni di persone talora molto anziane, non già quasi certamente inabili a generare, ma ancora più sicuramente incapaci alla copula coniugale? Può mai pensarsi, con deplorabile ardimento, che la chiesa operi senza tener conto e anzi con ispreto delle irrefragabili leggi fisiologiche, e tratti senza la dovuta reverenza, in una notevole quantità di casi, l'amministrazione di un gran sacramento quale il matrimonio?» (DEL GIUDICE, V., «*Error condicionis*» e *fini del matrimonio*, in *Ius Canonicum*, 2 (1962), p. 127).

del diritto positivo — in modo che l'impedimento possa essere dispensabile in taluni casi⁽⁸⁾ — ma, ancora più radicalmente, si tratta di interpretare la norma positiva alla luce del diritto naturale. Esso — il diritto naturale — non è una legge scritta, astratta e generale, bensì una legge che scaturisce dalla realtà, sempre concreta e dinamica. Perciò, niente impedisce che ciò che la natura esige nella stragrande maggioranza dei matrimoni, non sia affatto richiesto nelle nozze degli anziani. Vale a dire, è da augurarsi, «che il concetto dell'impotenza, come impedimento dirimente del matrimonio, non debba determinarsi in via astratta e assoluta come impossibilità di compiere l'atto coniugale, quale in ogni caso, per sé, normalmente adatto a determinare la generazione della prole; ma appunto perché essa impotenza costituisce un impedimento di diritto naturale, il suo concetto debba intendersi in rapporto all'ordine naturale, e cioè in modo relativo in confronto all'età della persona di cui si discute, non potendosi ragionevolmente pensare esistenti qualità e possibilità naturali in indubbia e talora evidente contraddizione con le forme e le forze fisiologiche»⁽⁹⁾.

D'altronde, affermare che i patti coniugali degli anziani non abbiano come elemento integrante essenziale (naturale) la *potestas ad copulam*, non significa affatto escludere ogni riferimento oggettivo alla sessualità, che necessariamente serve quale elemento specifico del rapporto coniugale. Si tratta, invece, di sottolineare che «in questi casi — segnala con acutezza Bonnet — per determinare la sussistenza della sessualità ci si deve riferire non alla copula interpersonale naturalmente non più possibile, ma a altri e più convenienti paradigmi, che la scienza dovrà sapere additare, approfondendo una realtà ancora così ricca di lacune nella sua conoscenza»⁽¹⁰⁾.

(8) Così, ad esempio, riteneva ARDITO, S., *La dottrina matrimoniale di Basilio Ponce de León (1570-1629) e la letteratura ecclesiastica posteriore fino al Concilio Vaticano II*, in *Salesianum*, (1981), p. 813. Si tratta anche qui di una possibilità interpretativa da non escludere: sarebbe ipotizzabile, infatti, che l'impotenza fosse considerata come un impedimento di diritto positivo con fondamento nella natura, tale da rendere possibile in taluni casi la dispensa.

(9) DEL GIUDICE, V., «*Error condicionis*»..., cit., p. 129.

(10) BONNET, P.A., *L'impedimento di impotenza* (can. 1084 cic), in AA.VV., *Gli impedimenti al matrimonio canonico*. Scritti in memoria di Ermanno Graziani, Città del Vaticano 1989, pp. 119-120, con interessanti riferimenti bibliografici, in particolare, al mondo della sessuologia. Per tornare al caso giudicato dalla Rota Romana, colpisce il

Sembra, dunque, auspicabile che così come progredisce mirabilmente la scienza medica nel rendere capaci al matrimonio molte persone che senza tali progressi non lo sarebbero affatto⁽¹¹⁾, anche la scienza giuridica progredisca e dichiari abili alla vita matrimoniale coloro cui la stessa natura porta a vivere le esigenze della castità in modi adeguati alla loro avanzata età.

Joan Carreras

fatto che colui che asserisce la presenza dell'impedimento di impotenza sia lo stesso attore da essa affetto, e non il suo partner, che, invece, la negava. Così si corre il rischio che si ripeta quanto avvenuto con i matrimoni dei maschi vasetomizzati, e cioè che venga affermata la loro capacità matrimoniale nel momento celebrativo mentre venga negata nel momento conflittuale.

(11) È particolarmente utile lo studio di DI PIETRO, M.L.-CORREALE, S.M., *Valutazione delle terapie medico-chirurgiche e protesiche dell'impotenza coeundi nell'uomo ai fini della validità del matrimonio canonico*, in *Apollinaris*, (1993), pp. 273-314.

Note e commenti

Pagina bianca

SOBRE LAS «NOTAS EXPLICATIVAS»
DEL CONSEJO PONTIFICIO
PARA LA INTERPRETACIÓN
DE LOS TEXTOS LEGISLATIVOS

1. Descripción de los documentos. — 2. Los requisitos de las respuestas manifestadas «per modum legis». — 3. Los actos singulares «in re peculiari». — 4. Los dictámenes técnicos del Consejo. — 5. La publicación del dictamen interpretativo. — 6. La utilidad y el alcance jurídico de los dictámenes. — 7. El valor de las respuestas declarativas. 8. Sobre la competencia convergente «ratione materiae».

Se trata de ofrecer una argumentación en el nivel jurídico formal. Por razón de la novedad de la materia parece oportuno preguntarse por el valor y el alcance de las Notas como cauce de emanación de las disposiciones del Consejo y no tanto por el contenido sustancial de las respuestas. Sin duda también éstas merecen un comentario, que sin embargo no se hará aquí.

1. *Descripción de los documentos.*

No había precedentes de una «Nota explicativa» del Consejo pontificio para la interpretación de los textos legislativos. Por lo que se me alcanza tampoco hubo ningún documento parecido que procediera de la Comisión pontificia para la interpretación auténtica del Código, la versión anterior del actual Consejo. En lugar de una respuesta simple y decretoria a un *dubium legis* formulado anónimamente (como era praxis ordinaria hasta el momento), se publican ahora dos largas notas explicativas del Consejo en respuesta a algunas cuestiones planteadas por proponentes singulares.

De un análisis elemental de los documentos se derivan las siguientes conclusiones descriptivas:

a) A pesar de su título («Notae explicativae») las respuestas no se presentan como explicativas de derecho dudoso sino como declarativas de derecho cierto («... quaequae verum dubium iuris non secumferebant sed potius ad recte intelligendam legem attinebant»).

b) El Consejo fundamenta su potestad en el art. 154 de la Const. Ap. *Pastor Bonus*. Se trata del artículo introductorio de la ley constitutiva del Consejo, que dice así: «Consilii munus in legibus Ecclesiae interpretandis praesertim consistit».

c) Aunque se omiten los nombres propios de la persona física y del ente jurídico interesados, se da respuesta a dos «quaestiones particulares», cuyos proponentes son un Legado pontificio y una Congregación de la Curia romana.

d) La primera respuesta (de fecha de suscripción más próxima, 8.XI.96) versa sobre la interpretación del c. 961, acerca del carácter excepcional de las absoluciones colectivas. La segunda (12.IX.96) trata de tres cuestiones conexas sobre la obligación de residencia de los obispos diocesanos y tiene como referencia inmeditata el c. 395.

e) Ambas notas vienen suscritas por el Presidente y el Secretario del Consejo y no consta en ellas ninguna aprobación pontificia.

2. *Los requisitos de las respuestas manifestadas «per modum legis».*

Las Notas explicativas no son respuestas «exhibitae per modum legis». En la Nota acerca de la obligación de residencia del Obispo diocesano, se afirma que «la normativa del can. 395 non sembra porre problemi la cui soluzione richieda una interpretazione autentica»⁽¹⁾. Por lo tanto, en estas Notas se sigue el mismo criterio que indica el art. 18 del Reglamento del Consejo pontificio para las respuestas (o «clarificaciones») hechas por el Presidente como contestación a dudas subjetivas: «en el texto de la respuesta se hará notar que no se trata de una *interpretación auténtica*»⁽²⁾.

(1) «Communicationes» 28 (1996), p. 182.

(2) Los artículos del reglamento del Consejo (aprobado *ad quinquenium* por el Card. Secretario de Estado el 4 de junio de 1994) que se refieren a su competencia en la interpretación de la ley pueden encontrarse en J. HERRANZ, *La interpretación auténtica: el Consejo Pontificio para la interpretación de los textos legislativos*, en «Ius canonicum» 70 (1995), pp. 521-522.

Pero además se puede recurrir a algunos otros datos elementales para fundamentar esta misma conclusión. En primer lugar, el fundamento jurídico que el Consejo alega para emitir las Notas explicativas. No se remite al art. 155 de la PB, donde se le habilita para dar respuestas auténticas manifestadas en forma de ley, sino al art. 154. En el art. 154 la Const. ap. diseña genéricamente la función del Consejo pontificio antes de entrar en sus habilitaciones específicas. Las respuestas no tienen tampoco ninguna aprobación pontificia, tal y como se exige explícitamente en el art. 155 para las resoluciones «per modum legis».

Todavía se puede decir más. Las respuestas manifestadas en forma de ley deben ajustarse a una determinada praxis de emanación y presentación⁽³⁾. En virtud de esta praxis el Consejo debe dar respuesta simple y decretoria a un «dubium legis», sin alegar proponentes concretos ni aludir a situaciones de hecho. Lo que no se ajuste a esta praxis difícilmente puede considerarse una respuesta interpretativa dada «per modum legis»⁽⁴⁾.

3. *Los actos singulares «in re peculiari».*

Por su apariencia (es decir, por la singularidad del proponente y por el carácter interpretativo) las Notas podrían quizá ser entendidas como interpretación llevada a cabo por acto administrativo singular «in re peculiari» (c. 16 § 3)⁽⁵⁾.

⁽³⁾ En los artículos del Reglamento se explica la praxis de elaboración de las respuestas, aunque no se habla expresamente (probablemente porque se estima como una praxis suficientemente consolidada) de la forma externa que presentan.

⁽⁴⁾ Aunque todo esto parece bastante claro, conviene hacer una advertencia. En el régimen de la anterior Comisión interpretativa algunos autores de relieve (por ejemplo, G. MICHIELS, *Normae generales juris canonici*, I, Parisiis-Tornaci-Romae 1949, pp. 487-488) entendieron que toda respuesta de la autoridad competente, siempre que fuese verdaderamente general y estuviese publicada de modo suficiente, constituía un supuesto de interpretación «per modum legis». Pero esto se podía decir, entre otras cosas, porque el concepto de ley con el que se operaba era fundamentalmente material. Por ley se entendía toda norma obligatoria de carácter general. No se hacía adecuada distinción entre la norma administrativa y la legislativa. Pienso que hoy no se puede decir lo mismo si atendemos a los cc. 29-34 del Código y al art. 18 de la PB.

⁽⁵⁾ La doctrina negaba que la anterior Comisión para la interpretación del Código tuviera potestad administrativa. Valgan estas palabras de Brems: «Pontificiae Commissione autem nullibi potestas iudicialis vel administrativa concessa fuit, quare ei etiam po-

Sin embargo no parece que se trate de actos administrativos « in re peculiari »⁽⁶⁾. Para ser entendidas así, las respuestas hubiesen tenido que afectar a un caso concreto. Un acto administrativo « in re peculiari » debe resolver un situación jurídica dudosa, un fenómeno fáctico bien determinado, cuya solución se solicita⁽⁷⁾. Sin embargo parece que

testas authenticae interpretandi per modum sententiae vel rescripti non competit» (A. BREMS, *De interpretatione authentica Codicis juris canonici per Pontificiam Commissionem*, en «Jus Pontificium» 16 (1936), p. 93). Argumentaciones muy similares pueden encontrarse en G. MICHIELS, *Normae generales iuris canonici*, I, cit., p. 496; J.R. SCHMIDT, *The principles of authentic interpretation in canon 17 of the code of canon law*, Washington 1941, p. 61.

La Comisión había recibido tan sólo potestad de hacer interpretaciones auténticas de la ley « per modum legis ». Su régimen de competencias estaba regulado (y tasado) por el MP *Cum iuris canonici* desde 1917 y por el MP *Recognito iuris canonici* desde 1984. En esos documentos sólo se concedía a la Comisión esa potestad. La Comisión no era un dicasterio curial equiparable a los demás, sino un organismo específico con una competencia muy definida y sin los atributos propios de la potestad de gobierno administrativa.

Pero la competencia actual del Consejo (art. 154-158 de la PB) no es la misma de entonces. Además, los Consejos pontificios son expresamente reconocidos como dicasterios (art. 2 § 1), y todos los dicasterios declarados jurídicamente iguales entre sí (art. 2 § 2). La potestad jurídica natural de los dicasterios de la Curia romana, si exceptuamos a los tribunales, es la administrativa. El Consejo pontificio para la interpretación recibe también (como una de sus principales competencias) habilitación para interpretar « per modum legis », con una potestad que en sentido amplio puede asimilarse a la legislativa. Pero esto no impide que muchos de sus actos sean de tipo administrativo típico (por ejemplo, las « recognitiones » de los decretos generales de los organismos episcopales, de que habla el art. 157).

A nuestro juicio, en la reciente declaración sobre la ilegitimidad de la celebración eucarística por parte de sacerdotes que han atentado matrimonio (cfr. *L'Osservatore Romano* 21.V.97, 1) el Consejo pontificio ejercita por ejemplo potestad administrativa.

(6) Precisamente por eso las Notas explicativas, a nuestro parecer, no constituyen en sentido estricto praxis de la Curia romana. La praxis se introduce a través de la actividad administrativa. Evidentemente, si la actividad de los dicasterios acoge la materia de los dictámenes, dicha materia se convertiría en praxis normativa o al menos en praxis material para la suplencia de ley. « Normam strictam obligatoriam constituunt, si transeunt in stylum Curiae » (A. VAN HOVE, *De legibus ecclesiasticis*, Mechliniae-Romae 1930, p. 256).

(7) Por ejemplo, los juicios de congruencia legislativa (entre normas de derecho universal y particular) emitidos por el Consejo pueden calificarse como actos interpretativos *in re peculiari*... Refiriéndose a ellos dice J. Herranz: « el estudio que se hace en sede judicial comporta sustancialmente una interpretación aplicativa de la ley, y las sentencias no son sino interpretaciones auténticas de carácter particular » (J. HERRANZ, *La interpretación auténtica*, cit., p. 513).

las dos respuestas del Consejo no se emitieron en esa perspectiva. Aunque tenían destinatario particular no pretendían resolver un caso, sino presentar la doctrina abstracta y general que debía regir la aplicación de los cánones 395 y 961.

Cuando el c. 16 § 3 habla de la interpretación de la ley hecha por acto administrativo (o por sentencia judicial) no lo hace para indicar que el acto tiene como materia la interpretación. Lo que está diciendo es que, al aplicar la ley, la decisión administrativa afecta a un hecho, considerando si debe o no ser regido por la ley. Como consecuencia, a ese acto no se le puede negar indirectamente (y en un sentido muy lato) un determinado valor interpretativo.

Pero en nuestro caso no sucede eso, no estamos ante un acto aplicativo de ley. El acto tiene como sustancia la interpretación. No busca resolver un caso, sino sentar la interpretación de la ley de un modo general, con independencia de situaciones de hecho. Es sin duda una interpretación que se lleva a cabo «theoretice et in abstracto»⁽⁸⁾. En cambio, la interpretación dada por rescripto o por sentencia «in re peculiari» no pretende decir «que tal ley debe ser entendida de tal manera, sino más bien que esta ley obliga o no obliga en este caso»⁽⁹⁾.

4. *Los dictámenes técnicos del Consejo.*

Para determinar la naturaleza jurídica de estas Notas pensamos que conviene tener presente algunos datos de la praxis de procedimiento del Consejo. Según el Reglamento del Consejo pontificio, el Congreso⁽¹⁰⁾ «decide ordinariamente qué dudas admitir en orden a una posible interpretación auténtica, y a cuáles dar sólo una respuesta en forma de clarificación, de acuerdo con el art. 18» (art. 16 § 2)⁽¹¹⁾.

(8) G. MICHIELS, *Normae generales*, I, cit., p. 484.

(9) A. TOSO, *Commentaria minora*, I, Tiferni Tiberini 1921, pp. 54-55.

(10) «Al Congresso prendono parte il Capo Dicastero, il Prelato Superiore, il Sottosegretario, i Capi Ufficio e, a giudizio del Capo Dicastero, gli Aiutanti di studio e altri Officiali» (art. 102 § 1 del *Regolamento generale della Curia romana*).

(11) El art. 18 dice así: «Cuando las dudas proceden de un no apropiado conocimiento de la ley, o al menos han de considerarse subjetivas por ser el texto de la ley claro en sí mismo, se responderá en forma de clarificación, aunque en modo oficial. Responde el Presidente, oído el parecer del Secretario, y si la materia lo exige, del Con-

Si la duda proviene de los dicasterios de la Curia romana, la solución es semejante, aunque se expresa con otras palabras: «Las cuestiones planteadas al Consejo que no se refieran a la interpretación de la ley sino más bien a su correcta aplicación, como norma se transmiten al Dicasterio competente *ratione materiae*, acompañadas, si es necesario, del parecer del Consejo. De esta transmisión se da aviso a quien realizó la petición» (art. 17).

Se colige de estos artículos del Reglamento que el Consejo pontificio no tiene intención de hacer, en línea de principio, interpretación declarativa de ley cierta a través de respuestas manifestadas en forma de ley⁽¹²⁾. Para ese género de respuestas elige las categorías de *clarificación* y de *dictamen*.

Así pues, tenemos dos especies de actos declarativos que no pretenden valor de interpretaciones auténticas «*exhibitae per modum legis*»: clarificaciones del Consejo a propuestas que manifiestan «inadecuado *conocimiento* de la ley»; y dictámenes del Consejo a consultas realizadas «para la correcta *aplicación* de la ley». Con respecto a esta segunda categoría (dictámenes del Consejo) se indica, en la segunda Nota, que la norma del c. 395 «*appare abbastanza chiara nella sua formulazione e le questioni sollevate da codesta Congregazione riguardano piuttosto la retta applicazione della legge*»⁽¹³⁾.

La distinción entre una y otra categoría no es evidente. A nuestro juicio es una manifestación de deferencia hacia los Dicasterios de la curia romana, a los que no parece pertinente atribuir ignorancia o mal conocimiento del derecho⁽¹⁴⁾.

Al análisis del texto reglamentario es conveniente añadir el comentario autorizado del Presidente del Consejo. Según sus palabras,

greso, oído también el parecer de los Consultores, según el asunto que se examina. En el texto de la respuesta se hará notar que no se trata de una interpretación auténtica».

(12) Una intención general que puede tener (y tiene de hecho) excepciones, porque existen sin duda respuestas interpretativas auténticas de tipo declarativo.

(13) «*Communications*» 28 (1996), p. 182.

(14) Otra razón para la diferencia entre estas categorías no parece plausible. En concreto, no parece que el «adecuado conocimiento» tenga que ver con una apreciación de orden abstracto y racional, y la «recta aplicación» con una apreciación de orden práctico, de respuesta a un caso concreto sometido al gobierno de los dicasterios. De hecho, en la segunda Nota se habla de «cuestiones que hacen referencia más bien a la recta aplicación de la ley» (vid. nota siguiente) y sin embargo la respuesta no se refiere a ningún fenómeno práctico, a ningún caso, sino que acomete la materia interpretativa de modo completamente hipotético.

«las dudas que se nos proponen [la mayoría de las veces] requieren sólo clarificaciones jurídicas en orden a la recta aplicación de la ley en determinados supuestos y circunstancias concretas: en estos casos la respuesta (que normalmente se elabora en sede de Congreso o de Consulta) no es jurídicamente vinculante; tiene solamente el valor moral de un dictamen técnico cualificado, que deja intacta la competencia y la libertad de decisión del correspondiente Dicasterio»⁽¹⁵⁾.

Las Notas se incorporan con facilidad a estas categorías de dictámenes técnicos cualificados. Su voluntad originaria, por lo tanto, ha sido constituir un subsidio orientativo para la aplicación de la ley; presentar un modelo autorizado a todos los sujetos dotados de potestad pastoral administrativa.

5. *La publicación del dictamen interpretativo.*

Antes hemos hecho referencia a la condición singular del destinatario de los dictámenes. Pero la respuesta singular no es más que el primer paso para dar cuenta del fenómeno, porque las Notas han sido después publicadas por el Consejo. ¿Podría entenderse que el dictamen dirigido a los consultantes singulares se haya convertido, después de su adecuada publicación, en una disposición jurídica general?

Una respuesta singular afecta tan sólo al proponente del «dubium». Esto debería ser aceptado incluso en un caso como el nuestro, en el que la respuesta constituye una interpretación de carácter abstracto y general, virtualmente proyectable a todos. Pero una vez llevada a cabo la publicación parece que la voluntad del Consejo es extender el influjo de la interpretación (ya no virtualmente, sino de modo efectivo) a cualquiera que por ella puede verse afectado.

La voluntad de generalizar el mensaje interpretativo a través de la publicación es evidente. Pero no parece que el Consejo pontificio tenga voluntad de cambiar el sesgo o la naturaleza del documento (es decir, de convertir una orientación prudencial en norma jurídica). Lo que la publicación modifica es el alcance del dictamen, no su naturaleza. Sigue siendo un dictamen, pero ha pasado a tener un valor orientativo de carácter general. En otras palabras, las Notas dan a conocer públicamente la opinión del Consejo — una opinión cierta-

(15) J. HERRANZ, *La interpretación auténtica*, cit., p. 519.

mente autorizada — sobre la interpretación de los cánones 961 y 395.

Tal vez sea conveniente añadir que la publicación de las Notas en la revista «*Communicationes*» no tiene el valor de un acto promulgatorio. Se promulgan las leyes (y otras normas jurídicas, cfr c. 31 § 2), pero no los dictámenes. La promulgación es un acto que certifica la existencia y el tenor de la ley; pero en este caso la publicación busca tan sólo la difusión o divulgación del contenido de las Notas.

A nuestro parecer, no es preciso entrar a la clásica cuestión del valor de los actos «*aequivalenter generales*». No es infrecuente que los dicasterios hagan públicos determinados actos de potestad con destinatario singular para que sirvan como criterio general. El problema que ha sido planteado desde antiguo es saber si ese propósito de generalidad es simplemente el de un paradigma criteriológico o el de una verdadera norma jurídica⁽¹⁶⁾. Decimos que en nuestro caso no es imprescindible acometer este problema porque ya en su origen el acto no tenía la pretensión de ser un acto de potestad en sentido estricto.

⁽¹⁶⁾ A estos efectos, los autores acostumbraban a distinguir entre los actos singulares (rescriptos, decretos) que eran publicados más tarde haciendo mención de las características del proponente o del destinatario (nombre de la diócesis, oficio del consultante, descripción de la situación de hecho); y los que eran publicados sin mención alguna de los rasgos individuantes originales. En este último caso, como no se indicaba la diócesis, la causa o el nombre del solicitante, se daba a entender que ese acto originariamente singular había pasado, después de la promulgación, a convertirse en una norma general que obligaba a cualquiera que se encontrase dentro de ese supuesto de hecho. Son los llamados actos formalmente singulares que equivalen a los generales («*aequivalenter generales*»). Cfr, entre otros, A. VERMEERSCH-I. CREUSEN, *Epitome iuris canonici*, I, Mechliniae-Romae 1949, p. 121; A. VAN HOVE, *Prolegomena ad Codicem iuris canonici*, Mechliniae-Romae 1945, pp. 74-75; ID., *De legibus*, cit., p. 255; F.M. CAPPELLO, *Summa iuris canonici*, I, Romae 1951, p. 71.

Algunos autores — el más destacado de ellos fue Michiels —, consideraron que, incluso en el caso de que constaran en el documento publicado las características individualizantes originarias, se trataba probablemente de una norma general. Lo verdaderamente representativo era la promulgación de esa respuesta interpretativa. Sólo eso constituía ya indicio suficiente de que existía voluntad de obligar a la comunidad en su conjunto (cfr G. MICHIELS, *Normae generales*, I, cit., pp. 486-489). Pero este planteamiento maximalista no era compartido por la mayor parte de los autores (como el mismo Michiels reconoce, cfr. *ibid.*, p.488). De ordinario la doctrina concluía que no podían considerarse «*aequivalenter generales*» los actos que se publicaban (incluso en los AAS) con referencias singulares.

De todas formas, lo que concluía la doctrina era que siempre que se mantuviesen los referentes singulares en la publicación (como ocurre en las Notas, que se presentan formalmente como respuestas singulares y constan en ellas todos los datos que permiten referir la respuesta a un proponente determinado), el acto permanecía formalmente singular y constituía una norma prudencial o una sugerencia de aplicación del derecho para casos similares propuestos por la Santa Sede, sin ser en sentido estricto normas jurídicas⁽¹⁷⁾.

6. *La utilidad y el alcance jurídico de los dictámenes.*

Las respuestas interpretativas «*exhibitae per modum legis*» han sido muy pocas en comparación con el resto de la actividad de respuesta del Consejo. Hasta julio de 1995 se habían recibido más de 400 consultas, de las cuales 45 habían sido sometidas a las sesiones ordinarias o plenarias del Consejo, y entre ellas tan sólo 25 habían recibido respuesta en forma de interpretación auténtica⁽¹⁸⁾.

Esta experiencia ha movido probablemente al Consejo pontificio a ofrecer un cauce público a toda la actividad de respuesta que tenía solamente destinatario singular y que quedaba por lo tanto encerrada en los rígidos límites del conocimiento personal de los proponentes. De esta forma los dictámenes han podido obtener carácter público. La publicación de dictámenes y actos singulares constituye un subsidio de gran importancia para la tarea canónica (como un dato de experiencia jurídica) y para la labor pastoral (como orientación de gobierno).

A nuestro juicio no sería oportuno sin embargo atribuir a estos documentos (contra su propia intención) una dimensión estrictamente jurídica. Las Notas explicativas no son actos administrativos «*in re peculiari*»; no son respuestas auténticas «*exhibitae per modum legis*»; no son tampoco disposiciones administrativas generales, como las Instrucciones, porque tienen destinatario singular y carecen de dimensión ejecutiva. Las Notas no caben con comodidad en las

(17) «...iudicia Dicasteriorum Romanorum et rescripta Sanctae Sedis iuris interpretativa normam tutam agendi praebent in casis similibus et valent ut normas prudentiales. Quae autem in Commentario officiali publicantur, constituunt normam quam Sancta Sedes suadet applicandam in similibus. Normam strictam obligatoriam constituunt, si transeunt in stylum Curiae» (A. VAN HOVE, *De legibus*, cit., p. 256).

(18) Cfr. J. HERRANZ, *La interpretación auténtica*, cit., p. 523.

categorías jurídicas ordinarias, ni siquiera pretenden integrarse en ellas. Son dictámenes prudenciales y sugerencias autorizadas de aplicación del derecho.

Hay que tener presente además que el Consejo pontificio para la interpretación de los textos legislativos tiene una función muy poco convencional desde el punto de vista jurídico, y eso provoca necesariamente algunas dificultades a la hora de calificar sus actos. Por lo que respecta a la interpretación legislativa auténtica «per modum legis» su misión está definida y consolidada; no admite dudas. Tampoco las admite en todo lo referente a los actos reconocitivos de los organismos episcopales o en los juicios de congruencia entre legislación universal y particular. Pero su hipotética intervención en otros ámbitos jurídicos es más difícil de valorar técnicamente. Si esa intervención se lleva a cabo a través de actos singulares, dichos actos, a pesar de su destinatario singular, necesariamente deberán contener una apreciación abstracta y teórica de la ley. Y si se trata de actos generales o normativos, siempre cabrá preguntarse si no exceden de la función interpretativa, es decir, si no adoptan otras funciones de desarrollo o de ejecución, menos acordes con la misión del Consejo. También en este sentido el Consejo es un «organismo atípico»⁽¹⁹⁾ en el cuadro general de los dicasterios de la Curia.

7. *El valor de las respuestas declarativas.*

Las Notas afirman sin ambages su carácter declarativo de ley cierta. Como quedó dicho en la introducción, las Notas dan a conocer que son respuestas a dos temas de derecho que «verum dubium iuris non secumferebant sed potius ad recte intelligendam legem atinebant»⁽²⁰⁾. Por lo tanto, en la medida en que contienen y exponen normas anteriores, tienen el mismo valor que éstas. Es claro sin embargo que los documentos pretenden ser *dictámenes* declarativos, no *normas* declarativas. Sabemos bien que las Notas no han querido tener fuerza de ley; tampoco pretenden ser disposiciones generales dadas en virtud de la potestad administrativa.

⁽¹⁹⁾ *Ibid.* p. 511. Pero el autor emplea estos términos en otro contexto: para distinguir la labor del Consejo en el ámbito canónico en comparación con los tribunales constitucionales civiles.

⁽²⁰⁾ «Communicationes» 28 (1996), p. 177.

Pero podría presentarse una duda. Si la respuesta declarativa no es más que la voz de la ley que habla en la respuesta, ¿no sería posible atribuir a la respuesta la fuerza de la ley, sea cual sea el cauce a través del cual se emita? A mi parecer, si contestáramos afirmativamente se producirían bastantes dificultades jurídicas. La referencia a la ley declarada no dota al documento de fuerza de ley. El carácter declarativo viene medido no sólo por la conexión con la ley que se declara, sino también por el modo como se ejerce la declaración.

Se ha dicho con razón⁽²¹⁾ que la interpretación declarativa, aunque no añada nada materialmente nuevo a la ley, adjudica formalmente un valor nuevo a lo que en la ley estaba implícito; de tal forma que el sentido declarado ya no queda sujeto a interpretación doctrinal y obliga de modo explícito a los jueces y aplicadores de la ley. Precisamente porque algo nuevo ha aparecido en el ámbito jurídico (aunque sólo fuera bajo este perfil formal), también las respuestas declarativas auténticas deben promulgarse (c. 16 § 2). Aquí sin embargo no estamos en este caso. El dictamen declarativo del Consejo no pretende obligar de ese modo a la interpretación doctrinal, a los jueces y a los aplicadores del derecho.

Las respuestas declarativas no tienen el mismo valor en todos los casos. Todas ellas son legítimas y necesarias en la práctica jurídica. Una declaración de ley «*exhibita per modum legis*» tiene evidentemente valor legal y efecto retroactivo. Las declaraciones llevadas a cabo por los órganos judiciales o administrativos tendrán el valor que en cada caso corresponda. Los dictámenes declarativos servirán igualmente para establecer pautas de comprensión de la ley, como sugerencia para la aplicación del derecho.

(21) «In the case of declarative interpretation, though this interpretation adds nothing materially new, it certainly adds something formally new. It gives in effect an authentic paraphrase of the law in part or as a whole; or it declares authentically that a certain concept is already included in the legal text. Thereby it gives to the retroactivity of the interpretation a legal force, an effect which doctrinal interpretation does not possess, because doctrinal interpretation is known to all legal history as “non necessaria”, not obligatory. Thus there would seem to be present a causal connection between the formally new element of authentic interpretation and the fact that general notice must be given of even declarative interpretation (*per modum legis exhibita*) in order that it may have the force of law; because a formally new element has appeared in the field of law, a general notice of this fact must be issued» (J.R. SCHMIDT, *The principles of authentic interpretation*, cit., pp. 115-116). Cfr. también G. MICHIELS, *Normae generales iuris canonici*, I, cit., p. 489.

8. *Sobre la competencia convergente «ratione materiae».*

Es evidente que la materia de las Notas toca también, y de modo natural, a la Congregación para el Culto divino y la disciplina de los sacramentos, y a la Congregación para los obispos⁽²²⁾.

Pero a poco que se piense sobre el particular habrá que concluir que este tipo de concurrencia material es razonable y no se puede evitar. Existen dicasterios de la Curia romana cuya función y competencia no es de suyo adecuadamente distinguible de los demás dicasterios. En ocasiones, la *ratio* de competencia es subjetiva (obispos, clérigos, institutos de vida consagrada, laicos), otras veces es territorial (evangelización de los pueblos, Iglesias orientales, América latina), otras es funcional (interpretación de la ley, diálogo religioso), y otras es temática (doctrina de la fe, sacramentos, seminarios). Lo cual no puede menos que producir supuestos de competencia convergente por razón de la materia. Sólo con una distribución de las competencias que tuviera una *ratio* exclusiva podrían evitarse las colisiones. En la práctica sin embargo eso es poco menos que imposible. De modo que con frecuencia un dicasterio conoce un tema para cuyo tratamiento serían también hábiles otros órganos de gobierno. Es verdad que la ley de la Curia establece que determinadas competencias queden asignadas a un solo dicasterio (aunque otros pudieran también tener hipotéticamente razonables expectativas para conocer), pero eso no ocurre siempre.

En el caso del Consejo para la interpretación de los textos legislativos las posibilidades de convergencia material con otros dicasterios son virtualmente ilimitadas, porque su ámbito de competencias viene asignado por la interpretación de las leyes de la Iglesia. Esta competencia funcional (la interpretación), mixta con una competencia temática de alcance material tan amplio (las leyes de la Iglesia), hacen inevitable la concurrencia competencial con otros órganos de gobierno.

De todas formas es innegable que la interpretación «*exhibita per modum legis*» tiene muy pocas posibilidades de originar cualquier problema de competencia, por mucho que la materia de inter-

(22) Aunque los dos temas tratados por las Notas no constituyen competencias *expresas* confiadas específicamente a ambas Congregaciones (cfr. art. 62-70 y 75-82 de la Const. Ap. *Pastor Bonus*).

pretación se encuentre plenamente incorporada a la competencia de otro dicasterio. Las respuestas simples y decretorias difícilmente se confunden con otra cosa que no sea la interpretación. Otro tipo de soluciones por el contrario están más expuestas a invadir áreas de competencia que pueden parecer no decididamente propias del Consejo.

JAVIER OTADUY

Pagina bianca

PRIESTLY CELIBACY: GIFT AND LAW

Introduction. — Celibacy and statistics. — Priestly celibacy and Vatican II. — Traditions and continence. — The priest - another Christ. — Celibacy means continence. — Law is not only legislation. — First legislation on priestly celibacy. — Eastern Discipline. — Bishops' responsibility for priestly celibacy.

Introduction.

«Fidelity to celibacy which is inseparable from chastity has, as you know from experience, its source in an intense love for Christ»⁽¹⁾. These words are part of the message of the African Synod addressed to diocesan priests. In fact, the African Synod did not question the soundness of priestly celibacy nor even had it as a matter of study, although it appears as if a few people were expecting it and have made a bit of noise about it.

Is there a problem behind the understanding of priestly celibacy in Africa? On the one hand there are practical signs and symptoms of infidelity, which have led to scandal. In the published minutes of a recent workshop of Kenyan Bishops, secular clergy, and religious, lack of fidelity regarding celibacy is treated as «a serious situation» which caused «the great concern of all the participants» and demanded «helpful and effective solutions»⁽²⁾. On the other hand, and in some way consequently, we at times may hear or even read statements supporting opinions against priestly celibacy: a celibate priest, it is said, does not fit in African society; or priestly celibacy, as some statistics seem to show, is not really accepted in the Church;

⁽¹⁾ *Message of the African Synod* 26, «L'Osservatore Romano» (English Edition) 19 (11 May 1994), p. 7.

⁽²⁾ Cf. *Report: Workshop on «Mutual Relations»* (K.E.C., R.S.C.K., A.O.S.K., K.N.D.P.A.), A. SEQUEIRA (Ed.), Nairobi 1990, p. 13-16. This workshop took place in Nyeri Pastoral Centre (Kenya) from 1st to 4th of May, 1990.

or that the law of celibacy for priests was a medieval design; or even that the Eastern optional celibacy was the original priestly approach.

With Bishop Mtega we are aware that «the discussion of celibacy has become in the Church a serious problem», which «shows a lowering of the moral values in the modern society»⁽³⁾. And, speaking on behalf of the Bishops of AMECEA (Association of Member Episcopal Conferences in Eastern Africa) he added: «Celibacy must continue to be an integral part and condition of the vocation and life of the Catholic priest. In fact, the laity approve celibacy as a pre-eminent characteristic of the Catholic priesthood. It would be a mistake to think that our people, coming from a polygamist tradition cannot understand what celibacy is and therefore think that they demand the priest to get married. They cannot conceive a married Catholic priesthood. Our people are thirsting for holy and celibate priests»⁽⁴⁾.

Priestly celibacy is a *gift* of the Holy Spirit to the priest and to the Church, and a *law* of the Church accepted by the priest in order to protect that gift. As the law itself proclaims: «Clerics are obliged to observe perfect and perpetual continence for the sake of the Kingdom of heaven, and are therefore bound to celibacy. Celibacy is a special gift of God by which sacred ministers can more easily remain close to Christ with an undivided heart, and can dedicate themselves more freely to the service of God and their neighbour»⁽⁵⁾. Therefore it cannot be identified solely or even partially with a problem, although *the discussion of celibacy* may have become a problem in some places. «Ecclesiastical celibacy is for the Church a treasure to be carefully guarded and to be presented especially today as a sign of contradiction for a society which needs to be called back to the higher and definitive values of life»⁽⁶⁾. In these words of John Paul

⁽³⁾ Cf. N.W. MTEGA, in *Book Review*: J. CAPRILE (Ed.), *Synod of Bishops: On Priestly Formation*, Rome 1992 (Civiltà Cattolica); in «African Ecclesial Review» 35 (1993), p. 258. Norbert Wendelin Mtega, Bishop of Iringa, Tanzania, was expressing the opinion of the Tanzanian Episcopal Conference.

⁽⁴⁾ *Ibid.*

⁽⁵⁾ *Code of Canon Law* (= *CIC*), can. 277 § 1. In this paper we are using *Code of Canon Law Annotated*, E. CAPARROS - M. THERIAULT - J. THORN (Eds.), Montreal 1993 (Wilson & Lafleur Limitee), by the Faculties of Canon Law of University of Navarre (Pamplona, Spain) and Saint Paul University (Ottawa, Canada).

⁽⁶⁾ JOHN PAUL II, *Priestly identity shines in the Eucharist* (Address to the plenary

II we have a hint of what could be the source of considering celibacy as mainly a theoretical problem: Christ was and is a sign of contradiction and, with him, his life-style. «Present difficulties — the Pope added — cannot cause the rejection of such a precious gift, which the Church has made her own uninterruptedly from apostolic times, overcoming other difficult moments that threatened its preservation» (7).

Celibacy and statistics.

Unfaithfulness of whatever extent cannot justify a theoretical condemnation of an institution of the Church rooted in the gospels, because if it is just a matter of practical failures, there are plenty of examples and at all levels beginning with Judas Iscariot for thirty silver pieces and Demas for love of this life, and St Simon Peter out of cowardice and St Mark out of comfort (8). Celibacy, we may say with Bishop Ndingi Mwana 'a Nzeki, «is an ideal in which perhaps we cannot hope for 100% fidelity from every priest/religious (as indeed we would not expect either in the ideal of charity), but nevertheless we must not abandon the ideal. It has proved far too valuable in the church's pastoral and missionary experience» (9). It is this positive consideration of priestly celibacy as *an asset for the Church* that would lead any research towards a better knowledge of this institution and, as a result, towards a better appreciation and love for it.

The understanding of Church institutions demands certain knowledge of their backgrounds. Often attacks against these institutions are based on false interpretations of historical data under a scientific guise, and with a lack of perception for social and legal realities. That is why John Paul II has been insisting on the importance of a right method of research regarding priestly celibacy: «Cultural

assembly of the Congregation for the Clergy, 22 October 1993), «L'Osservatore Romano» (English Edition) 44 (3 November 1993), p. 9, no. 7.

(7) *Ibid.*

(8) Cf. Mt 26:14-26; 2Tm 4:10; Lk 22:54-62; and Ac 15:38.

(9) R.S. NDINGI MWANA 'A NZEKI, *Presenting Christ to Africa* (2), «Mwanachi» 181 (August 1990), p. 11. Raphael S. Ndingi Mwana 'a Nzeki, Archbishop of Nairobi, at that time Catholic Bishop of Nakuru (Kenya), was one of the vice-presidents of the 1994 African Synod.

considerations, and the scarcity of priests in certain regions, sometimes give rise to calls for a change in this discipline. *To give decisive weight to solutions based on criteria deriving more from certain currents of anthropology, sociology or psychology than from the Church's living tradition is certainly not the path to follow*»⁽¹⁰⁾.

In fact, from the very beginning of his pontificate John Paul II made it clear that the understanding of priestly celibacy implies a kind of liberation «from the various objections that have always — as happens today too — been raised against» it, and also «from the different interpretations that appeal to criteria alien to the Gospel, to Tradition and to the Church's Magisterium — criteria, we would add, whose anthropological correctness and basis in fact are seen to be very dubious and of relative value». In that sense, not everyone is ready to accept or can accept celibacy⁽¹¹⁾, and that is why we must not be «too surprised at all the objections and criticisms which have intensified during the postconciliar period, even though today in some places they seem to be growing less»⁽¹²⁾. Some voices of dissent — few though blaring and spread world-wide by the mass-media wearing some times the label of «catholic» — had somehow subsided by the time John Paul II wrote his first letter to priests.

A strong campaign against priestly celibacy was unleashed at the end of the sixties and the beginning of the seventies. For example, the Fifth Dutch Pastoral Council declaration (8 Jan 1970) against priestly celibacy was quite aired precisely as foreseen by Paul VI in his letter to the Dutch Bishops (24 Dec 1969). Consequently, the Pope reaffirmed the Church's stand of priestly celibacy in his *Angelus* address (1 Feb 1970), in his letter to Cardinal Villot (2 Feb 1970), and in the address to Lenten preachers (9 Feb 1970)⁽¹³⁾.

⁽¹⁰⁾ JOHN PAUL II, *Gift of celibacy will be granted if you pray for it with humility. Address to the Bishops of Eastern Canada* (8 Nov. 1993), «L'Osservatore Romano» (English Edition) 46 (17 Nov. 1993), p. 3, no. 4.

⁽¹¹⁾ Cf. Mt 19:12.

⁽¹²⁾ Cf. JOHN PAUL II, Letter *Novo incipiente* (8 April 1979), «Acta Apostolicae Sedis» 71 (1979) 393-417. Our English version comes from JOHN PAUL II, *A priest forever*, Athlone 1984 (St Paul Publications - Ireland), no. 8; *Letter to priests (Holy Thursday 1979)*, no. 8: *Meaning of celibacy*, p. 46-47.

⁽¹³⁾ Cf. *Dossier. Documentación «1970» en torno al celibato sacerdotal*, «Palabra» 55 (1970), p. 27-35.

More recently and with a new campaign going on, the Pope insisted: «It is necessary today, too, to interpret concrete situations with faith and humility, without introducing anthropological, sociological or psychological factors that, while seeming to resolve problems, actually add to them beyond measure» (14). In fact, not even the introduction of those factors is always correct from a scientific view-point, and often anthropological, sociological and psychological data are used as sheer elements of pressure by *self-appointed grass-root representatives from «paraecclesiastical» lobby groups*. Let us remember that the Pope spoke about it when he was addressing the plenary assembly of the Congregation of the Clergy on 22nd October 1993. Two months before, the Pope had been in the United States. His trip to Denver was preceded by a new campaign against the stand of the Church on priestly matters which was generally based on public opinion polls and personal declarations of individuals who did not share the Church's doctrine. A head-line summarises the answer to such a campaign: «It's bigotry to blame celibacy for church problems» (15).

Also in August 1993, a so-called international congress of married priests took place in Madrid (Spain), with a wide publicity campaign and even claiming to be supported by some bishops; the Spanish Episcopal Conference had to issue a note denying any involvement of bishops in that meeting, regretting that the venue had been a (catholic) monastery, and clarifying that the majority of priests who have asked for dispensation from their priestly duties, and have had that dispensation granted, agree with the doctrine and discipline of the Catholic Church regarding priesthood (16). We think that the understanding of the last point is particularly important — even from a sociological stand — especially for those who insist on studying celibacy mainly as a sociological problem. The majority of priests who have been discharged from their priestly duties do not identify themselves with and do not share the views of those so-called married priests.

(14) JOHN PAUL II, *Priestly identify...*, cit., p. 9, no. 7.

(15) A. GREELEY, *A View From the Priesthood*, «Newsweek», CXXII 07 (August 16, 1993), p. 49.

(16) Cf. *Nota de prensa de la Oficina de Información de la Conferencia Episcopal Española* (3 Sept. 1993), «Palabra» 345 (1993), p. 23.

The Church has an experience of almost two thousand years and it is known, as we have already hinted, that disagreement and crisis concerning celibacy do not belong only to the twentieth century. Too many people, especially intellectuals, have fought against priestly celibacy throughout history that it would be quite impossible for us to give now a summary or to even study their intention and logic. A sample may be enough. In 1828 a group of lay professors from the University of Friburg wrote a memorandum (*Denkschrift*) to the Grand Duke of Baden, to the Parliament of Baden and to the Archbishop of Friburg, asking them to abolish celibacy in Baden (Germany). Their request originated in and was supported by the misbehaviour of a worldly and unspiritual clergy («*sehr ungeistig und ungeistlich*»). In this case the reply came from one of the best theological minds of the last century, because in 1830 Johann Adam Möhler, one of the fathers of modern ecclesiology and acumenism, answered them in his «Clarification to the memorandum on the abolition of celibacy prescribed to Catholic priest». For Möhler the defence of celibacy became a claim to the primacy of the spirit, and those who fought against celibacy were enemies of the basic Christian truths («*ein verstockter Gegner christlicher Grundwahrheiten*») (17).

Throughout the history of the Church there have been bad times for celibacy just as there have been for the Church herself. Thus the acceptance of priestly celibacy has been a kind of thermometer in the Church. Among other conclusions from his historical research on priestly celibacy, Prof. Villiger pointed out that «the celibacy of priests is closely connected with the course of Church history. The times of reform too, were the times in which the ideal of celibacy was highly respected and lived with. Times of decadence were usually accompanied also by a celibacy crisis(...). Celibacy was in the course of Church history misunderstood by many. It will remain misunderstood by many always just because of its eschatological purpose» (18). The history of priestly celibacy is parallel, in some way, to

(17) Regarding J.A. MÖHLER, *Beleuchtung der Denkschrift für die Aufhebung des den katholischen Geistlichen vorgeschriebene Cölibates*, cf. C. FABRO, *Spiritualità ed celibato in J.A. Möhler*, «*Studi Cattolici*» 130 (1971), p. 842-846.

(18) J.B. VILLIGER, *The celibacy of the priest in the course of Church history*, Johannesburg 1983 (Pty), p. 15.

the history of the Church. The origin and development of celibacy may help us understand the fact of faithfulness down the centuries amid crises, the basis of its tradition as well, and the present stand of the Church concerning this matter. History has shown that whenever faith diminishes perseverance also slackens, and *wherever faith dies celibacy dies also* ⁽¹⁹⁾.

In his *Diary*, Sören Kierkegaard wrote: «All those who truthfully have taught ideals, have praised celibacy as well» ⁽²⁰⁾. And he added: «God wants celibacy, because He wants to be loved» in such a way that «every time celibacy is actualized out of love for God, we become one with God's way of thinking» ⁽²¹⁾. As John Paul II said: «The difficulties involved today in keeping celibacy are not sufficient reason to overturn the Church's conviction regarding its value and appropriateness, a conviction constantly reaffirmed by the Church's Magisterium, not least by the Second Vatican Council» ⁽²²⁾.

Priestly celibacy and Vatican II.

Is priestly celibacy actually accepted in the Church? I think it is really difficult to find a period in the history of the Church when the celibacy of priests has been better studied from all points of view, and more strongly supported. In fact, with the support of the episcopate from all over the world, the last ecumenical council has defended and maintained the ideal of celibacy as the Church has been doing throughout centuries. Vatican II stressed priestly celibacy as a gift, and did not forget the legal implications of its acceptance.

Although the conciliar texts are well-known and have been deeply studied in the last thirty years, it is not inappropriate to remember in a context of historical legal research that, for instance, on the training of priests we read that «students who follow the venerable tradition of priestly celibacy as laid down by the holy and permanent regulations of their own rite should be very carefully trained for this state. In it they renounce marriage (...). They should embrace this

⁽¹⁹⁾ Cf. A.M. STICKLER, *Il celibato ecclesiastico. La sua storia ed i suoi fondamenti teologici*, «Ius Ecclesiae» 5 (1993 = STICKLER), p. 29.

⁽²⁰⁾ In C. FABRO, *L'avventura della teologia progressista. 3: Eccellenza del celibato secondo Sören Kierkegaard*, Milano 1974 (Rusconi), p. 269.

⁽²¹⁾ *Ibid.*, p. 270.

⁽²²⁾ JOHN PAUL II, *Gift of celibacy*, cit., p. 3, no. 4.

state, not only as a precept of ecclesiastical law, but as a precious gift of God»⁽²³⁾. And on the life of priests Vatican II added that «celibacy, which at first was recommended to priests, was afterwards in the Latin Church imposed by law on all who were to be promoted to holy Orders. This sacred Council approves and confirms this legislation so far as it concerns those destined for the priesthood, and feels confident in the Spirit that the gift of celibacy, so appropriate to the priesthood of the New Testament, is liberally granted by the Father, provided those who share Christ's priesthood through the sacrament of Order, and indeed the whole Church, ask for that gift humbly and earnestly»⁽²⁴⁾.

Actually Vatican II dealt extensively with priestly celibacy, although at the beginning it was not thought of as being one of the topics to be studied by the Council⁽²⁵⁾. The contents of its decrees, particularly *Presbyterorum Ordinis* 16 and *Optatam totius* 10, were the result of a lengthy and well-documented study by the different teams involved, who took into consideration not only the views and requests of the Conciliar Fathers, but also unofficial studies and proposals sent to the commissions, sometimes through private persons or bodies, sometimes through Council Fathers or experts, and every effort was made to examine these — both those which were serious objective studies and those which were, understandably, impassioned, due at times to painful personal circumstances⁽²⁶⁾.

Bishop Del Portillo explained that «taking into account all the Council documents which dealt with this subject — and the amount of time and attention it took up — it is fair to say that no ecumenical council had ever tackled the subject of priestly celibacy with such directness, in as large and representative an assembly and none was as

⁽²³⁾ *Optatam totius* 10. Throughout this article we quote the documents of the Second Vatican Council in the English version of A. FLANNERY (Ed.), *Vatican Council II. The conciliar and post conciliar documents*, Leominster 1981 (Fowler Wright Book Ltd.).

⁽²⁴⁾ *Presbyterorum Ordinis* 16.

⁽²⁵⁾ On the celibacy of priests and its development during Vatican II, cf. A. DEL PORTILLO, *On priesthood*, Chicago 1974 (Scepter Press), p. 39-56 and 87-92. Alvaro del Portillo, Bishop Prelate of Opus Dei, was the secretary of the conciliar commission which worked on the documents leading to *Presbyterorum Ordinis*.

⁽²⁶⁾ Cf. *Ibid.*, p. 89, note 16.

well-furnished with working data (...). Throughout the Council the Fathers freely expressed their opinions on this subject even though celibacy was excluded from the public debates in the last session. In fact, in the course of its nine editions a total of 1,691 Fathers made suggestions for the improvements of this particular text (*Presbyterorum Ordinis* 16); and the text of the decree itself was approved by 2,390 of the 2,394 Fathers who took part in the ninth public session on 7 December 1965 »⁽²⁷⁾.

Later on, fulfilling the promise he made to the Council Fathers, Paul VI wrote his encyclical letter on priestly celibacy *Sacerdotalis coelibatus* (24 June 1967) — a master piece on the subject — where the Pope reaffirmed the doctrine of Vatican II after examining before God opinions and petitions which had come to him from all over the world, notably from many pastors of God's Church⁽²⁸⁾. The 1971 Synod of Bishops once again confirmed the position of the Church: «The law of priestly celibacy existing in the Latin Church is to be kept in its entirety (... and) the priestly ordination of married men is not permitted, even in particular cases»⁽²⁹⁾.

As already mentioned, in the first letter of his pontificate addressed to all the priests of the Church on the occasion of Holy Thursday 1979, John Paul II wanted to deal specifically with priestly celibacy though «summarily, because it has already been considered in a profound and complete way during the Council, and subsequently in the Encyclical *Sacerdotalis Coelibatus*, and again at the ordinary session of the 1971 Synod of Bishops»⁽³⁰⁾. And when he had the chance of precisely addressing African priests in his first trip to Africa in May 1980, he spoke about priestly celibacy in each of the six countries he visited⁽³¹⁾.

(27) *Ibid.*, p. 39 and 41.

(28) Cf. *Sacerdotalis coelibatus* 2, in the English version of A. FLANNERY (Ed.), *Vatican Collection Vol. II. Vatican Council II. More Postconciliar Documents*, Leominster 1982 (Fowler Wright Books Ltd.), 95, p. 285.

(29) *Enchiridion Vaticanum*, IV, 1219-1220, as it is quoted in English by JOHN PAUL II, *Church committed to priestly celibacy* (General Audience 17 July 1993), «L'Osservatore Romano» (English edition) 29 (21 July 1993), p. 11, no. 5-6.

(30) Cf. JOHN PAUL II, *A priest forever...*, cit., p. 46.

(31) Cf. JOHN PAUL II, *Africa Apostolic Pilgrimage*, Boston 1980 (St Paul Editions), p. 37, 69 and 124 (Zaire); 149 and 161 (Congo); 197 (Kenya); 259 and 297 (Ghana); 334 (Upper Volta); and 364 (Ivory Coast).

In the 1990 Synod of Bishops on the formation of priests in the circumstances of the present day, the Synod Fathers clearly and forcefully, after using expressions like «priceless gift of God» and «charism» applied to priestly celibacy, stated that «the Synod does not wish to leave any doubts in the mind of anyone regarding the Church's firm will to maintain the law that demands perpetual and freely chosen celibacy for present and future candidates for priestly ordination in the Latin Rite»⁽³²⁾. The Catechism of the Catholic Church gives an up-to-date summary of the Vatican II doctrine on priestly celibacy, and clearly asserts that the candidates to priesthood «are normally chosen from among men of faith who live a celibate life and who intend to remain *celibate*»⁽³³⁾.

Traditions and continence.

Does the celibacy of priests fit into the African society? We know that the message of Christ does not belong to any culture, although it is handed on by means of a culture. We may say what A.O. Okogie, Archbishop of Lagos, wrote: «I am convinced that God meant Christianity for Africa just as He meant Africa for Christianity»⁽³⁴⁾. Through a process of inculturation the Good News fits everywhere by raising and improving whatever receives it. The celibacy of priests fits into any society in so far as Christ's message fits there.

Priestly celibacy is a characteristic institution of Christ's Church, a *Christian phenomenon*, which does not depend on human cultures and even goes at times against social traditions. As Bishop Ndingi Mwana 'a Nzeki put it: «I do not think that celibacy as required of priests and religious ever existed in any tribes or nations. In an African tradition there are many things militating against it, and yet I believe, that it is the single greatest reason that the Church has spread and continues to do so (...). To the priest it is the experience of his utter dependence on, and commitment to

⁽³²⁾ JOHN PAUL II, *Pastores dabo vobis* 29, note 78 (from the Synodal *Propositio* 11), as published in *I will give you shepherds*, Nairobi 1992 (St Paul Publications - Africa), p. 55. On priestly celibacy besides no. 29 (p. 54-57), cf. no. 44 (p. 85-87) as well.

⁽³³⁾ *The Catechism of the Catholic Church*, Nairobi 1994 (Paulines Publications Africa) (= CCC), n. 1579.

⁽³⁴⁾ Foreword to C. EPIE, *Following Christ in Africa*, Lagos 1991 (Criterion Publishers Limited), p. 6.

Christ»⁽³⁵⁾. Celibacy in the Church has specific requirements beyond any human approach.

Obviously genuine *African traditions* do not go against chastity, against continence of unmarried people. A few examples can show that «the true African tradition is one of appreciation of the value of purity in the lives of both men and women»⁽³⁶⁾. The young men of the Nuba in Sudan, for instance, spend several years involved in wrestling activities and contests living in all-male training camps. In fact when one of them «marries, he must give up wrestling and leaves the camp to return to the village, for the Nuba are convinced that a wife saps a man of his strength to fight». Olaudah Equiano, who was taken as a slave from the Kingdom of Benin to the West Indies in the 18th century, later on wrote in his «*My Ibo Homeland*» some recollections of his African youth: «Our women too were, in my eyes at least, uncommonly graceful, alert and modest to a degree of bashfulness; nor do I remember to have ever heard of an instance of incontinence amongst them before marriage». The last example is from Chinua Achebe's «*Arrow of God*», where the young Obika was receiving his *untouched* bride: «He knew that few other young men of his age would have shown the same restraint which ancient custom demanded. But what was right was right. Obika began to admire this new image of himself as an upholder of customs»⁽³⁷⁾.

It is true that certain degree of religious continence could be seen in *different places and cultures*, although it is also undeniable that specific religious manifestations of fertility, and even eroticism, are not alien to the same places and cultures. In most instances continence was the result of anti-body ideas by which sexual activity is sinful at all levels and therefore marriage has to be rejected. This body-hostile approach was found among the Jewish sect of the Essenes⁽³⁸⁾. In the early stages of the life of the Church, something of that kind appeared among Gnostic and Manichean sects. This, for example, was the case of the Encratites — meaning the Abstinentes, founded by Tatian «the Syrian», and the Marcionites in the

(35) R.S. NDIRINGI MWANA A' NZEKI, *Presenting Christ...*, cit., p. 3 and 11.

(36) C. EPIE, *Following Christ...*, cit., p. 78.

(37) Cf. *Ibid.*, p. 78-79.

(38) Although the Essenes represented a whole religious life-style, also «there was a strong priestly element among them» (R.F. BROWN, *Essenes*, «The New Catholic Encyclopedia» 5, p. 552-553).

2nd century⁽³⁹⁾. At times, however, continence would mainly have a priestly meaning as can be understood by the male wizards of Patagonia, priests of the Mosquito Islands and of ancient Mexico, Buddhist and Taoist priests, several orders of priest and priestesses among the Greek, as it was among the Roman vestals⁽⁴⁰⁾. In a way there has always been «an instinctive feeling that the indulgence of our sensual nature is in a measure degrading, and that it is particularly incompatible with the perfect purity that should characterize one consecrated to the worship of the All Holy»⁽⁴¹⁾. In any case, the real meaning of Christian priestly celibacy does not fit in completely with the natural explanation nor with the body-hostile trends. As Prof. Villiger expressed it: «Even if anti-body (i.e. body-hostile) ideas have aided the institution of religious celibacy, they have never been the decisive motive why many Christians remained unmarried or lived with continence. The main reason is elsewhere; the origin of celibacy is in Christ Jesus Himself»⁽⁴²⁾.

In fact, *Jewish tradition* was very far from being pro-celibacy even if the priests from time to time had to be continent while serving in the Temple⁽⁴³⁾. In the Old Testament, from the very beginning, there was little room for celibacy: «Be fruitful, multiply, fill the earth and conquer it»⁽⁴⁴⁾; because «a man leaves his father and

⁽³⁹⁾ The Encratites rejected «matrimony as adultery». In fact, one of them, Julius Cassianus, in his *Concerning Abstinence or Eunuchry*, refused to accept «all sexual intercourse». Marcion, recognized by St Polycarp of Smyrna as the first-born of Satan, said that «salvation will be of our souls only, those souls which have learned his doctrine; but the body, because in truth it is taken from the earth, cannot possibly partake of salvation». The apocryphal literature was widely used by Gnostics and Manicheans to support and spread their doctrines. In the Gnostic *Gospel of the Egyptians* — St Clement of Alexandria comments — «they said that the Saviour Himself said: "I came to destroy the works of the female", — the female being lust and the works birth and corruption». In the Manichean *Acts of Thomas*, «marriage is renounced and wives are persuaded to leave their husbands». Cf. J. QUASTEN, *Patrology*, Westminster - Maryland 1986 (Christian Classics, Inc.), I, p. 221, 274-275, 269, 113 and 139 respectively.

⁽⁴⁰⁾ The vestals were the sacred-fire-keepers in the temple of Vesta. They took a vow of chastity for thirty years. The vestal who broke the vow of chastity was cursed and buried alive. Cf. M.R.P. MCGUIRE, *Vestal virgins*, «The New Catholic Encyclopedia», 14, p. 632-633.

⁽⁴¹⁾ Cf. J.W. MELODY, *Continence*, «The Catholic Encyclopedia» IV, p. 330-331.

⁽⁴²⁾ J.P. VILLIGER, *The celibacy of the priest...*, cit., p. 5.

⁽⁴³⁾ Cf. for instance 1Ch 24:5-19; Lv 8:34-35; and Lk 1:23.

mother and joins himself to his wife, and they become one body»⁽⁴⁵⁾. Two women give us a good summary of the Old Testament outlook. When Rachel conceived and gave birth to her first son, Joseph, she said: «God has taken away my shame»⁽⁴⁶⁾. And in similar circumstances when Elizabeth, the wife of the priest Zachariah, conceived John the Baptist she acknowledged that it had pleased God to take away the humiliation she suffered among men⁽⁴⁷⁾. Moreover, among Jews, priesthood was hereditary and a tribal matter. Its functions and powers were transmitted by natural generation from fathers to sons within the tribe of Levi and the descent of Aaron⁽⁴⁸⁾. Only «Jeremiah son of Hilkiyah, of a priestly family living at Anathoth»⁽⁴⁹⁾, can be seen as having received from God a calling to celibate life, a vocation to celibacy: «You must not take a wife or have son or daughter in this place»⁽⁵⁰⁾. But not even in this exceptional case his celibacy was a priestly one. God simply wanted to spare this prophet of doom and man of tears from a new source of suffering. Marriage «would not only hamper Jeremiah in his prophetic ministry — as in the case of Osee the minor prophet — but would, on the pure human plane, prove more a burden than a blessing»⁽⁵¹⁾. We dare say that Jeremiah had to enjoy as much a strange prophetic celibacy as Hosea had to suffer an unparalleled prophetic marriage⁽⁵²⁾.

The Church was born and had her early development within *the Roman Empire*. In their relationship with God the Romans were

⁽⁴⁴⁾ Gn 1:28. In this article Scripture quotations are taken from the version of *The Jerusalem Bible*, London 1974 (Darton, Longman & Todd).

⁽⁴⁵⁾ Gn 2:24.

⁽⁴⁶⁾ Gn 30:23.

⁽⁴⁷⁾ Cf. Lk 1:25.

⁽⁴⁸⁾ Cf. Nb 3:3-4; and H. THURSTON, *Celibacy of the clergy*, «The Catholic Encyclopedia», III, p. 481.

⁽⁴⁹⁾ Jr 1:1.

⁽⁵⁰⁾ Because fathers and mothers, sons and daughters in that land were going to die of deadly diseases, unlamented and unburied; they were going to be like dung spread on the ground; they were going to meet their end by sword and famine, and their corpses were going to be food for the birds of heaven and the beast of the earth. Cf. Jr 16:1-4.

⁽⁵¹⁾ H. VAN ZELLER, *Jeremias: man of tears*, London 1941 (The Catholic Book Club), p. 85-86.

⁽⁵²⁾ Cf. Ho 1:2.

asked by law to be chaste: «Approach the gods chastely (*Ad divos adeunto caste*)»⁽⁵³⁾. But chastity was not strong point among the Romans. We gather this clearly from the pages of Juvenal, Martial, Suetonius, and Cicero. «With the Romans, immorality, even of the abnormal kind, stalked about, its repulsiveness undisguised»⁽⁵⁴⁾. The legal remedy was not an incentive to celibacy either. In Roman Law and as early as 403 B.C., the consuls tried to foster marriage by fining those celibates who were becoming old, because they were not fulfilling the «natural» precept of leaving descent⁽⁵⁵⁾. Later on, in order to avoid social degeneration, Caesar Augustus protected marriage and birth-rate specially by two laws: *Julia de maritandis ordinibus* (18 B.C.) and *Papia Poppaea* (9 A.D.). By that legislation, for instance, men between 25 and 60 years of age, and women between 20 and 50, had to be married and have legitimate children. Inheritance was restricted in such a way that unmarried people (*coelibes*) could not receive anything left to them, and those married and childless (*orbi*) could only get half of it⁽⁵⁶⁾.

The priest - another Christ.

The teaching of Jesus Christ, like his life, did not follow the Jewish pattern nor the Roman one, it was somehow original. There was something new in the life and doctrine of Our Lord Jesus Christ. Without changing the Law (*Torab*) in basic points⁽⁵⁷⁾, his approach to life was a good news, a real renewal, a kind of revolution. Even some people — his beloved ones — thought him to be

⁽⁵³⁾ Cf. PIUS XI, *Encyclical Letter "Ad Catholici Sacerdotii"* (1935), in English version *The Catholic Priesthood*, London 1962 (Catholic Truth Society), p. 24 where the Pope quotes M.T. CICERO, *De legibus*, lib. II, cc. 8 et 10: «The law orders us present ourselves to the gods in chastity — of spirit, that is, in which are all things. Nor does this exclude chastity of the body, which is implied, since the spirit is far superior to the body; and it should be remembered that bodily chastity cannot be preserved, unless spiritual chastity be maintained».

⁽⁵⁴⁾ Cf. J.W. MELODY, *Chastity*, «The Catholic Encyclopedia», III, p. 639.

⁽⁵⁵⁾ Cf. A. D'ORS, *Derecho Romano Privado*, Pamplona 1991 (Eunsa), no. 219, p. 287, note 12. That had been a common trend of pre-Christian cultures. For instance, «in Sparta, the unmarried lost civic rights and were given menial tasks» (P. DELHAYE, *Celibacy, History of*, «The New Catholic Encyclopedia» 3, p. 369-374).

⁽⁵⁶⁾ Cf. *Ibid.* no. 279, p. 336-337.

⁽⁵⁷⁾ Cf. Mt 5:17-19.

out of his mind⁽⁵⁸⁾. His radical newness came from his own lips as «it was said..., but I say this to you»⁽⁵⁹⁾. He gave us a new commandment⁽⁶⁰⁾. He wanted us to be last and slaves, if we wish to be first and great⁽⁶¹⁾. He requested love for our enemies, to do good to those who hate us, to bless those who wrong us, prayers for those who treat us badly⁽⁶²⁾. He asked us to lose our lives if we want to save them⁽⁶³⁾. As a matter of fact those he appointed apostles left everything and follow him⁽⁶⁴⁾. For those who do not and did not love him, this self-surrender of his sounds and sounded senseless, absurd, self-contradictory. It is precisely that denial of self that allows us to understand the attitude of his closest followers, chosen to be fishers of men, men for others.

Jesus Christ, the Son of God, was a *celibate man* and a man for others. His celibacy did not stem from a surrounding culture. Jesus is «an example for everyone, but especially for priests. He lived as a celibate, and for this reason he was able to devote all his energy to preaching the kingdom of God and to serving people, with a heart open to all humanity, as the founder of a new spiritual family (...). By his example Jesus gave an orientation to be followed»⁽⁶⁵⁾. And John Paul II added on another occasion: «On the basis of her experience and reflection, the Church has discerned, with growing clarity through the ages, that priestly celibacy is not just a legal requirement imposed as a condition for ordination. It is profoundly connected with a man's configuration to Christ, the Good Shepherd and Spouse of the Church»⁽⁶⁶⁾.

The Christian priest is a follower of Christ, a member of the faithful, of the People of God, who has been marked and set apart. He has been destined and consecrated to teach, sanctify and rule «in the person of Christ the Head» (*in persona Christi*

⁽⁵⁸⁾ Cf. Jn 7:5 and Mk 3:21.

⁽⁵⁹⁾ Cf. Mt 5:21-44.

⁽⁶⁰⁾ Cf. Jn 13:34-35.

⁽⁶¹⁾ Cf. Mt 20:16.26-27.

⁽⁶²⁾ Cf. Lk 6:27-28.

⁽⁶³⁾ Cf. Mk 8:35.

⁽⁶⁴⁾ Cf. Lk 5:11.28.

⁽⁶⁵⁾ JOHN PAUL II, *Church committed to priestly celibacy*, «L'Osservatore Romano» (English edition) 29 (21 July 1993), p. 11, no. 3.

⁽⁶⁶⁾ JOHN PAUL II, *Gift of celibacy...*, cit., p. 3, no. 4.

Capitis)⁽⁶⁷⁾. The priest and Christ become one — there is an identity, an absolute sameness — because the priest does not only act in the presence of Christ but in the person of Christ, on behalf of Christ (*in persona Christi, en prosopo Christou*)⁽⁶⁸⁾.

Thus the priest is made another Christ, Christ himself, like every Christian can and should be, but by means of his priestly ordination in a direct way. He does and acts through Christ, with Christ and in Christ because his identity is that of Christ. Ordination is the means for the priest to lend Jesus Christ his whole being. As a result of that, it can be said that in the Holy Mass, Jesus Christ is the one changing the substance of the bread and wine into his Body and Blood. Jesus Christ is the one who forgives sins in the sacrament of Penance and it is He who speaks when the priest announces the word of God. It is again Jesus himself the one taking care of the sick, children and sinners. «The expression “*sacerdos alter Christus*”, “the priest is another Christ”, created by the intuition of the Christian people, is not just a way of speaking, a metaphor, but a marvellous, surprising and consoling reality»⁽⁶⁹⁾. More recently the Pope insisted: «Acting *in persona Christi Capitis* (...), the priest proclaims the divine Word, celebrates the Eucharist and dispenses the merciful love of God who forgives; in this way he becomes an instrument of life, renewal and authentic human progress»⁽⁷⁰⁾.

Consequently, Bishop Ndingi Mwana 'a Nzeki suggests: «A priest needs to be imbued by and incarnated in Christ, so that through the priest, Christ can be manifested and operative. Christ will be manifested to the people, to the extent that the priest strives in humility, to make himself “disappear”. A priest should adopt an attitude similar to that of John the Baptist, so that Christ can be manifested to “increase”, and the priest to “decrease”»⁽⁷¹⁾. Because

⁽⁶⁷⁾ Cf. *CIC*, can. 1008. Special reference is made to this point in *CCC*, no. 1548-1551 and in many documents of Vatican II: *Lumen Gentium* 10, 28 and 37; *Sacrosanctum Concilium* 33; *Christus Dominus* 11; and *Presbyterorum Ordinis* 2, 6 and 12.

⁽⁶⁸⁾ Cf. 2Co 2:10, and J. PIEPER, *L'identità del sacerdote (2): L'essenza dell'atto sacerdotale*, «Studi Cattolici» 136 (1972), p. 425-431.

⁽⁶⁹⁾ JOHN PAUL II, *A priest forever*, Athlone 1984 (St Paul Publications - Ireland), no. 28: *Homily at the Ordination of Priests in Rio de Janeiro (2 Jul 1980)*, p. 119.

⁽⁷⁰⁾ JOHN PAUL II, *Priestly identity...*, cit., no. 2.

⁽⁷¹⁾ R.S. NDINGI MWANA 'A NZEKI, *The identity and ministry of priests today*, «African Ecclesial Review» 32 (1990), p. 232 and 234. Cf. Jn 3:30.

« the priesthood is a special participation in Christ's life and mission from the Father to the world. Priests are, and must be stewards of the mysteries of God. To be a true witness of Christ, a priest must intimately know, and allow Christ to mould him, as the potter does the clay. In this way, a priest can, by incorporation and representation, become Christ-like. What a priest is will be *more important than what he does* »⁽⁷²⁾.

That is why, in the 1990 Synod of Bishops on priestly formation, the Bishops of AMECEA spoke of a danger that « can come from a too secularized and philanthropic conception of the priesthood, laying more emphasis on the service of the people and less emphasis on the sacred and sacramental dimensions ». Therefore they wanted to « underline the sacredness of the priesthood and consequently the special call to holiness of the priest », and to « insist on the importance of spiritual life in which the priests will find strength and help to embrace celibacy and to remain faithful to it for the love of the Kingdom of God »⁽⁷³⁾. In his first visit to Kenya, and to Africa, John Paul II expressed that idea applying it to priestly celibacy as follows: « My brothers in the priesthood, yours is a mission of proclaiming salvation, of building up the Church by the Eucharistic Sacrifice; yours is a vocation of special companionship with Christ, *offering your lives in celibacy in order to be like Jesus*, the Good Shepherd, in the midst of your people — the people of Kenya »⁽⁷⁴⁾.

The Apostles were ready to follow Christ and leave everything and everyone as Jesus Christ himself did and demanded. Things — boats and nets — had to be left behind⁽⁷⁵⁾, and people as well: « If any man comes to me without hating his father, mother, wife, children, brothers, sisters, yes and his own life too, he cannot be my disciple »⁽⁷⁶⁾. We notice that *wife* is in the list. In another occasion,

(72) R.S. NDIRI MWANA'A NZEKI, *Vocation and formation of priests*, « African Ecclesial Review », 32 (1990), p. 19. He delivered this paper in Nairobi in July 1989, to the Seminar for Rectors and Spiritual Directors of Eastern and Southern Africa.

(73) Cf. N.W. MTEGA, *Celibacy...*, cit., 258-259.

(74) JOHN PAUL II, *Africa Apostolic Pilgrimage*, Boston 1980 (St Paul Editions), p. 196-197. The stress is ours. The quoted passage comes from the Pope's address in Holy Family Cathedral (Nairobi) on 6 May 1980.

(75) Cf. Mk 1:16-20. In Mt 5:22 a reference to detachment from people, and not only from things, is also mentioned: « At once, leaving the boat and their father, they followed him ».

after the rich young man went away sad having made the wrong choice, Jesus stated clearly that detachment was a must for getting into heaven. «Then Peter said, "What about us? We have left all we had to follow you". He said to them, "I tell you solemnly, there is no one who has left house, wife, brothers, parents or children for the sake of the kingdom of God who will not be given repayment many times over in this present time and, in the world to come, eternal life" »⁽⁷⁷⁾. *Wife* is again in the list of St Luke. It seems that self-giving implied in some instances real surrender of one's wife, real continence for a married man. There were other possibilities, other ways, other vocations, because Jesus did not demand the same things from everyone⁽⁷⁸⁾. The invitation to practical and radical renunciation is proper to the apostolic life or the life of special consecration, although Jesus, of course, required the first place in each of his followers' heart⁽⁷⁹⁾.

Obviously, Jesus Christ did not ask from everybody to leave his wife, and this was not only because it was not necessary for the salvation of everyone, but also because not all the apostles had a wife⁽⁸⁰⁾. For those who were not married, the surrender of wife meant precisely not to get married, celibacy (*eunuchia*) in a strict sense. The unmarried apostles were able to accept the invitation of Christ and make themselves celibate: «There are eunuchs born that way from their mother's womb, there are eunuchs made so by men and there are eunuchs who have made themselves that way for the sake of the kingdom of heaven. Let anyone accept this who can »⁽⁸¹⁾.

As we know, St Peter either was or had been a married man. It stands to reason that the presence of Peter's mother-in-law does not necessarily imply that his wife was then alive. Quite on the contrary, the fact that the mother in law got up and served them seems to in-

⁽⁷⁶⁾ Lk 14:26.

⁽⁷⁷⁾ Lk 18:28-30.

⁽⁷⁸⁾ Mt 19:29 («houses, brothers, sisters, father, mother, children or land») and Mk 10:29 («house, brothers, sisters, father, children or land») do not mention «wife» in their lists.

⁽⁷⁹⁾ Cf. JOHN PAUL II, *Church committed...*, cit., no. 1.

⁽⁸⁰⁾ Cf. C. COCHINI, *Origines Apostoliques du Celibat Sacerdotal*, Paris 1981 (Le Sycomore, Editions Lethielleux - Paris, Culture et Verite - Namur) (= COCHINI), p. 89-108.

⁽⁸¹⁾ Mt 19:12.

dicating that the wife was not around; otherwise she would have been the one doing so⁽⁸²⁾. Regarding the apostles, this is the only reference to marriage and, as such, nowhere else do the Gospels speak of their wives and children. «It appears that the Twelve, destined to be the first to share in his priesthood, renounced family life in order to follow him»⁽⁸³⁾. All these observations help us understand the evangelical basis and reason for the legislation on priestly celibacy, even if «Jesus did not promulgate a *law*, but proposed the *ideal* of celibacy for the new priesthood he was instituting»⁽⁸⁴⁾.

Celibacy is not exactly the same as continence. Usually the latter comprises the former and not vice versa. A celibate, unmarried man should be continent — should abstain from the use of sex, while a married man could only be continent. As we have seen already Jesus Christ proclaimed an ideal of complete self-surrender to married and unmarried people alike. From some men specifically he demanded the giving-up of either the possibility of having a wife or the wife herself when having one. Strictly speaking his ideal was that of continence more than that of celibacy because he could not have found only unmarried men to be his successors. Jesus was in need of leaving his Church in the hands of responsible people who could act on his behalf. Where there unmarried people mature enough for the job? It seems that in such a Jewish context very few were suitable if they had to be celibate and at the same time elders, *presbyters*, priests.

We are not surprised, then, to see Paul asking Titus for that required maturity from those who were going to lead the Church — to be heads of Christian communities as Christ was the Head of the Christian Community — by saying that «each one of them must be a man of irreproachable character». And he added. «he must not have been married more than once»⁽⁸⁵⁾. We are still in the early stages of the Church. It seems that to have been married only once was one of the signs of *irreproachable character*. Now this expression «man of one wife (*unius uxoris vir*)» implying suitability was repeated by St Paul as a fix way of saying, which was applied to bishops and deacons as well⁽⁸⁶⁾. In his decretal letter *Cum in unum*

(82) Cf. Mk 1:30, 1Co 9:5; and COCHINI, p. 90-92.

(83) JOHN PAUL II, *Church committed...*, cit., no. 3.

(84) Cf. *Ibid.*, no. 1-4.

(85) Tt 1:5-9.

(386) to the African Bishops, Pope Siricius (384-399) gave the right meaning to St Paul's *man-of-one-wife*, answering those who wanted to see it as support for keeping marital activity with their wives after ordination: «Perhaps someone may believe that this (conjugal life) is allowed because it is written: "he must not have been married more than once" (1 Tm 3:2). He (St Paul) did not say it because the procreative desire could remain, but because of the future continence (*propter continentiam futuram*)»⁽⁸⁷⁾. That the candidate to Holy Orders had been married more than once could have implied that it was not going to be easy for him to live a continent life.

St Paul, who was an apostle and thus a God's representative as well, would have liked everyone to be like him — a celibate man, because «an unmarried man can devote himself to the Lord's affairs, all he need worry about is pleasing the Lord», while a married man is torn two ways — he is divided. That, it seems, was the ideal. «Yes, it is a good thing for a man not to touch a woman». Even married people could refuse each other by mutual consent and for an agreed time, to leave themselves *free for prayer*. And he was writing all these things only to help us, not to put a halter round our necks, but simply to make sure that everything was as it should be, and that we may give our undivided attention to the Lord⁽⁸⁸⁾. Obviously, St Paul was not an exception. We may think, as well, of a group of celibate priests in the early Church: «These are the ones who have kept their virginity and not been defiled with women; they follow the Lamb wherever he goes; they have been redeemed from amongst men to be the first-fruits for God and for the Lamb»⁽⁸⁹⁾. Therefore the married man who had to be a bishop, a priest or a deacon, and give his undivided attention to the Lord, had to be continent as the best way to be another Christ. If he was not celibate, at least he should have been married only once.

In 1190 Uguccio of Pisa commenting on Gratian's *Decretum* (1140) summarized that doctrine as follows: «The continence of cle-

⁽⁸⁶⁾ 1Tm 3:2.12.

⁽⁸⁷⁾ «Forte hoc creditur quia scriptum est unius uxoris virum (1 Tim 3,2). Non permanentem in concupiscentia generandi dixit, sed propter continentiam futuram» (PL 13, 1160-1161). Cf. COCHINI, p. 32-33; and STICKLER, p. 50-51.

⁽⁸⁸⁾ Cf. 1Co 7:1.5-7.25.32-33.35; 9:1. On St Paul's state of life cf. COCHINI, p. 99-104.

⁽⁸⁹⁾ Rv 14:4-5.

rics consists in not getting married (*in non contrahendo matrimonio*) and in not using marriage if one is already married (*et in non utendo contracto*)»⁽⁹⁰⁾.

Law is not only legislation.

With the exception of the scene of the adulterous woman, we do not know of any instance in which Jesus Christ, directly, either wrote or asked anyone to write anything as a record of his actions. He preached and asked his disciples to do so. It seems that the Holy Spirit wanted the Good News (*good-spell*, gospel) to be put in writing for us to keep it as basic reference, though not even then was everything Jesus did written down⁽⁹¹⁾. St Paul also thought it was important to stress the relevance of oral tradition: «Stand firm, then, brothers, and keep the traditions that we taught you, whether by word of mouth or by letter»⁽⁹²⁾. In fact, Pope Siricius (384-399) in his letter *Cum in unum* (386) to the African Bishops quoted this verse when he wanted to clarify that priestly continence had to be accepted as a law precisely because of being part of the apostolic tradition⁽⁹³⁾.

The richness of customary law in the different traditional African societies is well known and will be better known as research continues. When customs from different tribes on a specific topic are put together, we become especially aware of being in front of a real legal system with variety of connotations and common sense of obligation⁽⁹⁴⁾. In every tribe there are normative rules concerning particularly land held under customary tenure, marriage, divorce, dowry, maintenance, matters affecting status, succession, claims in contracts and tort⁽⁹⁵⁾. For centuries, in these communities, social order and judicial activity have been based on that unwritten customary law which is the genuine reflection of natural law. Even concern-

⁽⁹⁰⁾ Cf. STICKLER, p. 5.

⁽⁹¹⁾ Cf. Jn 21:25, what could be seen from a chronological view-point as the last verse of the Bible and end of the written Revelation.

⁽⁹²⁾ 2Th 2:15.

⁽⁹³⁾ Cf. STICKLER, p. 16-17.

⁽⁹⁴⁾ Cf. for instance E. COTRAN, *Restatement of African Law. Kenya: I. The law of marriage and divorce*, London 1968; and II. *The law of succession*, London 1969 (School of Oriental and African Studies) (Sweet & Maxwell).

⁽⁹⁵⁾ Cf. T. JACKSON, *The Law of Kenya. An Introduction*, Nairobi-Dar es Salam-Kampala 1976 (East African Literature Bureau), p. 19.

ing the worship of God there were specific rules that had to be followed⁽⁹⁶⁾. Obviously, today's African legal systems and institutions of higher learning have been setting up different ways to ascertain and restate the customary law. Through panels of lawyers, by the appointment of special commissioners, and through research by scholars, the African customary law has been recorded and, in some way, preserved⁽⁹⁷⁾.

If different circumstances, like the lack of a written language, do not allow the recording of those customs in writing and that they be sanctioned by the legitimate authority, then the customary law is the only source of social order. A lack of legislation (written law) does not mean lawlessness. Law (*ius, amri*) should not be identified with legislation (*lex, sheria*) and, in fact, only development makes the latter the main source of the former. Custom (*consuetudo, desturi*) is always, in any legal system around the world, a source of law specially at its beginnings. Legislation and jurisprudence would grow as a result of applying customs to real cases, and of recording them. The Church accepts custom not only as one of the sources of Canon Law, but also as the interpreter of legislation⁽⁹⁸⁾.

In modern times, African independent countries have adopted, in different ways, other well-established legal systems. Kenya, for instance, follows the British one. Kenyan law today remains an imported legal system, unfamiliar to the vast majority of its citizens⁽⁹⁹⁾. Though within certain limitations, customary law from the different tribes has remained one of the sources of Kenyan law⁽¹⁰⁰⁾. Little by little a new Kenyan jurisprudence is being built up based, precisely, on the application of African customary law to court cases⁽¹⁰¹⁾. But

(96) Cf. for example J.M. LUKWATA, *The first hundred years of the Bugandan Church and her worship*, Rome 1991 (Pontifical Liturgical Institute of St Anselm), p. 9-21.

(97) Cf. F.M. MIFSUD, *Customary land law in Africa*, Rome 1967 (FAO), p. 10-17.

(98) Cf. *CIC*, can. 27.

(99) Cf. K.I.A. (Members of the Legal Staff), *An introduction to Kenya Law*, Lower Kabete 1975 (Kenya Institute of Administration), p. 28.

(100) On the problem for accepting customary criminal law into the legal system, cf. E. COTRAN, *The position of customary criminal law in African countries*, in G.F.A. SAWYERR (Ed.), *East African law and social change*, Nairobi 1967 (Contemporary African Monographs Series no. 6), p. 14-25.

(101) Cf. E. COTRAN, *Casebook on Kenya Customary Law*, Oxford 1987 (Professional Books Ltd & Nairobi University Press), specially case no. 88: Virginia Edith

even if we were to list down the formal sources of law, in accordance with the order in which they have appeared in the evolution of the English legal system, custom would be considered first, followed by judicial decisions (jurisprudence), and legislation (enacted law) third. Although custom was an important source of law in the early times, its importance diminished as the legal system grew. *Lex et consuetudo Angliae* was the familiar title of English legal system. Common law and custom were synonymous expressions though the former included and became essentially the judge-made law. In the early days the courts based themselves on Norman customs derived from Europe and also invoked English customs. Often the judges spoke as if their role was only that of discovering an existing rule to determine the case, a rule established by long-standing custom⁽¹⁰²⁾. International Law as well accepts custom as one of its sources. The sense of legal obligation in customs is opposed to usage which is based on motives of courtesy, fairness, or morality⁽¹⁰³⁾. We can even speak, in some instances, of customary international law⁽¹⁰⁴⁾.

When we think of the beginnings of the Church, like that of any founded institution, we realize that the life of the first Christian communities was based on the effort of putting into effect the foundational ideals which were made flesh in Jesus Christ, the founder. His foundational design was made up of ideas and basic rules of behaviour, which he put into practice achieving a clear set of aims. The fidelity of those first Christians to the founder's ideals consisted mainly in imitating him. Therefore, the early life of such a community would develop those foundational principles into practical living traditions which are not mere usage but real customs. Thus they are

Wambui Otieno v. Joash Ochieng Ougo and Omolo Siranga, p. 331-345, which is a turning point for the study and importance of customary law in Kenya. On this same case and for the full text of judgements in first and second instances, cf. S. EGAN (Ed.), *S.M. Otieno, Kenya's unique burial saga*, Nairobi 1987 (Nation Newspapers), p. 6 and 104-112.

⁽¹⁰²⁾ Cf. W.B. HARVEY, *Introduction to the legal system of Kenya. Structure and method.*, Nairobi 1970 (University of Nairobi), part 4, p. 1-3 and 66.

⁽¹⁰³⁾ Cf. I. BROWNIE, *Principles of Public International Law*, Oxford 1987 (Oxford University Press), p. 4-12 and 45-49.

⁽¹⁰⁴⁾ Cf. for instance F.X. NJENGA, *Investment Guarantees*, in G.F.A. SAWYERR (Ed.), *East African law...*, cit., p. 85.

rules of conduct and faithful expressions of the founder's mind, supported by his own authority at the very beginning — that of his successors later on, and always by the Holy Spirit, the Spirit of Truth.

First legislation on priestly celibacy.

Amazingly enough, Vatican Council II has been the first ecumenical council to use the expression «law of celibacy»⁽¹⁰⁵⁾. However, the first time that the expressions «*lex coelibatus*» appeared in a conciliar text was in the Synod of Sens (Paris) in 1528⁽¹⁰⁶⁾. Nevertheless the first written law on celibacy is in fact as old as the written law of the Church itself.

We can consider the decrees of the Council of Iliberis or Elvira (300/306) as the earliest extant canonical legislation after the Council of Jerusalem (49/50). Although there was synodal activity before Iliberis, the decrees of those early councils have not been preserved. If the pontifical legislation through papal decretals had its starting point in the letter *Directa* of Pope Siricius to Bishop Himerius of Tarragona (385), then Iliberis canons have to be accepted as the most ancient extra-biblical legislation of the Church⁽¹⁰⁷⁾. In present day Granada, Southern Spain, the council gathered forty three bishops and priests who issued 81 decrees aiming — as has generally been accepted — at restoring discipline after the worst and last persecution under Emperor Diocletian⁽¹⁰⁸⁾. Consequently and as far as can be as-

⁽¹⁰⁵⁾ When speaking of the diaconate as a proper and permanent rank of the hierarchy it explains that «it will be possible to confer this diaconal order even upon married men, provided they be of more mature age, and also on suitable young men, for whom, however, the law of celibacy must remain in force» (*Lumen Gentium* 29).

⁽¹⁰⁶⁾ Cf. R. CHOLIJ, *El celibato sacerdotal en la Iglesia Oriental*, «La formación de los sacerdotes en las circunstancias actuales. XI Simposio Internacional de Teología», Pamplona 1990 (Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra S.A.) (= CHOLIJ), p. 114. Dr. Roman Cholij of the Ukrainian Church - London is a well-known specialist in History of Easter Canon Law. On the development of celibacy mainly in the Eastern Church, he has published, among others, *Clerical celibacy in East and West*, Herefordshire 1988 (Fowler Wright Books); and *Married clergy and ecclesiastical continence in the light of the Council of Trullo (691)*, in «*Annuaire Historiae Conciliorum*» 19 (1987), p. 71-230 and 241-299.

⁽¹⁰⁷⁾ Cf. A. PAMPILLON, *The early African legislation on the trial of bishops*, «*African Christian Studies*», 9, 1 (1993), p. 47-48.

⁽¹⁰⁸⁾ Cf. J. ORLANDIS - D. RAMOS-LISSON, *Historia de los concilios de la España ro-*

certained, can. 33 of Iliberis has to be considered the first written law on priestly celibacy: «It has been agreed upon the complete prohibition by which bishops, priests and deacons (and all the clerics) who serve at the altar, should keep away from their wives and from having children. Whoever would not do it should be excluded from clerical office»⁽¹⁰⁹⁾.

We have stated that this is the first legislation on priestly celibacy but we have to clarify what may seem obvious⁽¹¹⁰⁾. On the one hand the Council of Iliberis demanded continence from bishops, priests and deacons who were married, and it did not demand celibacy (*eunuchia*) in the strict sense of the word. Although some members of the clergy followed the example of Christ in the way of St Paul, others were men of *irreproachable character* who had been married only once — in accordance with St Paul's advice — and followed the example of Christ by means of continence. On the other hand this legislation cannot be considered the first instance in which

mana y visigoda, Pamplona 1986, p. 25-63; also V.C. DE CLERQ, *Ossius of Cordova*, «Studies in Christian Antiquity» 13, Washington 1954 (The Catholic University of America), p. 85-117; and J. GAUDEMET, *Elvire (Le concile d')*, «Dictionnaire d'Histoire et de Géographie ecclésiastiques» XV, col. 317-348. M. MEIGNE, *Concile ou collection d'Elvire?*, «Revue d'Histoire Ecclésiastique» 70 (1975), p. 361-387, does not accept the 81 decrees as belonging to the Council of Iliberis; he considers them a canonical collection and only the first 21 decrees would be genuine. D. RAMOS-LISSON, *En torno a la autenticidad de algunos cánones del concilio de Elvira*, «Scripta Theologica» 11 (1979), p. 181-186, gives a well-supported answer to Meigne, and stresses the influence of the Council of Iliberis on those of Ancyra (314), Neocaesarea (314/315), Nicaea (325) and Sardica (342-343), and not the other way round as Meigne says.

⁽¹⁰⁹⁾ «Placuit in totum episcopis, presbyteris et diaconibus (vel omnibus clericis) positus in ministerio abstinere se a coniugibus suis, et generare filios. Quicumque vero fecerit, ab honore clericatus exterminetur» (J. VIVES, *Concilios visigóticos e hispano-romanos*, Barcelona-Madrid 1963, p. 7; and PL 84, 305). The words in between brackets, though appear in most of the versions, are not included in the critical edition of the *Hispana* edited by G. MARTINEZ DIEZ - F. RODRIGUEZ, *La Colección canónica Hispana*, IV, Madrid 1984 (Consejo Superior de Investigaciones Científicas), p. 253. In our translation we have followed the sense given by E. GRIFFE, *A propos du canon 33 du concile d'Elvire*, «Bulletin de littérature ecclésiastique», 74 (1973), p. 142-145, that it is also found in Cochini, Vives, Stickler and Villiger. M. MEIGNE, *Concile ou collection...*, cit., p. 372, contradicts completely that accepted sense. His article — in this specific point — has been refuted by D. RAMOS-LISSON, *En torno a la autenticidad...*, cit., p. 185-186; and E. GRIFFE, *Le Concile d'Elvire et les origines du celibat ecclésiastique*, «Bulletin de littérature ecclésiastique», 77 (1976), p. 123-127.

⁽¹¹⁰⁾ Cf. A.M. STICKLER, *Il Celibato Ecclesiastico...*, cit., p. 11-12.

continence was demanded in the Church because precisely it takes into account and reflects a long tradition, and presupposes — with words of Pius XI — «a still earlier unwritten practice»⁽¹¹¹⁾.

If the first written law on priestly continence is that of Iliberis, we have to accept that before it the Church was not a lawless community and in fact had a rich customary law that is reflected in that very first legislation. Juridically we cannot think of a retrocative law which steps on acquired legal rights. The Council of Iliberis decreed the continence of high ranked married clerics because continence — with full acceptance of their wives — had been a condition for their ordination. An ecclesiastical law could not have been the way of abolishing a natural and sacramental right to the use of marriage, unless that right was given up wilfully and willingly when being ordained. The loss of clerical office or deposition, as a penalty for those who did not obey what was decreed by can. 33 in its first section, can only be understood as a way to put an already existing law into force when, due to circumstances of persecution, it had not been well fulfilled and was therefore in danger.

If the restoration of traditional discipline and genuine Christian life was the aim of the Council of Iliberis, the dispositions of can. 33 were not enough to recover lapsed clerics and avoid further damage. In fact other Iliberis decrees fostered continence and chastity among the clergy. To begin with, the suitability of candidates to Sacred Orders — a concern of the Church throughout her history — was in the minds of the Ilibiritan fathers⁽¹¹²⁾. As chastity was considered a sign of fitness for a life of continence whether married or celibate, in can. 30 they did not hesitate denying access to the higher orders to those who had fornicated («*fuerint moechati*») before ordination, in such a way that, if they had been ordained after doing so, they had to be deposed⁽¹¹³⁾. If the Council of Iliberis was so interested in the purity of customs among candidates to Orders, no less demanding was it on the clerics themselves. Can. 18 — the toughest decree concerning major clergy — established a perpetual «excommunication» for

(111) PIUS IX, *Ad Catholici Sacerdotii* (1935), in its English translation, *The Catholic Priesthood*, London 1962 (Catholic Truth Society), p. 25.

(112) Cf. J. ORLANDIS - D. RAMOS - LISSON, *Historia de los Concilios...*, cit., p. 48.

(113) «Subdiaconos eos ordinari non debere qui in adolescentia sua fuerint moechati, eo quod postmodum per subreptionem ad altiorem gradum promoveantur: vel si qui sunt in praeteritum ordinati, amoveantur» (PL 84, 305).

those bishops, priests and deacons who were incontinent (*sint moechati*), such a penalty being caused not only by the sin itself but also by the subsequent scandal⁽¹¹⁴⁾.

Condemnation and punishment went together with specific laws to avoid occasions of incontinence. That is why can. 27 decreed that clerics should not share the same roof with strange women, which in fact meant that only a sister or daughter who was a consecrated virgin could do so⁽¹¹⁵⁾. Wives were not mentioned and the interpretations of this can be man. The dispositions of can. 27 were, in any case, clear measures of prudence to keep continence safe and possible. They were the result of almost three hundred years of experience. St Paul accepted the right for the ministers of God to be helped by a Christian woman, although he and Barnabas did not exercise this right⁽¹¹⁶⁾. According to can. 27 of Iliberis, it seems that this tradition was kept. If the wife was not around or there was no wife at all, then the cleric could claim the right to be helped by a Christian woman who customarily was his daughter or sister. The synodal fathers, then, did not hesitate to restrict women to consecrated sisters and daughters in the cleric's household⁽¹¹⁷⁾.

A three hundred years old customary law was also reflected in the first papal legislation through decretals and logically agreed fully

(114) «Episcopi, presbyteres et diacones si in ministerio positi detecti fuerint quod sint moechati, placuit propter scandalum et propter profanum crimen nec in finem eos communionem accipere debere» (J. VIVES, *Concilios visigoticos...*, cit., p. 5).

(115) «Episcopus vel quilibet alius clericus aut sororem aut filiam virginem dicatam /Deo/ tantum secum habeat. Extraneam nequaquam habere placuit» (J. VIVES, *Concilios visigoticos...*, cit., p. 6; and PL 84, 305).

(116) Cf. 1Co 9:5.12.

(117) Can. 65 decreed that a cleric should send his wife away if she committed adultery: «Si cuius clericus uxor fuerit moechata et scierit eam maritus suus moechari et non eam statim projecerit...» (Pl 84, 308). Some have seen this disposition as contradicting the law of continence, while others do not mind to accept that continence was possible even when cleric and wife were sharing the same roof (cf. J. ORLANDIS - D. RAMOS-LISSON, *Historia de los Concilios...*, cit., p. 50). We think that can. 65 — addressing the clergy in general and not specifically bishops, priests and deacons — applied only to the lesser ranks (*inferioris ordinis*) that were common then. The most often named in the sources of the fourth century are subdeacon, acolyte, exorcist, porter, and lector (cf. K. BAUS, *The Clergy of the Church of the Empire*, in H. JEDIN [Ed.], *History of the Church*, London 1980 [Burns & Oates], II, p. 270). Strictly speaking, only higher ranks (*clerici superioris*) were under the law of continence of can. 33, while the measures of prudence of can. 27 applied to all the clerics.

with the first synodal legislation regarding continence. Pope Siricius (384-399) in his letter *Directa* to Bishop Himerius of Tarragona (385) — the first extant pontifical decretal — stressed the importance of perpetual continence among higher clergy as part of the message of the New Testament. In his letter *Cum in unum* to the African Bishops (386), Siricius made it clear that oral tradition since apostolic times had the strength of law, and that priestly continence was precisely part of that tradition⁽¹¹⁸⁾. The decretal letter *Dominus inter* to the Gallic Bishops has been attributed to Damasus I (366-384) and consequently regarded as the first papal decretal by some historians. Its doctrine on clerical continence is one of the clearest in the legislation of the Church. Although it has been assigned to Siricius as well, Innocent I (402-417) should be considered its true author⁽¹¹⁹⁾. Later on, it would be Leo the Great (440-461) who first used the expression «law of continence (*lex continentiae*)», extending this law to subdeacons⁽¹²⁰⁾.

Eastern discipline.

On priestly continence, therefore, the early canon law agreed with the apostolic tradition. Does it apply to the Eastern Church? As the Catechism of the Catholic Church declares: «In the Eastern Churches a different discipline has been in force for many centuries: while bishops are chosen solely from among celibates, married men can be ordained as deacons and priests»⁽¹²¹⁾. In any case, «priestly celibacy is held in great honour in the Eastern Churches and many priests have freely chosen it for the sake of the Kingdom of God»⁽¹²²⁾. Or as worded by the Code of Canons of the Eastern Churches: «Clerical celibacy chosen for the sake of the kingdom of heaven and suited to the priesthood is to be greatly esteemed everywhere, as supported by the tradition of the whole Church»⁽¹²³⁾. Let us also not forget that the eastern tradition ac-

⁽¹¹⁸⁾ Cf. COCHINI, p. 28-34; STICKLER, p. 16-17; and CHOLIJ, 119-120.

⁽¹¹⁹⁾ Cf. K. BAUS, in JEDIN - DOLAN, II, . 279; COCHINI, p. 34-38; and STICKLER, p. 17-18.

⁽¹²⁰⁾ Cf. CHOLIJ, p. 116; COCHINI, p. 290-292; STICKLER, p. 18-19; and K. BAUS, in JEDIN - DOLAN, II, p. 279.

⁽¹²¹⁾ CCC, 1580.

⁽¹²²⁾ *Ibid.*

knowledges what is a general rule for the whole Church, that « a man who has already received the sacrament of Holy Orders can no longer marry »⁽¹²⁴⁾.

If the discipline of the East is different, there should be a historical turning point that can explain it, because in the Church as far as it is apostolic, like in any other legal system, the first written law follows the initial customary law, and therefore the eastern discipline is not an exception regarding priestly celibacy. Testimonies and studies on it have been very numerous, and it is beyond the scope of this lecture to examine them all⁽¹²⁵⁾. Two examples — one as a matter of law, the other as a matter of fact — may suffice.

The Council of Nicaea (325) which was the first ecumenical council and part of the eastern tradition decreed specifically against occasions for incontinence in a parallel way to *Ilberis* can. 27. Can. 3 of Nicaea reads as follows: « This great synod absolutely forbids a bishop, presbyter, deacon or any of the clergy to keep a woman who has been brought in to live with him, with the exception of course of his mother or sister or aunt, or any person who is above suspicion »⁽¹²⁶⁾. As it happened in can. 27 of *Ilberis*, wives do not appear in the list but again it is not because clerics were not or could not be married. It seems that the wife was not allowed to stay under the same roof as the cleric, because bishops are mentioned first among the clerics, and we know that eastern tradition was and is clear regarding episcopal continence⁽¹²⁷⁾. This was precisely the interpretation of the First Lateran Council (1123) which in its can. 7 says: « We absolutely forbid priests, deacons or subdeacons to live with concubines and wives, and to cohabit with other women, except those whom the council of Nicaea permitted to dwell with them solely on account of necessity, namely a mother, sister, paternal or ma-

⁽¹²³⁾ *Code of canons of the Eastern Churches (Latin - English Edition)*, Washington, D.C. 1992 (Canon Law Society of America), can. 373.

⁽¹²⁴⁾ CCC, 1580.

⁽¹²⁵⁾ Cf. for instance bibliography of Dr. Roman Cholij's paper, book and article of note 106.

⁽¹²⁶⁾ N.P. TANNER (Ed.), *Decrees of the Ecumenical Councils*, London - Washington 1990 (Sheed & Ward - Georgetown University Press) (= TANNER), p. 7, can. 3.

⁽¹²⁷⁾ Regarding Paphnutius' statement against the Council of Nicaea (325) declaring priestly celibacy compulsory, cf. COCHINI, p. 221-227; and STICKLER, p. 33-36. No serious author gives any credit to Socrates' story.

ternal aunt, or other such persons, about whom no suspicion could justly arise»⁽¹²⁸⁾.

In 406 when writing against Vigilantius — a Gaulish priest who used to despise celibacy, St Jerome defended it by specifically using as obvious evidence the practice and tradition of the Eastern Church, together with other churches, where clerics were celibate, continent or, if married, they had given up marital life («*aut virgines aut continentes aut si uxores habuerint mariti esse desistunt*»)⁽¹²⁹⁾. Clearly, this and other testimonies of the like do not imply a lack of practical abuses and exceptions to the rule which have been present everywhere and throughout the history of the Church.

The Council in Trullo II or Quinisext (692) was the turning point and from then on the main source of the Eastern Canon Law regarding clerical celibacy⁽¹³⁰⁾. Although in six other canons the Trullan Synod defended the continence of bishops including for example specific provisions for wives to be looked after without having to stay under the same roof, and the defence of chastity and good name of clerics, its can. 13 allowed priests, as well as deacons and subdeacons, to co-habit and have marital relationship with their wife. By misquoting and combining canons from the early African legislation the synodal canonists managed to link this new law against priestly continence with a non-existent apostolic tradition⁽¹³¹⁾. This shows that they knew about the importance of solid ground for putting up a legal structure. As matter of fact, the Church in Africa was a strong defender of priestly continence. The fathers of the Quinisext or their advisers had to fake and twist the original African canons in order to break away from a tradition with apostolic roots. As they could not find it as a basis of their new law in their own well-known legislation, they had to find it in less known though reliable code, but where it could not be easily studied non verified: in the faraway African canons where apostolicity could only have been the foundation of a legislation on continence⁽¹³²⁾. Already in the Council of Carthage under Genethlius (390) the African bishops

⁽¹²⁸⁾ TANNER, p. 191.

⁽¹²⁹⁾ PL 23, 340-341. Cf. STICKLER, p. 21, for other passages from St Jerome.

⁽¹³⁰⁾ Cf. CHOLIJ, p. 117-120; COCHINI, p. 431-446; and STICKLER, p. 38-46.

⁽¹³¹⁾ Cf. COCHINI, p. 442-443, note 57; and STICKLER, p. 40-41, note 60.

⁽¹³²⁾ Cf. COCHINI, p. 23-28.

had declared: «We have agreed that bishops, priests and deacons — caretakers of chastity — should as well keep away from their wife so that in everything and by everyone who serve at the altar chastity is kept»⁽¹³³⁾. This was to be constantly present in the African legislation because of being included in the Excerpts from the Register of the Carthaginian Church (*Registri ecclesiae Carthaginensi excerpta*) — a real code of Canon Law of the early African Church, and in the Canons of Apiarius' Trial (*Canones Apiarii causae*).

Bishops' responsibility for priestly celibacy.

History has proven what is evident: in times of difficulty about priestly celibacy the Church has always reacted by applying pastoral and legal measures to protect it, although she has not been always successful. The Church cannot give up what belongs to Christ, and what helps her ministers to belong to Him. The law of celibacy is there to protect a gift — a charism, to protect the presence of living figures of Christ in the Church. Through her progressive teaching and law the Church has been constantly trying to help her priests to live their identification with Christ. That is why by the law of priestly celibacy, «the hierarchy, which maintains and administers the sacraments established by Jesus Christ, decides not to confer the sacrament of Order on anyone who has not the moral certainty of having received the charism of perfect continence and has not freely and responsibly committed himself to preserve and cultivate it»⁽¹³⁴⁾. In fact, the Code of Canon Law makes it clear that no candidate for the priesthood should be admitted to the order of diaconate unless he has publicly before God and the Church undertaken the obligation of celibacy⁽¹³⁵⁾.

It is expedient then that the hierarchy, specifically the Bishop, should feel responsible for priestly celibacy both as a subject to be taught by one who is a teacher and as a practical reality to be taken care of by the one who is the shepherd of the sheep and the lambs.

⁽¹³³⁾ «Omnibus placet ut episcopus, presbyter et diaconus, pudicitiae custodes, etiam ab uxoribus se abstineant, ut in omnibus et ab omnibus pudicitia custodiat, qui altario inserviunt» (PL 84, 185). Cf. also C. MUNIER, *La Tradition du Hème Concile de Carthage*, «Revue des Sciences religieuses» 46 (1972), p. 193-214.

⁽¹³⁴⁾ A. DEL PORTILLO, *On priesthood...*, cit., p. 52.

⁽¹³⁵⁾ Cf. Can. 1037.

This has now become particularly important as John Paul II expressed it: «At this time, when some question the desirability of maintaining the discipline of priestly celibacy, *Bishops must courageously teach the fittingness of linking this "sign of contradiction" with the ministerial priesthood*»⁽¹³⁶⁾.

The Code of Canon Law stresses that the Bishop is responsible for the suitability of candidates to Holy Orders⁽¹³⁷⁾. In a way this is the beginning, though only the beginning, of his responsibility for priestly celibacy. Obviously the priest himself should be the one, in the first place, taking care of the gift he has received, which is why the present legislation regarding priestly celibacy — can. 277 § 2 — established that: «Clerics are to behave with due prudence in relation to persons whose company can be a danger to their obligations of preserving continence or can lead to scandal of the faithful»⁽¹³⁸⁾. Without mentioning specific persons, as was the case in previous codifications since Ilberis, the Code gives a general rule of prudence. Then the Code adds something new — can. 277 § 3 — as a way of making more specific what has been left in general terms: «The diocesan Bishop has authority to establish more detailed rules concerning this matter, and to pass judgement on the observance of the obligation in particular cases»⁽¹³⁹⁾. Commenting on can. 277 Prof. Rincon wrote: «Although the spirit of the norm remains the same, the general lines of § 2 differ considerably from the detailed list of circumstances mentioned in can. 133 of the 1917-Code of Canon Law. It is incumbent on the diocesan bishop to establish more specific norms on the subject. Previous drafts of this canon prescribed that the bishop hear the presbyteral council before establishing such norms; the present Code does not require this»⁽¹⁴⁰⁾.

Manifestly then, the Bishop is responsible for ruling on ways that foster and protect priestly celibacy, and for making sure that his norms are implemented. In other words, because he is responsible for the welfare of his priests at all levels, he has to care for their

⁽¹³⁶⁾ JOHN PAUL II, *Gift of celibacy...*, cit., p. 3, no. 4.

⁽¹³⁷⁾ Cf. for instance Can. 1025 and 1028-1030.

⁽¹³⁸⁾ CIC, Can. 277 § 2.

⁽¹³⁹⁾ Can. 277 § 3: *Competit Episcopo dioecesano ut hac de re normas statuatur magis determinatas utque de huius obligationis observantia in casibus particularibus iudicium ferat.*

⁽¹⁴⁰⁾ T. RINCON, *Commentary c. 277*, in «Code of Canon Law Annotated»..., cit., p. 231.

celibacy as well, which is an important characteristic of their identification with Christ. John Paul II has said: «Modelled on the relationship between Jesus and his disciples, *the Bishop* must treat his priests as sons, brothers and friends, being concerned above all for their sanctification, but also for their physical well-being, their peace of mind, their proper rest, and assistance in all stages and conditions of life»⁽¹⁴¹⁾. There is no doubt then that priestly celibacy depends mainly on sanctity, on living faith, although it is also true that mental, physical and social factors have something to do with it.

Cardinal Otunga pointed out three important realities that are integral to living celibacy, and therefore — we dare say — could be the basis for the care and ruling exercised by the Bishop namely: «*faith, occasion and formation*».

«With *faith* we look to follow Christ by sacrifice and self-denial»⁽¹⁴²⁾. To identify ourselves with Christ on the Cross is a program found, for example, in Vatican II *Presbiterorum Ordinis* 12-21 on the life of priests. The Council issued «the strongest exhortation to all priests to strive always by the use of all suitable means commended by the Church towards that greater holiness that will make them daily more effective instruments for the service of all God's people»⁽¹⁴³⁾.

The priest should exercise his functions sincerely and tirelessly, especially the celebration — daily one is earnestly recommended — of the sacrifice of the Mass, where he acts in a special way in the person of Christ who gave himself as a victim to sanctify men. The imitation of Christ implies for priests «to mortify their members from vices and concupiscence»⁽¹⁴⁴⁾. The priest lends «Our Lord his voice, his hands, his whole being. It is Jesus Christ who, in the Holy Mass, through the words of the consecration, changes the substance of the bread and wine into his Body, Soul, Blood and Divinity»⁽¹⁴⁵⁾. This is where he proclaims the mystery of faith. «The priestly identity shines forth in a very special way (...). Assimilation to Christ hinges on it; it is the basis of an ordered life of prayer and genuine

(141) JOHN PAUL II, *Priestly identity...*, cit., n. 5, p. 7.

(142) Cf. *Report: Workshop...*, cit., p. 15.

(143) *Presbiterorum Ordinis* 12.

(144) Cf. *Ibid.* 13.

(145) Cf. BLJOSEMARIA ESCRIVA, *In love with the Church*, London-New York 1989 (Scepter), no. 38-39, p. 41. This text was quoted by John Paul II in his homily during the ordination of priests in Rio de Janeiro on 2 July 1980 (cf. note 69 above).

pastoral charity»⁽¹⁴⁶⁾. Priests are also united with Christ when they administer the sacraments and recite the Divine Office, «in a special way when they show themselves to be always available to administer the sacrament of Penance»⁽¹⁴⁷⁾.

In addition to the meaningful carrying out of their ministry, the Church recommends, and in fact sometimes commands, other means for personal sanctification of priests. Besides the reception of the Eucharist which is common union with the Beloved, holy Scripture holds a pre-eminent place. The fruitful reception of Penance, a daily examination of conscience, spiritual reading, visit to the most Blessed Sacrament, spiritual retreat, spiritual direction, mental prayer, different forms of vocal prayer, and filial devotion to the Blessed Virgin Mary are part of the plan of the Second Vatican Council for priests «in the hope of attaining its pastoral objectives of interior renewal, of world-wide diffusion of the Gospel, and of dialogue with the modern world»⁽¹⁴⁸⁾.

Bishops have to rule on *occasions* against chastity and fidelity, and from the very beginning, as we have seen already, the law of the Church has always been keen about it. In the area of faithfulness, what we may apply to married men who have committed themselves to one woman should be applied to priests who have committed their undivided heart to Jesus Christ. «The customs developed in many cultures to protect chastity and marriage should be observed»⁽¹⁴⁹⁾. A wife does not think it is good for her husband to be *alone with another woman* at home (which does not necessarily mean in the bedroom), or in a car, or even in the office especially when it is late. Obviously, old age and natural close family relationship may place a woman above suspicion.

The confessional box should be *always* there in all churches, and set in an open place accessible to everyone («*semper habeantur in loco patenti*»)⁽¹⁵⁰⁾. Confessionals constructed in accordance with the Code of Canon Law «*facilitates oral communication and at the same time separates the persons*»⁽¹⁵¹⁾. The parish office has to be

⁽¹⁴⁶⁾ JOHN PAUL II, *Priestly identity...*, cit., no. 3.

⁽¹⁴⁷⁾ Cf. *Presbiterorum Ordinis* 13.

⁽¹⁴⁸⁾ Cf. *Ibid.* 12 and 18.

⁽¹⁴⁹⁾ Cf. *Report: Workshop...*, cit., p. 14.

⁽¹⁵⁰⁾ Cf. *CIC*, can. 964.

an open place. It goes against common sense and would give scandal to find out that the priest has been with a woman in a locked office, and it doesn't matter whether she is single, religious, widowed, married or unattractive. Pastoral, catechetical or spiritual reasons are the worst excuses if we do not want to think of pathologic naiveté. Considering his priests' celibacy the Bishop has to foster rules on means of «prudence to avoid circumstances that are destructive like excessive eating and drinking, dancing, contact with those who care nothing for chastity, or fanning the passions in any way»⁽¹⁵²⁾.

«*Formation* is an important means to prevent failures in the observance of celibacy (...). Basic information and formation for chastity is important. Young people need a positive catechesis in this area. The ongoing formation is more important than the initial formation (...). Bishops and Superiors often are not informed of known habits of unchastity, or leave such behaviour uncorrected for too long (...). Bishops and Superiors should correct their men in good time»⁽¹⁵³⁾. A lot has been said and written lately on priestly training. All its aspects — human, doctrinal, spiritual, apostolic, ... — affect celibacy⁽¹⁵⁴⁾. Specifically on the training of priests for celibacy Vatican II says: «They should be put on their guard against the dangers which threaten their chastity, especially in present-day society. They should learn how, with suitable natural and supernatural safeguards, to weave their renunciation of marriage into the pattern of their lives, so that not only will their daily conduct and activities suffer no harm from celibacy, but they themselves will acquire greater mastery of mind and body, will grow in maturity and receive greater measure of the blessedness promised by the Gospel»⁽¹⁵⁵⁾.

In the post-synodal apostolic exhortation «The Church in Africa», John Paul II, once again, stressed the point: «As for the

(151) Cf. G.B. TORELLO, *In defence of a piece of church furniture*, in «Interpress» (Lagos), III, 15/93, p. 2.

(152) Cf. *Report: Workshop...*, cit., p. 14.

(153) *Ibid.*, p. 13-14.

(154) A good approach on priestly formation for our African context can be found in the paper of R.S. NDIINGI MWANA A' NZEKI, *Vocation and formation...*, cit., p. 17-28.

(155) *Optatam Totius* 10.

Bishops, they are to see to the ongoing formation of priests, especially in the first years of their ministry, helping them especially to deepen their understanding of sacred celibacy and to persevere in living it faithfully»⁽¹⁵⁶⁾.

ALBERT PAMPILLON

⁽¹⁵⁶⁾ JOHN PAUL II, *Ecclesia in Africa* (14 Sept 1995), in its English translation *The Church in Africa*, 97 (Paulines-Nairobi).

UN CODE POUR L'UNIVERS:
RÉFLEXIONS SUR LA CODIFICATION
DU DROIT CANONIQUE

Après avoir longtemps servi de source d'inspiration aux législateurs civils eux-même, le droit de l'Église catholique a été finalement codifié à son tour. Pendant des siècles, il n'avait fait l'objet, à l'instar du droit romain, que de compilations plus ou moins officiellement reconnues. Sa première codification ne date que de 1917. Elle s'est voulue le reflet des conclusions du premier Concile du Vatican, célébré à la fin du XIX^e siècle. Tout au long de ce Concile fut souligné le besoin d'avoir enfin un concentré de législation ecclésiastique plutôt qu'un fatras de règles dont la multiplicité donnait un sentiment d'écrasement. C'est bien l'ambition des codes que de simplifier, d'aider à la mémorisation par un classement rigoureusement ordonné des diverses questions juridiques. Mais, au-delà de ces raisons d'ordre technique, la codification du droit canonique a ceci de particulier qu'elle est, beaucoup plus encore que celle des droits civils, le fruit d'une activité *spéculative*. L'Église ne s'est pas donnée à elle-même son droit: elle l'a reçu — au moins dans ses grandes lignes — de son fondateur, le Christ. Et c'est en réfléchissant sur sa propre canonisation, sur le sens de sa mission prophétique en ce bas monde, qu'elle élabore sa législation. Cette réflexion a été renouvelée et approfondie lors du Concile Vatican II. Et ce sont les apports ecclésiastiques de cette spéculation réitérée qui justifiaient la mise en chantier d'un nouveau Code, promulgué en 1983 par Jean-Paul II, qui y vit «l'ultime document conciliaire»⁽¹⁾. Il l'était effectivement à bien des titres, dont le premier et non le moindre fut largement souligné par le Souverain Pontife dans l'acte de promulgation: la Constitution apostolique *Sacrae disciplinae leges*

(1) *Communicationes*, 1983, p. 128.

du 25 janvier 1983. « Il faut absolument faire ressortir très clairement, écrit-il, que ces travaux ont été faits jusqu'au bout dans un esprit merveilleusement *collégial*. Et ceci non seulement pour ce qui touche la rédaction matérielle de cette œuvre, mais aussi et en profondeur, pour la substance même des lois élaborées. Or, cette note de collégialité qui caractérise et distingue tout le processus d'enfement de ce nouveau Code correspond parfaitement au magistère et au caractère du Concile Vatican II (...). En promulguant aujourd'hui le Code, Nous sommes pleinement conscient du fait que cet acte est une expression de Notre autorité pontificale et revêt donc un *caractère de primauté*. Mais nous sommes tout aussi conscient que ce Code, dans son contenu objectif, reflète *la sollicitude collégiale* pour l'Église de tous Nos frères dans l'Épiscopat. Il doit même, selon une certaine analogie avec le Concile, être considéré comme le fruit d'une *collaboration collégiale* puisqu'il est le fruit du travail de personnes et d'institutions spécialisées à travers l'Église tout entière ».

Ainsi, dès la méthode suivie pour son élaboration, le Code de 1983 se place-t-il dans un contexte ecclésiologique: celui de la communion au sein de l'Église. Mais cette ecclésiologie s'exprime de manière encore plus frappante par la présence finale d'*un Code*. *Un Code*: dans une très large mesure, tout le droit propre à l'Église se trouve consigné dans un seul ouvrage. Certains points de détail sont certes laissés de côté. Par exemple, le Code de droit canonique de 1983 n'organise pas le droit liturgique dans ses moindres aspects. Bien que l'Église se conçoive elle-même comme une liturgie (un service public) la fixation des rites liturgiques a été très largement abandonnée à une réglementation ultérieure, détachée du Code, afin d'assurer une plus grande souplesse d'adaptation aux temps et aux lieux. De même, l'organisation de la Curie romaine a pu être négligée en raison de son caractère très administratif; la Constitution apostolique *Pastor bonus* du 28 juin 1988 ⁽²⁾ remédiera posément à cette lacune volontaire. Seule rupture notable dans ce souci d'unité, on a voulu accorder aux Églises catholiques de rite oriental dont la conception du droit est plus proche de celle des Églises orthodoxes, un droit propre sur certains points importants (hiérarchie, formation du mariage, célibat sacerdotal...). Ainsi naquit, un peu plus tard, un autre

(2) *Acta Apostolicae Sedis*, 1988, 841 et s.

Code, modestement intitulé Code des canons des Églises orientales, que Jean-Paul II promulga en 1990. Il reste que ce Code ne remet en cause aucun des principes constitutionnels du droit canonique. Bien mieux, il les rappelle à tout bout de champ, profitant d'ailleurs au passage des réflexions doctrinales ultérieures au Code de 1983. De plus, les quelques rares divergences de fond entre la tradition latine et les traditions orientales ont été maintenues uniquement parce que le moment n'a pas paru venu de les trancher, un simple code n'étant pas sur ce point la voie la mieux indiquée. Au-delà de leur dualité externe, l'unité substantielle de ces deux codes doit donc être nettement affirmée.

Un *code*. L'idée de codifier le droit ecclésial est reprise des droits profanes. Cependant qui, mieux que l'Église, pouvait permettre une telle codification? Tout code repose sur une totalisation: codifier est une œuvre à la fois totalisante et totalitaire. Or, bien plus que les États, l'Église possède en elle-même de tels traits. Elle entend «ramener à l'unité tous les enfants de Dieu dispersés»⁽³⁾ et les soumettre ainsi à une même loi: celle de l'amour⁽⁴⁾. Elle se présente ainsi comme la *Cité de Dieu* où, selon le mot célèbre de saint Augustin, règne «l'amour de Dieu jusqu'au mépris de soi»⁽⁵⁾. La loi de l'amour est totalisante: elle englobe tout. Elle est aussi totalitaire: elle exclut tout ce qui ne conduit pas à cet amour. Tout code est aussi une «mise en rapport»: imbrication complète d'éléments *a priori* disparates qui trouvent ainsi leur unité. Telle est bien l'Église, qui se veut corps mystique du Christ, selon la doctrine élaborée par saint Paul dans la première épître aux *Corinthiens*⁽⁶⁾. Pas une seule disposition canonique qui n'ait, isolément ou prises dans leur ensemble, quelque répercussion sur le reste des normes codifiées. Tout code est enfin, comme le nom lui-même l'indique, un «mot de passe». Correctement formulé, il permet d'entrer dans la maison ou dans la cité. Plus encore, il résume à lui tout seul l'essence d'une réalité. Or, l'Église se veut «passage». Mieux encore: elle prétend enfermer dans son sein le fin mot de la compréhension de l'univers

(3) *Jean* 11, 52.

(4) Nous laissons de côté la question, qui nous paraît au fond assez vaine, d'un éventuel conflit entre la loi et l'amour: comme la haine, l'amour a ses lois.

(5) *Liv. XIX*, 28.

(6) *12*, 4-30.

humain et, à travers lui, de l'univers visible tout court, tant il est vrai que l'homme a été constitué par Dieu en sommet de la création. Dès lors, la codification proposée par l'Église acquiert une dimension inusitée. Elle est la voie par laquelle l'Esprit-Saint « renouvelle la face de la terre » et peut par suite prétendre à une authentique universalité. Cet universalisme vise l'homme au premier chef, dans sa double dimension spatiale et temporelle. Mais « par lui, avec lui et en lui », c'est la totalité du monde créé qui se trouve ainsi cofidiée.

I. *La codification de l'espace.*

Plus que n'importe quel autre code, le Code de droit canonique tend à codifier d'abord l'espace extérieur — le *for externe* — des relations humaines, mais aussi à pénétrer ces relations de l'intérieur, à les appréhender cette fois au *for interne*.

a) La codification du *for externe* consiste à structurer la vie sociale, harmoniser les conduites frappées d'une dimension d'altérité, de manière à ce qu'elles ne s'entrechoquent point ou, du moins, cessent à l'avenir de se heurter. Le droit du *for externe* est un droit de la collision: il quadrille l'espace humain afin de l'éviter, soit par empêchement, soit par rétablissement. Le Code de droit canonique n'échappe pas à cette directive élémentaire. Mais sa prétention est de réguler tout l'espace public humain. Il s'offre d'emblée comme un droit cosmopolite, basé non point comme le voulait Emmanuel Kant sur une alliance des États en vue de réaliser la paix perpétuelle⁽⁷⁾, mais sur un concept d'hégémonie, de supranationalité et, pour tout dire, d'empire sur le monde. Le droit cosmopolite kantien préserve l'indépendance et la souveraineté des États; c'est un droit du contrat. Le droit cosmopolite ecclésial absorbe les individualités⁽⁸⁾, désormais envisagées comme membres d'une seule et même cité; c'est un droit du statut. Cette perspective propre à l'Église se comprend aisément. Elle se voit comme la Cité de Dieu: la Cité dont le seul vrai

(7) *Vers la paix perpétuelle. Esquisse philosophique*, 1795.

(8) Sans, bien entendu, les résorber, ce qui serait contre nature et au détriment de l'Église elle-même qui tient à la légitime diversité des charismes.

Dieu est le chef. *Dominus iudex noster, Dominus legifer noster, Dominus rex noster*, dit une antique prière chrétienne en un *in crescendo* significatif. «Le Seigneur est notre juge, notre législateur et notre roi». Les plus hautes fonctions politiques — juger, légiférer, régner — se trouvent par nature concentrées en Dieu. De droit divin positif, ces fonctions ont été confiées par le Dieu-homme, Jésus-Christ, à l'apôtre Pierre et à ses successeurs⁽⁹⁾, ainsi qu'à tout le collège des apôtres dont les évêques sont les successeurs⁽¹⁰⁾. Le collège épiscopal a pour tête le Souverain Pontife qui le récapitule tout entier en sa personne. Aussi est-il seul juge⁽¹¹⁾, seul législateur⁽¹²⁾ et seul roi⁽¹³⁾ en représentation visible du Dieu invisible. L'on peut en dire autant, à un échelon inférieur, de l'évêque au sein de l'Église particulière qui lui a été confiée, à condition qu'il agisse en communion avec le collège épiscopal et, indissolublement, avec le Souverain Pontife. On le voit: le principe qui guide l'ordonnement de toute l'Église est de caractère hiérarchique; il repose sur ces emboîtements successifs caractéristiques des droits de type statutaire. Le Code de droit canonique de 1983 a, pour la première fois dans l'histoire du droit de l'Église, introduit l'idée d'une dissociation fondamentale entre le sacerdoce commun à tous les fidèles en raison de leur baptême et le sacerdoce ministériel propre à tous les fidèles qui ont reçu le sacrement de l'ordre. Techniquement, cette distinction se traduit par l'élaboration de divers statuts: vastes réseaux de droits et d'obligations⁽¹⁴⁾ liés à cha-

(9) V.A. SÉRIAUX, *Droit canonique*, Puf, «Droit fondamental», Paris, 1996, n. 71.

(10) *Ibid.*, n. 72.

(11) Cf. canon 1442 du Code de 1983: «Le Pontife Romain est le juge suprême pour l'ensemble du monde catholique». V. aussi canon 1404: «Le Premier Siège n'est jugé par personne». La fonction judiciaire est la plus basse des fonctions de gouvernement.

(12) Cf. canon 331: le Pontife Romain «possède dans l'Église en vertu de sa charge, le pouvoir ordinaire, suprême et plénier, immédiat et universel qu'il peut toujours exercer librement». Légiférer est plus important que juger, puisqu'il faut juger en vertu des lois.

(13) Cette royauté découle du canon 1273, selon lequel «le Pontife Romain, en vertu de sa primauté de gouvernement, est le suprême administrateur et dispensateur de tous les biens ecclésiastiques». Le trait caractéristique d'un roi est en effet celui d'être le maître éminent de tous les biens qui se situent sur son royaume. Il est donc plus qu'un simple législateur puisque les biens de ses sujets sont d'une certaine façon les siens.

(14) Ou, plus exactement, selon les termes du Code: «d'obligations et de droits». Cf. liv. II, première partie, *passim*.

que état (ou statut)⁽¹⁵⁾ au sein de l'Église, qui doivent toujours s'exercer en communion avec la Tête, en dehors de laquelle ils sont d'ailleurs inconcevables. Cette diversité dans l'unité est *intra*-ecclésiale. Mais son principe divin exige qu'elle s'étende à l'ensemble de l'humanité, qu'il s'agit de «faire entrer» dans le peuple de Dieu: «*compelle intrare*», recommandait le Christ lui-même⁽¹⁶⁾. L'Église n'entend pas intégrer les peuples de force. Elle se borne à leur proposer d'entrer, tout en respectant avec la plus extrême délicatesse la liberté de chaque conscience⁽¹⁷⁾. Mais elle prie et agit à cette fin par son enseignement constamment réitéré depuis deux mille ans. Ainsi, à terme, l'ensemble de l'humain devrait être régi par un droit *intra*-ecclésial. Car, au fond, il n'y a rien en dehors de l'Église, pas plus qu'il n'y a quoi que ce soit en dehors de Dieu.

b) Comme expression du fait religieux, la codification du for interne (le tribunal de la conscience où chacun débat, voire se débat avec lui-même) pourrait de prime abord paraître plus spécifique à l'Église. Mais, à la vérité, il n'y aurait là qu'un trompe-l'oeil. Même d'obédience civile, tout droit tend par nature à régir les consciences. La règle qui affirme que «les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites» (art. 1134, al. 1, C. civil français) ne tend pas seulement à faire en sorte que, *volens nolens*, chacun respecte ses engagements; elle vise aussi à ce que la personne ainsi obligée accomplisse de bon cœur ce qu'elle doit. Le droit éduque la personne au for interne. Il exige d'elle la bonne foi. Cette autre règle qui veut que «les conventions doivent être exécutées de bonne foi» (*ibid.*, al. 3) n'est donc qu'une explicitation de la première. En sanctionnant les conduites humaines, le droit même civil les sanctifie⁽¹⁸⁾. Rien n'est donc à proprement parler profane. Tout est en tension vers le sacré; s'en éloigner est une profanation⁽¹⁹⁾. La codification canonique a toutefois ceci de particulier qu'elle entend pénétrer plus avant que les droits civils

(15) Pour la nécessité de maintenir la notion d'état ou de statut au sein du droit canonique, v. A. SÉRIAUX, *op. cit.*, n. 129 et s.

(16) *Luc* 14, 23.

(17) V. canon 748, § 2: «Il n'est jamais permis à personne d'amener quiconque par contrainte à adhérer à la foi catholique contre sa conscience».

(18) Sanction vient en effet de *sanctus*, saint. Sanctionner, c'est sanctifier.

(19) V. H.-I. MARROU, *Théologie de l'histoire*, Paris, Le Seuil, 1968, p. 136: «En

dans le for interne de ses sujets. Alors que les droits civils se bornent à exiger l'honnêteté⁽²⁰⁾, le droit canonique pousse chacun à la sainteté. Toute la codification actuelle de l'Église peut être lue comme une école de sainteté, la plupart du temps proposée, plus exceptionnellement imposée. Une règle générale s'en évince: plus les baptisés sont amenés à occuper un statut (ou état) étroitement lié au bien commun de l'Église (la sainteté de tous et de chacun), plus une vie sainte et pleine de Dieu est légalement requise d'eux. On exigera par exemple que certaines fonctions ecclésiales, spécialement celles qui ont trait au gouvernement, soient exercées en pleine communion avec les enseignements de l'Église: adhésion aussi complète que possible qui requiert en fin de compte une attitude très fine d'obéissance intérieure. Cette communion-là se situe aux antipodes du comportement seulement négatif de qui agirait en contravention avec les enseignements les plus élémentaires de l'Église et risquerait par là une perte totale de communion: une excommunication. Une chose est cette communion minimale, attendue de n'importe quel baptisé, autre chose est la communion maximale requise seulement de certains baptisés en raison de leurs charges⁽²¹⁾. En droit strict, par exemple, un prêtre est plus tenu de lutter pour incarner ce principe de communion active qu'un simple laïc. Dans tous les cas cependant, l'exigence de communion se traduit en définitive par une certaine adhésion au droit de l'Église: aux normes qui régissent cette instance sociale de justification personnelle qu'est l'Église. Certes, le droit canonique ne régit pas tout le for interne des fidèles. Il n'est que du droit et, comme tel, ne saurait s'intéresser à ces sphères extra-juridiques qui relèvent respectivement des vertus de force et de tempérance. Mais la justice et le droit possèdent, comme l'ont fort bien vu saint Thomas d'Aquin⁽²²⁾ et avant lui Aristote⁽²³⁾, une sorte de priorité ontolo-

définitive, rien dans l'histoire n'est à proprement parler "profane", - tout s'y trouve soit sanctifié, soit profané».

(20) Les bonnes mœurs du Code civil; celles aussi de la jurisprudence administrative. Cf. en dernier lieu: Cons. d'État, 27 octobre 1995, *Dalloz-Sirey*, 1996, 177, note G. Lebreton.

(21) V. notamment le canon 149, § 1 (pour la nomination à un office ecclésiastique). Celui qui s'écarte de cette communion est de plein droit révoqué de l'office: canon 171, § 1, 4°. De même, un comportement contraire à la communion est un motif de révocation du curé: canon 1741, 1°, etc.

gique sur les autres vertus humaines, au point de les gouverner toutes dans la plupart de leurs opérations. Et que dire alors de cette justice et de ce droit qui ne sont pas de ce monde⁽²⁴⁾ en raison de leur caractère proprement surnaturel⁽²⁵⁾? Au fond, les ambitions spatiales de la codification canonique peuvent se résumer ainsi: tous dans l'Église, le « dans » devant être compris comme une appartenance extérieure *et intérieure*.

II. *La codification du temps*

Un Code de droit canonique ne serait point universel s'il ne se donnait aussi pour but de régir le temps humain et, avec lui, l'ensemble de la temporalité cosmique. Ce « rachat du temps » exige justement de distinguer ici deux temps.

a) *Le temps d'avant le Temps*. — La révélation chrétienne pose en principe que l'histoire des hommes qui eut un commencement aura aussi une fin. Comme celui de la mort de chacun, ce Temps de la fin de l'histoire est ignoré de tous⁽²⁶⁾. D'où ce « conseil » bien ferme de saint Jean dans son *Apocalypse*: « Que l'injuste continue d'être injuste et le souillé de se souiller; que le juste continue de pratiquer la justice, et le saint de se sanctifier »⁽²⁷⁾, car après il ne sera plus temps. Toute l'organisation sociale de l'Église vise à obtenir la sainteté de ses membres par le biais d'une configuration aussi complète que possible à la personne divino-humaine de son fondateur Jésus-Christ. Tous les hommes sont ainsi appelés à devenir « christiformes ». La juste réception des sept sacrements, institués par le Christ et confiés en dépôt à

(22) *Somme théologique*, IIa-IIae, p. 58, art. 12.

(23) *Étique à Nicomaque*, liv. V, chap. 1.

(24) Tout en étant déjà réalisés dans ce monde. Cf. *Jean* 15, 19: « Parce que vous n'êtes pas du monde et que je vous ai choisis et retirés du monde »; 17, 14: « Ils ne sont pas du monde, de même que moi je ne suis pas de ce monde. Je ne demande pas que tu les retires du monde, mais que tu les gardes du Mauvais ».

(25) Cf. *Jean* 16-8: « Une fois venu (le Défenseur = l'Esprit-Saint), il confondra le monde à propos du péché, de la justice et du jugement ». La vertu de justice est élevée au plan surnaturel par l'infusion de la vertu surnaturelle de charité et par le don de piété, l'un et l'autre opérés par le Saint-Esprit.

(26) Même du Christ. Cf. *Matthieu* 24, 36; *Marc* 13, 32: « Quant à ce jour et à cette heure, nul n'en sait rien, pas même les anges dans le ciel, pas même le Fils; il n'y a que le Père ».

(27) *Apocalypse* 22, 11.

l'Église pour qu'elle les administre, est la principale voie de cette configuration. Celle-ci s'avère progressive: le temps, pour chacun, d'actualiser sa potentialité; le temps, pour l'Église tout entière, d'épouser le Christ dont elle est déjà la fiancée⁽²⁸⁾. C'est là le sens plénier du droit canonique des sacrements, largement codifié⁽²⁹⁾. D'entre ces sacrements, quatre ont en commun d'avoir un sens vocationnel. Au sein de l'appel universel à la sainteté, à la configuration au Christ, ils introduisent, non sans d'importantes variantes, un appel plus spécial. Leur imposition confère à qui les reçoit une puissance spécifique qui exige à son tour une actualisation elle-même spécifique. C'est là ce que les théologiens nomment le caractère. Il en va ainsi pour le baptême, la confirmation, l'ordre et le mariage⁽³⁰⁾. La vocation baptismale confortée par la réception ultérieure de la confirmation est une configuration au Christ fils de Dieu. Tous les hommes sont fils de Dieu par création, mais le baptisé devient fils de Dieu par son assimilation au Christ rédempteur qui a pour ce faire endossé la nature humaine. L'ordre configure le baptisé au Christ Tête de l'Église: vocation sacerdotale, car dans l'Église être tête, c'est être prêtre. Le mariage configure le baptisé au Christ Époux de l'Église⁽³¹⁾: vocation matrimoniale qui, comme la vocation sacerdotale, demande à devenir ce qu'elle est, être pleinement actualisée. Ce temps individuel est aussi un temps social: l'Église elle-même a été baptisée⁽³²⁾, confirmée⁽³³⁾, ordonnée⁽³⁴⁾ et mariée⁽³⁵⁾. Elle aussi doit actualiser ces diverses potentialités selon un code préétabli. Mais le droit des vocations ne s'épuise pas dans le droit sacramentel. L'Église a connu et connaît encore d'autres vocations dotées d'un caractère quasi sacramentel. Le Mo-

(28) C'est-à-dire, dans la perspective du droit hébraïque, l'épouse dont le mariage n'est pas encore consommé.

(29) Sous réserve, nous le savons, des rites sacramentels non essentiels, qui relèvent plutôt du droit liturgique.

(30) Ce dernier n'imprime pas un caractère *stricto sensu*, mais, selon la tradition, un quasi-caractère: ce qui est suffisant dans notre perspective vocationnelle.

(31) V. *Éphésiens* 5, 32.

(32) Lors de la passion du Christ, v. *Jean* 19, 34.

(33) Lors de la Pentecôte: *Actes* 2, 1-4.

(34) Après la résurrection du Christ, v. *Jean* 20, 22-23.

(35) On ne sait quand, tout comme d'ailleurs pour l'institution du mariage sacrament. Mais le fait même de ces fiançailles est attesté par l'*Apocalypse* 21 et 22, *passim*; v. aussi 2 *Corinthiens* 11, 2.

yen Age distinguait ainsi entre trois ordres⁽³⁶⁾: les *oratores*, essentiellement appelés à prier, les *bellatores*, essentiellement appelés à combattre, et les *laboratores*, ceux qui travaillaient et se mariaient, assurant ainsi la charge ingrate de veiller à la subsistance de tous⁽³⁷⁾. Peu ou prou, ces classifications civiles ont imprégné le droit canonique⁽³⁸⁾. Il en demeurait encore de larges pans dans la codification de 1917. A la suite du Concile Vatican II, le Code de 1983 a résolument opté pour d'autres clivages fondamentaux. Il n'a pu toutefois négliger ce que l'on appelait autrefois l'état de perfection, désormais baptisé état de vie consacrée. Ici, encore, il s'agit d'une configuration spéciale au Christ, par le biais de « liens sacrés »⁽³⁹⁾. Configuration au Christ dans l'aspect le plus eschatologique de sa personne: la pauvreté, la chasteté⁽⁴⁰⁾ et, surtout, l'obéissance⁽⁴¹⁾ *propter regnum caelorum*. C'est d'ailleurs cet aspect que le Code de 1983 continue de mettre expressément en valeur⁽⁴²⁾. La consécration est, de sa nature, perpétuelle, même si cette perpétuité n'est assumée qu'après un temps de probation. Elle fait naître ainsi un état qui, s'il ne bénéficie pas, comme les états sacramentels, d'une assistance gracieuse de Dieu *ex opere operato*, a tout de même ceci de commun avec eux qu'il est justement un appel stable à un mode d'être dans le Christ. S'instaure donc dans l'*ordo canonicus* une appréhension formelle⁽⁴³⁾ et partant ins-

(36) V.G. DUBY, *Les trois ordres ou l'imaginaire de féodalisme*, Paris, Gallimard, 1978.

(37) Par le travail et la reproduction. Il est constant que le Moyen Age voit dans le mariage un fardeau. Nous sommes aux antipodes de l'apologie moderne de l'union conjugale.

(38) Cf. la position de Gratien, étudiée par J. FORNÉS, *Notas sobre el duo sunt genera christianorum del decreto de Graciano, Ius canonicum*, 1990, 607 et s.

(39) Cette expression, désormais employée, est plus englobante que celle de « vœux ».

(40) Consacré par la tradition, le terme est ambigu. Il vise ici seulement l'absence d'usage des facultés de génération, non la vertu de chasteté, que le Christ a bien sûr vécue, mais qui n'est pas réservée aux continents.

(41) Sur la priorité à tous égards du vœu d'obéissance sur les deux autres vœux, v. saint Thomas d'Aquin, *op. cit.*, IIa-IIae, q. 186, art. 8.

(42) V. canon 573: les fidèles voués à Dieu par la profession des conseils évangéliques « annoncent déjà la gloire céleste » (§ 1) et « sont unis de façon spéciale à l'Église et à son mystère » (§ 2).

(43) *Forma dat esse rei*: c'est la forme qui donne à la chose d'être (en puissance puis en acte).

titutionnelle⁽⁴⁴⁾ du temps humain. Le temps de la tension vers la sainteté, selon des formes variables et d'inépuisables combinaisons.

b) *Le temps d'après le Temps.* — Avec le jugement universel final annoncé par les Prophètes de l'Ancien comme du Nouveau Testament, par le Christ lui-même, cessera le temps humain de la justification et, avec lui, le temps historique tout court. Subsistera-t-il néanmoins quelque chose de l'actuelle codification du droit de l'Église ou d'une codification à venir qui ne saurait à l'évidence remettre en cause l'essentiel du droit canonique? Passé le temps, ou plutôt l'instant du Jugement, avec ses nécessaires hiérarchies prophétisées⁽⁴⁵⁾ ou prophétisables⁽⁴⁶⁾, que restera-t-il, dans le monde à venir, des principes qui animent la Cité de Dieu *in hoc saeculo*? Qu'il y ait une Cité, voilà qui est certain⁽⁴⁷⁾, mais ses structures posséderont-elles quelques traits dessinés par le droit antérieur? Les hiérarchies angéliques sont par nature immuables et, d'ailleurs, elles ne sont pas vraiment concernées. Quant aux hiérarchies humaines, osons proposer ce qui suit. L'Église est organisme vivant de sanctification. La Jérusalem céleste portera à son point culminant et ainsi définitif cette sainteté déjà à l'œuvre en ce bas monde. Or, la sainteté consiste en la configuration au Christ rédempteur. C'est donc en fonction de la participation de chacun au mystère du rachat du genre humain que s'effectuera la plus sainte des hiérarchies⁽⁴⁸⁾. Cette participation est ignorée de tous, à l'exception de Dieu lui-même: lui seul est capable de percer une âme jusque dans ses ressorts les plus cachés. Il reste que cette participation a, ici-bas, un caractère générique: des vocations toujours per-

(44) Une forme de vie socialement reconnue a, par le fait même, un caractère institutionnel, organique.

(45) V. *Matthieu* 19, 28: «Lors de la Régénération, quand le Fils de l'homme aura pris place sur son trône de gloire, vous siégerez vous aussi sur douze trônes, pour juger les douze tribus d'Israël», dit le Christ à l'adresse de ses apôtres.

(46) C'est ainsi que Thomas d'Aquin étend le pouvoir judiciaire lors du jugement dernier à tous ceux qui ont fait vœu de pauvreté, *op. cit.*, supplément, q. 89, art. 2.

(47) L'*Apocalypse* parle de la «Cité sainte», de la «Jérusalem céleste». Platon, pour qui le temps est «l'image mobile de l'éternité», a probablement entrevu ce que sera le temps cosmique dans cette Cité.

(48) Avec, au sommet, la bienheureuse Vierge Marie, corédemptrice. La participation aux souffrances rédemptrices du Christ est expressément indiquée comme critère de classement des élus dans le ciel. V. *Apocalypse* 7, 4-14.

sonnelles mais qui sont elles-mêmes comprises dans des catégories ou états qui les englobent et leur donnent sens *par rapport au Christ rédempteur*. Sauf à nier, au nom d'un script individualisme de type occamien, jusqu'à l'idée même d'une nature et, partant, d'une surnature, on ne voit pas comment le plan divin du salut pourrait ou même voudrait faire abstraction de ces modes généraux de participation. Nous voici reconduits à la querelle des universaux. Mais, de toute façon, s'il est vrai qu'à présent « nous voyons dans un miroir, en énigme »⁽⁴⁹⁾, il y aura, tant au plan individuel qu'au plan collectif, de grandes et belles surprises. « Seigneur, quand avons-nous mérité ceci ou cela? » demandent les justes au Christ roi de l'univers⁽⁵⁰⁾. Nous ne savons pas nous-mêmes ce que nous sommes: la place que nous occupons dans le plan divin du salut.

ALAIN SÉRIAUX

⁽⁴⁹⁾ *Corinthiens*, 13, 12.

⁽⁵⁰⁾ *V. Matthieu* 25, 37-40.

POTESTÀ E SACERDOZIO NELLA CHIESA

a) La riflessione conciliare su sacerdozio comune e sacerdozio ministeriale sollecita a far ritorno... — b) ...alla tematica della *sacra potestas* ed alla operata bipartizione tra potestà d'ordine e potestà di giurisdizione... — c) ...e permette di porre a tema con rinnovato interesse fenomeni di esercizio anomalo della giurisdizione nella Chiesa. Appunti di metodo.

a) Dalla cost. dogm. *Lumen Gentium*⁽¹⁾, la Chiesa risulta descritta nella sua natura e nella sua struttura in termini non privi di novità e forieri di molteplici spunti problematici: ciò in conseguenza non solo degli sforzi concentrati nelle sessioni di lavoro conciliare, ma anche del lento e continuo bimillenario processo di approfondimento di autocoscienza, che nella elaborazione di questo documento ha avuto il suo momento formale di massima esplicitazione⁽²⁾. Ne consegue che da detto documento non si possa a tutt'oggi prescindere nell'abborso di ogni tematica che abbia sullo sfondo la disamina di questioni aventi una specifica caratterizzazione ecclesiolo-

(1) Per quanto attiene alle fonti e alla genesi del testo in esame, si rimanda al recente volume *Concilii Vaticani II Synopsis. Cost. dogm. de Ecclesia, LUMEN GENTIUM*, a cura di F. GIL HELLÍN, Città del Vaticano, 1995, che fa seguito al noto volume *Constitutionis Dogmatica Lumen Gentium. Synopsis Historica*, a cura di G. ALBERIGO ed altri, Bologna, 1975.

(2) Non a caso un grande padre del Concilio, Congar, nella conclusione del volume *La Chiesa del Vaticano II*, a cura di G. BARAÛNA (Firenze, 1965), notò che proprio in questa occasione « per la prima volta la Chiesa ha formalmente definito se stessa » (p. 1261). È infatti vero che lo stesso tentativo perseguito dal Concilio Vaticano I non sortì pieni effetti a causa del sopraggiungere dei noti accadimenti che causarono la sospensione dei lavori conciliari, non già più ripresi: pure determinante per l'impostazione della riflessione ecclesiologica si rivelò il contenuto dello schema *De Ecclesia Christi*, di cui alla fine fu approvato unicamente il capitale enunciato dogmatico sul primato del Romano Pontefice, con l'aggiunta — *in limine* rispetto al testo contenuto nel citato schema — del dogma dell'infallibilità.

gica, anche quando l'interesse cognitivo principale e gli strumenti d'indagine in dotazione attengono più propriamente agli aspetti giuridici della specifica tematica.

La formulata notazione trova nei fatti ulteriore sostegno se ci si viene a trovare di fronte ad enunciati che hanno posto a tema, per la prima volta in sede conciliare, figure pure già da lungo tempo emerse nel lento processo di definizione della *imago Ecclesiae*. È questo quanto dato rilevare a riguardo di *Lumen Gentium*, n. 10, lett. b), che costituisce il « primo documento in cui il magistero si pronuncia esplicitamente sul sacerdozio comune dei fedeli »⁽³⁾, e lo fa nei seguenti termini: « il sacerdozio comune dei fedeli e il sacerdozio ministeriale o gerarchico, quantunque differiscano essenzialmente e non solo di grado, sono tuttavia ordinati l'uno all'altro, poiché l'uno e l'altro ognuno a suo proprio modo, partecipano dell'unico sacerdozio di Cristo »⁽⁴⁾.

(3) Questo dato è sottolineato da mons. Philips (in *La Chiesa e il suo Mistero nel Concilio Vaticano II. Storia, testo e commento della cost. Lumen Gentium*, Milano, 1967, I, p. 129), principale redattore di questo documento conciliare, che tentò tra l'altro di giustificare un tale ritardo in considerazione della necessitata scelta del Concilio di Trento di ergere un muro in difesa del sacerdozio ministeriale contro gli attacchi specificamente ad esso rivolti dalla riforma luterana. Lo Stickler (ne *Il mistero della Chiesa nel diritto canonico*, contributo alla colletanea *Il mistero della Chiesa*, 1965, II, p. 225) ha imputato alla riforma protestante, accanto alle cause del 'nazionalismo antiecclesiastico' e dello 'statalismo clericale', il fatto che ad un certo punto della sua storia la Chiesa abbia assunto « una posizione di difesa senza compromessi », dalla quale è derivata una forte sottolineatura della figura del sacerdozio ministeriale a scapito del sacerdozio comune, come attesta la scelta di escludere « perfino che i laici potessero essere delegati ad atti di giurisdizione ecclesiastica », potendo detti atti costituire « una porta aperta a interferenze nel potere della Chiesa ». Dalla tradizione della Chiesa risulta in ogni modo da sempre certa la riferibilità ad ogni battezzato del titolo di sacerdote, come attesta il seguente passo agostiniano: « in senso stretto, solo i vescovi ed i presbiteri portano il nome di 'sacerdotes', ma a tutti i battezzati diamo il nome di *cristiani*, cioè di uniti, in considerazione dell'unzione sacra (*Chrisma*), come anche il nome di *sacerdotes*, perché tutti sono membri dell'unico Sacerdote » (AGOSTINO, *De Civ. Dei*, XX, 10; anche in P.L. 41, p. 676; traduzione nostra). Lo stesso Pietro aveva già parlato del popolo cristiano come di una 'comunità sacerdotale' (I, 2, 9). Così anche in Ap. 1, 6; 20, 6.

Del volume a cura di Baraùna *La Chiesa del Vaticano...* cit., cfr. E.J. DE SMEDT, *Il sacerdozio dei fedeli*, pp. 452-464, e M. GOZZINI, *I rapporti fra laici e gerarchia*, pp. 1012-1030.

(4) Il passo del documento conciliare prosegue con l'affermazione che « il sacerdote ministeriale, con la potestà sacra di cui è investito, forma e regge il popolo sacerdotale, compie il sacrificio eucaristico in persona di Cristo e lo offre a Dio a nome di

Questa affermazione, con la quale si è dovuta (e continua a doversi) confrontare la dottrina canonistica e teologica post-conciliare, dice dell'intrapreso approfondimento, che pure non conosce limiti di perfettibilità, dell'autocoscienza della Chiesa rispetto ad un tratto portante e fondamentale della sua specifica fisionomia. In particolare, l'affermata reciproca ordinazione del sacerdozio comune e del sacerdozio ministeriale — che pure presentano una diversità di essenza e non solo di graduazione —, suggerisce una rinnovata prospettiva d'affronto di tutte le diverse problematiche connesse alla compartecipazione all'unico sacerdozio di Cristo di chi abbia ricevuto il sacramento del Battesimo e di chi abbia ricevuto il sacramento dell'Ordine.

Il riportato passo conciliare induce infatti ad approfondire il nesso che lega il titolare del sacerdozio comune ed il titolare del sacerdozio ministeriale con i *munera* svolti da Cristo e da questi affidati alla Chiesa per proseguire nel tempo e nello spazio la sua opera di redenzione e di evangelizzazione; nonché a chiedersi quali siano in termini generali i profili comuni dell'identità di cui si trova investita — e del compito che viene ad assumere — la persona in ragione della propria compartecipazione al sacerdozio comune conseguente alla recezione del Battesimo e, se del caso, al sacerdozio ministeriale conseguente alla recezione del sacramento dell'Ordine; quali flessioni pratiche imponga, rispetto alla titolarità e all'esercizio dei *munera* ecclesiali, l'enunciazione della reciproca ordinazione dell'un sacerdozio all'altro; quale figura giuridica sia di conseguenza ascrivibile alla Chiesa quando si intenda metterne in evidenza gli elementi istituzionali e costituzionali portanti, muovendo proprio dal dato della comune e reciproca — benché essenzialmente diversa — compartecipazione all'unico sacerdozio di Cristo del titolare del sacerdozio comune e del titolare anche del sacerdozio ministeriale; come si fletta contenutisticamente e formalmente il discorso circa la natura, l'estensione e l'esercizio del potere ecclesiale, discorso questo general-

tutto il popolo; i fedeli, in virtù del regale loro sacerdozio, concorrono all'oblazione dell'Eucaristia, e lo esercitano col ricevere i sacramenti, con la preghiera ed il ringraziamento, con la testimonianza di una vita santa, con l'abnegazione e l'operosa carità». Questo passo è strettamente connesso con un altro aspetto, anch'esso maturato in sede di riflessione conciliare, che porta oggi la Chiesa a riconoscere darsi al proprio interno una sostanziale uguaglianza dei fedeli per quanto attiene alla dignità, cui si coniuga la necessaria diversità funzionale (cfr. L.G. n. 32 c).

mente articolato facendo perno sull'istituto della *sacra potestas*, e sulle nozioni di *potestas ordinis* e di *potestas iurisdictionis*⁽⁵⁾; cosa debba e cosa possa 'potere', in definitiva, nella Chiesa chi per il Battesimo partecipa al sacerdozio di Cristo con il sacerdozio comune, e chi è sacramentalmente investito del sacerdozio ministeriale.

Molteplici sono pertanto gli interrogativi che dal riportato enunciato conciliare scaturiscono e prendono nuovi lumi, tutti diretti a rilanciare l'interesse per le problematiche connesse all'esercizio del potere nella Chiesa, e del suo valore di mezzo rispetto al fine, che è la salvezza delle anime. È questo un tema col quale ci si è da sempre dovuti misurare nella Chiesa come documenta la sua storia, e ciò sin dal momento in cui Cristo ha affidato il suo gregge a Pietro sul lago di Tiberiade, quando il 'potere' per chi fosse parte della allora

(5) È opportuno notare al riguardo che mentre negli atti conciliari definitivamente approvati vi è più di un riferimento esplicito ed esplicativo alla *sacra potestas*, come già documenta il riportato passo della L.G., invece non vi è cenno alcuno alle figure della potestà d'ordine e della potestà di giurisdizione, anche per l'operata scelta di privilegiare le succedanee figure dei *munera sanctificandi, docendi e regendi*, assunte in tempi relativamente recenti nel linguaggio ecclesiologico cattolico dalla teologia di origine protestante (in particolare ad opera di G. Phillips, giurista protestante convertitosi al cristianesimo nel 1828, che ha dedicato alla ricerca canonistica, oltre che all'impegno sociale e politico, le proprie energie).

Opposta risulta invece essere la scelta operata dal legislatore del CIC 83, giacché in questo documento normativo non si fa parola della *sacra potestas*, mentre molto si fa gioco sulle nozioni di potestà di ordine e potestà di giurisdizione (meglio, di regime).

Una tale constatazione avrebbe di certo provocato la riflessione di chi (Moersdorf), volendo individuare un criterio di partizione del diritto canonico, valido anche ai fini didascalici, che non si isterilisse in quello cronologico, si disse favorevole ad « uno studio del diritto canonico imperniato attorno alla genesi dei principali problemi di diritto costituzionale e sacramentale, come per esempio ... (l') articolazione della gerarchia ecclesiastica in ordine e giurisdizione » (è quanto ricorda E. CORECCO, *Il rinnovo metodologico del diritto canonico*, in *La scuola cattolica*, 94, 1966, p. 3, nota 2).

Un delicato ed instancabile lavoro sta caratterizzando — sia per gli aspetti posti a tema in queste pagine ma anche per molti altri aspetti che sempre nella Tradizione hanno, pur se talora a livello germinale, uno spunto chiarificatore e ricostruttivo — l'approfondimento ecclesiologico di questo fine millennio. Che si tratti di materia assai complessa, lo prova anche la necessità avvertita in sede conciliare di operare un distinguo tra *munera* e *potestates*, necessità documentata in quell'anomalo testo annesso alla L.G. che è la *Nota esplicativa previa*, sollecitata dallo stesso Pontefice, redatta da una commissione dottrinale e da questa presentata ai padri conciliari in forma tecnica di comunicazione del segretario generale del Concilio (cfr. sul punto G. LO CASTRO, *La qualificazione giuridica delle deliberazioni conciliari nelle fonti di diritto canonico*, Milano, 1970, pp. 170 ss.).

esigua comunità cristiana, consisteva tutto nel poter rispondere ade-sivamente alla domanda di Cristo: « Mi ami tu? »⁽⁶⁾.

Riassumendo, in forza del principio della compartecipazione all'unico sacerdozio di Cristo del sacerdozio ministeriale e del sacerdo-zio comune, principio esplicitamente maturato in sede conciliare ma iscritto da sempre nella fisionomia della Chiesa, di certo non poche novità può riservare lo studio della tematica del potere e del suo esercizio nella Chiesa, quando tale studio sia diretto a cogliere an-cora una volta il fenomeno nei suoi aspetti sostanziali e nei suoi aspetti formali, ad evidenziarne sempre più i connessi problemi ed a tentare di valorarli negli specifici profili di giustizia.

b) Solo nel XII secolo, con il *Decretum* di Graziano⁽⁷⁾ e poi per opera dei decretisti⁽⁸⁾, si è venuta accennando in senso tecnico la di-stinzione tra potestà d'ordine e potestà di giurisdizione (ed espressioni sinonime)⁽⁹⁾, articolazioni queste dell'unica *sacra potestas*, ossia

(6) Cfr. *Gv* 21, 15 s.

(7) Il che è attestato anche dalle scelte terminologiche: a titolo di esempio, per l'uso dell'espressione *potestas* si rimanda a c. 2-7, C. X, q. 1, e a c. 19, C. XVI, q. I (dict. Grat.); di *ordinatio* a c. 2, 3, 6, 15, C. X, q. I (dict. Grat.); di *gubernatio* a C. XVI, q. II (introd. Grat.); di *executio officii* a c. 97, C. I, q. I (dict. Grat.), c. 19, C. VI, q. I (dict. Grat.), c. 40, C. XVI, q. I (dict. Grat.); di *potestas regendi* a c. 37, C. XXIV, q. I (dict. Grat.).

(8) Da Paucapalea, allievo dello stesso Graziano ed autore delle note paleae (il quale parla di *executio officii* nella *Summa Decreti*, C. XVI, q. I, ed. Schulte, *Die Summa des Paucapaleas über das Decretum Gratiani*, Giessen, 1890, pp. 86-87; e di *gubernatio* in *op. cit.*, c. 8, Dist. XVIII, pp. 19-20, e C. XVI, q. V, p. 87), a Rufino (che parla di *administratio* e di *potestas administrationis*, ad esempio, nella sua *Summa*, c. I, Dist. XXIII, ed. Singer, *Die Summa Decretorum des Magister Rufinus*, Paderbon, 1902, p. 52); da Giovanni Teutonico (che nella sua *Summa* parla di *administratio*: cfr., ad esempio, Cod. Vat. Pal. Lat. 624, fol. 156), a Bartolomeo da Brescia (che usa l'espressione *administratio* nella sua *Glossa ordinaria in Decretum* — cfr., ad esempio, c. 2, Dist. XXI —); da Rolando Bandinelli, divenuto poi papa Alessandro III (durante il cui pontificato si sviluppò il sistema della delega tramite rescritti papali, il che « favorì inoltre la forma-zione e la distinzione dei concetti di *iurisdictio ordinaria* e *iurisdictio delegata* » all'in-terno della potestà di giurisdizione, come ricorda W. PLÖCHL in *Storia del diritto cano-nico - Il diritto nella civiltà occidentale*, Vol. II, Milano, 1963, p. 70), ad Ugucione da Pisa, autore di una fortunata *Summa* (cfr., ad esempio, la glossa a c. 34, C. XXIV, q. III, in Cod. Vat. Lat. 2280, fol. 234').

(9) Un tale fenomeno viene a collocarsi in una fase di maturazione generale che secondo lo Stickler si apre nella grave crisi causata in particolare dal moltiplicarsi delle ordinazioni assolute più volte proibite essendo causa del fenomeno del *clerus vagus*, crisi

dell'unico potere attribuito da Cristo alla Chiesa. Ma ancor prima di ogni tentata riflessione tecnica, detta bipartizione è emersa nei fatti per l'articolarsi ed il decentrarsi dei poteri ecclesiali, fenomeno questo connaturale ad un soggetto come la Chiesa, istituzionalmente protesa ad una diffusione quanto più capillare possibile in ragione della sua stessa natura, di cui costituisce aspetto integrante ed essenziale il compito attribuitole: portare a tutti l'annuncio che Dio si è fatto uomo e che in essa è incontrabile.

Il compito (*ministerium*) è istituzionalmente attribuito a soggetti ontologicamente caratterizzati dal sigillo dell'ordine: in ragione del ministero, la *potestas*. Ma il problema si pone nel momento in cui si prende atto che da sempre, nella vita della Chiesa, accanto alla richiesta evenienza che il fedele chiamato a svolgere in via ordinaria una funzione ministeriale fosse insignito del carattere sacerdotale, è stata avvertita la necessità di un atto esplicito di attribuzione del compito⁽¹⁰⁾ da parte dell'autorità ecclesiale. Da detta notazione è emerso un interrogativo che ha ininterrottamente percorso l'esperienza ecclesiale ed ha mobilitato, per l'urgenza di una spiegazione,

cui la riforma gregoriana mira a far fronte anche individuando chi avesse ricevuto o stesse esercitando il proprio ufficio in modo indegno (cfr. dello studioso ora richiamato, *La bipartición de la potestad eclesiástica en su perspectiva histórica*, in *Ius Canonicum*, 15, 1975, p. 56).

A riguardo della contrastata databilità al XII secolo della distinzione tecnica tra potestà d'ordine e potestà di giurisdizione, si rimanda alle considerazioni critiche formulate dallo stesso Stickler nella recensione *Lo sviluppo della dottrina sui poteri nella Chiesa universale: momenti essenziali tra il XVI e il XIX secolo. A proposito di un libro recente* (in *Seminarium*, 1964, pp. 652-673) fatta alla omonima monografia di Alberigo (Roma, 1964: si rimanda in particolare alle pp. 69-74).

Noto è il passo segnato dalla prospettazione tomista rispetto alla distinzione tra potestà d'ordine e potestà di giurisdizione (cfr. in particolare, *S. Th. II, II, q. 39 a. 3*: «... duplex est spiritualis potestas: una quidem sacramentalis; alia iurisdictionalis. Sacramentalis quidem potestas est quae per aliquam consecrationem confertur. Omnes autem consecrationes Ecclesiae sunt immobiles, manente re quae consecratur... Et ideo talis potestas secundum suam essentiam remanet in homine qui per consecrationem eam est adeptus quandiu vivit, sive in schisma sive in haeresi labatur; quod potest ex hoc quod rediens ad Ecclesiam non iterum consecratur... Potestas autem iurisdictionalis est quae ex simplici iniunctione hominis confertur. Et talis potestas non immobiliter adhaeret. Unde in schismaticis et haereticis non manet»).

Cfr. anche Y.M.-J. CONGAR, *Ordre et juridiction dans l'Eglise*, in *Irenikon*, 1933, pp. 22 ss., 97 ss., 243 ss., 401 ss.

(10) Ossia di quella che oggi nel CIC è chiamata *provisio canonica* (cc. 146 ss.).

con la stessa autorità ecclesiastica, anche uomini di scienza ed operatori del diritto: quale nesso corre tra la caratterizzazione ontologica conferita dall'ordine sacro e la concreta investitura per un ufficio determinato, attuata per mezzo di uno specifico atto giuridico autoritativo, rispetto all'attribuzione e all'esercizio della *sacra potestas*? Da questo interrogativo capitale ne dipartono poi ben altri, relativi alla possibilità di qualificare secondo una prospettiva unitaria i due poteri — di ordine e di giurisdizione — che concorrono, per lo meno nel momento dinamico e funzionale, se non già in quello strutturale, alla definizione dell'unica *sacra potestas*; di delinearne quindi la funzione, l'estensione e l'attribuibilità in titolarità; di coglierne poi in qualche modo l'articolato sviluppo.

È possibile documentare come la bipartizione dell'unica *sacra potestas* in potestà di ordine e potestà di giurisdizione sia maturata (nei fatti se non già nelle argomentazioni teoriche, per la qual cosa, come detto, bisognerà attendere il XII secolo) in connessione evidente con individuabili fattori storici incidenti sugli aspetti istituzionali ed organizzatori della vita della Chiesa. Infatti sin dagli albori della storia della Chiesa⁽¹¹⁾ si delineò il primo ma netto articolarsi della comunità e della struttura ecclesiale, secondo l'imporsi delle circostanze (si pensi al ruolo da subito assunto dal Vescovo di Roma per la scelta di Pietro di porre in questa città la propria sede⁽¹²⁾, e alla provvidenziale nascita di molteplici comunità, occasionata ad esempio dal lungo viaggio verso Roma di s. Paolo, prigioniero dei romani per sottrarsi alle leggi ebraiche)⁽¹³⁾; di bisogni concreti (si pensi alla avvertita necessità che qualcuno nella comunità provvedesse all'amministrazione dei beni comuni, mentre altri potessero dedicarsi all'annuncio del Vangelo ed all'amministrazione dei sacramenti)⁽¹⁴⁾; anche attraverso i limiti, le contraddizioni ed i peccati umani (si pensi a tutta la drammatica questione delle comunità separate, eretiche, apostate o scismatiche, rispetto alle quali nella comunità cristiana ci si è da subito domandati se si dovessero

⁽¹¹⁾ Questo aspetto è ben approfondito in G. BARDY, *La conversione al cristianesimo nei primi secoli*, Milano, 1994; M. SORDI, *I cristiani e l'Impero romano*, Milano, 1984; P.G. CARON, *I poteri giuridici del laicato nella Chiesa primitiva*, Milano, 1975.

⁽¹²⁾ A documentare questo fatto soccorre la datazione della I lettera di Pietro, scritta a Roma intorno all'anno 64.

⁽¹³⁾ *At* 28, 17 ss.

⁽¹⁴⁾ *At* 6, 2 ss.

considerare validi i diversi atti, in particolare quelli connessi all'amministrazione sacramentaria, posti in essere dai loro ministri, e se mai fosse necessario amministrare nuovamente i sacramenti che imprimono il carattere battesimale e sacerdotale a chi avesse fatto ritorno alla Chiesa) (15).

Altro fattore significativo sembra essere stato costituito dall'articolarsi dell'unico sacramento dell'ordine in una molteplicità di gradi (16), dei quali non sempre è stato chiaro quali fossero introduttivi alla dimensione sacerdotale e quali invece fossero di fatto meramente propedeutici all'esercizio di un qualche ufficio, spesso di natura esclusivamente amministrativa: ciò induce a sottolineare come il *munus* nella Chiesa sia sempre stato ordinariamente considerato attribuibile in titolarità ad una persona individuabile in ragione dello specifico carattere sacerdotale ontologicamente acquisito, ma che ciò non fosse di per sé sufficiente a specificare la concreta attribuzione funzionale, non potendosi d'altronde assolutamente pensare ad una generica abilitazione 'assoluta'; risultando così dimostrata, perlomeno da un punto di vista logico (17), la necessità di uno specifico atto di attribuzione del *munus* concreto.

(15) Si ricorda al riguardo che per Agostino d'Ippona, appassionatamente impegnato nella controversia contro i donatisti, le ordinazioni sacerdotali, come anche i battesimi, sono validi anche se amministrati da un peccatore o da un eretico, sicché non devono essere riamministrati (così in *Contra epist. Parmen.*, 13, n. 28): bisogna infatti considerare ciò che è dato (cioè il sacramento) e non già chi lo dà (*De bapt.*, IV, 10, n. 16), anche perché ultimamente è Cristo stesso che conferisce il sacramento, mentre il sacerdote è soltanto il suo strumento visibile (*Contr. litt. Petil.*, III, 49, n. 59). Il battesimo e l'ordinazione imprimono quindi un carattere, 'signaculum' (*De bono coniugali*, 18, n. 21): il battezzato riceve il carattere o distintivo del suo Capo che conserva sempre, anche qualora disertasse (*Contra litt. Petil.*, II, 108, n. 274).

A ciò però Agostino aggiunge una notazione: il battesimo degli eretici, ricevuto con cuore eretico, anche se è valido, non opera la remissione del peccato, perché solo nella vera Chiesa i sacramenti danno lo Spirito Santo, «perché chi non vuole l'unità, non può avere la carità» (*De bapt.*, III, 3, n. 5).

(16) Ancora nel CIC '17 si parlava di tonsura e di ordini minori quali gradi del sacramento dell'ordine (cc. 108, § 1; 111, § 2; 136, § 3; 239, § 22; 964, § 1; 1006 § 4; 1009 § 3; 2379).

(17) Di cui non ci si accontenterebbe se non fosse così esplicita e copiosa la documentazione di figure ed istituti che attestano nei fatti sin dai primi tempi la scansione della *sacra potestas* nei due momenti individuati, e ciò se non altro in ragione della non esauribilità della titolarità della potestà ecclesiale nell'amministrazione dell'ordine sacro, vista ad esempio la figura di taluni ausiliari episcopali, che avendo ricevuto unicamente il

È a questo punto necessario evidenziare un altro dato significativo: l'inserirsi vivace e fecondo nella Chiesa della vita monastica, ed in un secondo momento della vita religiosa, in particolare degli ordini mendicanti, con le relative articolazioni strutturali, non coincidenti con la strutturazione gerarchica delineata in funzione della recezione dell'ordine sacro nei suoi diversi gradi, ha ulteriormente concorso a caratterizzare il contenuto della *sacra potestas* nel senso bipartito, giacché nel corso del tempo diverse funzioni propriamente giurisdizionali sono venute ad essere esercitate da monaci e religiosi, non già abilitati in forza della recezione del sacramento dell'ordine, bensì per via di attribuzione del compito. Strettamente connessi a detto fenomeno sono l'istituto delle esenzioni e la ricca documentazione della non lineare ed omogenea dinamica dei rapporti intercorsi tra monaci prima, e famiglie religiose poi, con gli ordinari titolari a livello locale del potere ecclesiale.

Non senza effetti si è poi anche rivelato il modularsi della società civile europea medievale in strutture di potere assai accentrate e forti, e ciò come necessaria misura di difesa dalle popolazioni barbare in movimento verso l'Europa meridionale, e dalle pressioni dell'Islam: evidente il riverbero di un simile fatto sulla strutturazione ecclesiale, sino al punto che nelle mani di un vescovo o di un abate sono talora venuti a coincidere il potere religioso e quello civile (si pensi in particolare alla figura dei vescovi-conti), il che sovente ha comportato il palese prevalere del momento giurisdizionale della *sacra potestas* su ogni altro aspetto.

Altro fattore significativo è stato rappresentato dallo scisma d'Oriente (1054) e dalla riforma gregoriana (il *Dictatus Papae*⁽¹⁸⁾ è del 1075) che ha portato ad un'accentuazione della dimensione universale della Chiesa cattolica, talora a scapito della dimensione particolare, con l'emergere della figura e dei poteri del papa sulle figure

diaconato, pure venivano ad essere titolari di poteri che esercitavano con il vescovo sui presbiteri e sugli altri diaconi, nonché su chi fosse insignito degli ordini minori e sui laici di tutta la diocesi, con ampie responsabilità nell'amministrazione della giustizia e dei beni. Accanto a questa, sono note altre figure caratterizzate dalla titolarità di una certa superiorità potestativa di natura puramente giurisdizionale e non già sacramentale, quali ad esempio l'arciprete e l'arcidiacono, nonché il metropolita, figura questa di cui vi è attestazione anche nei documenti del Concilio di Nicea accanto ad altre, quali quelle dell'arcivescovo, del primate, del patriarca e dell'esarca (canoni IV-VI). Per la relativa documentazione si rimanda a A.M. STICKLER, *La biparticion...* cit., in *op. cit.*, pp. 49 ss.

⁽¹⁸⁾ In *Gregorii VII Registrum I*, ed. Caspar, in M.G.H., *Epistolae selectae, Registrum I*, pp. 201-207.

dei vescovi locali e dei Concili: bisogna in effetti riconoscere che riguardo alla bipartizione della *sacra potestas* non poco peso hanno giocato le questioni connesse all'estensione dei poteri primaziali ed al rapporto tra vescovi e romano pontefice, sino a culminare nella questione del rapporto tra collegialità e primato.

Per l'indotto ripensamento in chiave critica della bipartizione stessa, un passo decisivo è stato successivamente sollecitato dalla Riforma protestante, in risposta alla quale è maturata una riflessione dai toni forti, talora apologetici, e ci si è determinati per scelte nette, volte a dissipare equivoci dottrinali, ma spesso poco adatte a descrivere la Chiesa nella sua totalità, tanto da correre il rischio di privilegiare la dimensione strutturale e l'unitarietà della Chiesa più che la sua complessiva e pluriforme *imago*: ne è dipesa, tra l'altro, la tendenza a teorizzare la derivazione del potere di ordine dalla consacrazione, quindi immediatamente da Dio, e del potere di giurisdizione immediatamente dal romano pontefice (è questa l'opinione sostenuta in particolare da un protagonista del Concilio tridentino, il gesuita Laynez, che ha perorato con insistenza una tale prospettiva, «credendosi a torto portavoce di una maggioranza») ⁽¹⁹⁾.

Questi sono i fatti che assieme ad innumerevoli altri immediatamente meno rilevabili, hanno sollecitato ed informato l'articolarsi dell'unica *sacra potestas* in potestà d'ordine e potestà di giurisdizione: non è a questo punto superfluo accennare alle molteplici questioni dottrinali, di primaria rilevanza per una panoramica ecclesiologica *ante litteram*, che a detta bipartizione sono intimamente connesse. In particolare non poco peso ha giocato la dibattuta questione della sacramentalità dell'episcopato, talora negata proprio in ragione di una forzata interpretazione della teologia sacramentaria tomista, per la quale, essendo il sacramento dell'ordine in assoluta funzione della consacrazione eucaristica, tutti gli ordinati *in sacris*, indipendentemente dalla specifica attribuzione funzionale loro conferita, sarebbero uguali: non v'è chi non veda come detta impostazione abbia potuto talora deformare la lettura dei rapporti della gerarchia ecclesiastica tutta con il papa. Non è neppure risultata marginale la connessa questione della natura di *ius umanum* o di *ius divinum* del car-

⁽¹⁹⁾ È questo il parere — non condiviso da molti (cfr. la richiamata recensione di A.M. STICKLER) — espresso da G. ALBERIGO, in *Lo sviluppo della dottrina sui poteri nella Chiesa. Momenti essenziali tra il XVI e il XIX secolo*, Roma, 1964, p. 68.

dinalato, fino a quando non si è ragionevolmente riconosciuta la validità della prima prospettazione. Un grande peso rispetto alla indagata bipartizione, ha anche avuto la maturata distinzione tra ambito sacramentale (all'interno del quale agirebbe solo il potere d'ordine) ed ambito extrasacramentale (dove opererebbe il potere di giurisdizione)⁽²⁰⁾; dopo di che, fondamentale importanza ha assunto il derivato distinguo, operato a partire dal XVI secolo, tra foro interno e foro esterno, quando si è mosso il passo decisivo per la trasformazione della « distinzione medioevale tra potere di ordine e di giurisdizione in una separazione rigorosa degli stessi, come pure degli ambiti a cui si riferiscono »⁽²¹⁾.

c) In considerazione del quadro ora sinteticamente tracciato, da cui in un certo qual modo emergono le linee portanti e generali delle problematiche connesse alla *sacra potestas* ed al suo esercizio, nonché a quanto sta dietro alle nozioni di sacerdozio comune e di sacerdozio ministeriale — maturate nel corso dei secoli in considerazione della compartecipazione al sacerdozio di Cristo di tutti i battezzati e, con particolari responsabilità e prerogative, degli ordinati *in sacris* —, può di certo apportare ulteriori dati positivi di conoscenza e di giudizio della teorica messa a tema un approfondimento svolto secondo le linee che emergono seguendo le tracce di sviluppo di figure, istituti e situazioni giuridiche, ripescati nella storia della Chiesa, specie se questi costituiscono ancora oggi porti nei quali l'approdo risulta particolarmente rischioso e disagiato.

Normalmente gli studiosi del diritto della Chiesa più attenti a maturare un approccio ed un tentato sviluppo dogmatico delle teorie del diritto canonico in una visione storica complessiva, hanno posto in rilievo come la distinzione fatta riguardo alla *sacra potestas* in potestà di ordine e potestà di giurisdizione abbia costituito una risposta a precise esigenze che sono via via venute emergendo nella vita della Chiesa, necessitando di una soluzione adeguata. Detta bipartizione, tecnicamente abbozzata nel corso del XII secolo⁽²²⁾, pro-

(20) È quanto nota, offrendo ulteriori spunti argomentativi, E. CORECCO, *Il rinnovamento metodologico...* cit., in *op. cit.*, p. 10.

(21) *Ibidem, idem*, nota 34.

(22) Cfr. A.M. STICKLER, *La bipartition...* cit., in *op. cit.*, p. 45 ss.

Nota è la posizione dell'Alberigo, che nella citata opera, lamentando la ventura di una spaccatura netta tra i due millenni di storia della Chiesa causata dall'accentrarsi del

fondamente segnata dagli sviluppi del Tridentino, ancora oggi (nonostante la scelta, sempre più di frequente operata sia in documenti magisteriali che negli affondi dottrinali, di sostituirla con la tripartizione dei *munera* sacerdotale, regale e magisteriale) si rivela adatta (non senza lasciare aperte questioni problematiche) a sostenere il tentativo di cogliere nella sua complessità il fenomeno dell'esercizio del potere nella Chiesa.

In particolare, si ritiene comunemente che detta bipartizione abbia avuto la propria ragion d'essere nella avvertita necessità — divenuta impellente nei primi secoli di vita della Chiesa — che maturasse una soluzione alla questione della contestata liceità delle ordinazioni assolute⁽²³⁾, alla questione della validità e della liceità dei sacramenti amministrati da ordinati che non vivessero la comunione con la Chiesa di Roma, alla questione della eventuale reiterazione del sacramento a favore di chi avesse fatto ritorno alla Chiesa cattolica dopo essere stato ordinato da un vescovo depresso, eretico, apostata o scismatico.

Ben sono note, pur senza essere pacifiche, le soluzioni offerte alle questioni sopra elencate nel Decreto di Graziano e successivamente dalla riflessione teologico-canonistica maturata, talora non

potere in capo al Romano Pontefice a detrimento degli altri membri del collegio episcopale e dal conseguente fenomeno della giuridificazione della struttura ecclesiale, con l'emergere sull'aspetto comunitario di quello istituzionale, e sul sacramento dell'ordine sacro dell'aspetto giuridico della titolarità del potere, dichiara non potersi far risalire detta bipartizione più a monte del XIII secolo. Immediata è stata la reazione dello Stickler che — nelle già richiamate pagine dell'intervista concessa alla redazione di *Ius Canonicum* nel 1975, ma ancor prima nella sua recensione pubblicata in *Seminarium*, cit., pp. 652 ss. — ha ampiamente documentato la sopravvenienza già nella Chiesa dei primi secoli (nei fatti se non già come consapevolezza tecnica) di un problema di articolazione della *sacra potestas* tra i due poli del carattere ontologico impresso con il sacramento dell'ordine e del titolo giuridico legittimante l'esercizio di un *munus*.

⁽²³⁾ Contro le quali si era espresso il Concilio di Calcedonia nel 451 (cfr. c. VI), ma che pure per lungo tempo ancora saranno amministrate nella Chiesa latina, fino a quando, a cavallo tra il XII e il XIII secolo le si riammetterà definitivamente, in particolare ad opera di Alessandro III e di Innocenzo III, con la nuova disciplina del *titulum ordinationis*.

Un residuo della stima per la modalità di amministrare il sacramento dell'ordine in forma relativa è ancora oggi riscontrabile nella figura del vescovo titolare (cfr. c. 376 CIC 83), che pure nella storia della Chiesa non pochi problemi ha posto, se non altro per la talora sua contestata partecipazione ai Concili ecumenici. Nelle Chiese orientali per tradizione ininterrotta si è consolidata la prassi delle ordinazioni relative.

senza deformazioni, sulla scorta del pensiero tomista⁽²⁴⁾. A queste fattispecie cui è plausibile imputare il perché della bipartizione della *sacra potestas* in potestà d'ordine e potestà di giurisdizione, emerse tutte dalla concreta dinamica relazionale che si è data in duemila anni di vita quotidiana della Chiesa, se ne può, anzi, se ne deve aggiungere ancora una, documentata in molteplici, per quanto eccezionali, episodi già consegnati alla storia: si sta alludendo al poliedrico fenomeno dell'esercizio anomalo di un potere *vere ecclesiasticus*. È chiaro che proprio mettendo a tema ogni singolo episodio, documentato con l'emergere degli interrogativi più connaturali allo stesso, si potrà pretendere di ridisegnare nelle sue linee portanti il fenomeno e di cercare di valorarlo nei suoi aspetti di giustizia, alla luce del più ampio tema della *sacra potestas* e del suo esercizio: in questo contesto ci si limita a segnalare una direzione di ricerca.

È di facile rilievo la considerazione che nella storia della Chiesa, accanto a situazioni di esercizio del potere legittimate da titoli giuridici riconosciuti idonei — situazioni queste che rappresentano il momento normale e fisiologico della vita istituzionale e comunitaria della Chiesa —, emergono episodi in cui l'esercizio di una qualche *potestas*, se non già supportato da titoli giuridici legittimanti, pure è documentabile come fatto. Ed in verità proprio rispetto a detti fatti a chi svolga opera di ricerca preme, nei limiti del possibile e non già per un astratto amor di analisi ma per l'innegabile fascino che esercita sull'umana postura l'esortazione paolina del 'tutto vagliate e trattenete il valore'⁽²⁵⁾, prendere posizione e non lasciare esclusivamente al tempo il compito di definirne la sorte. Prendere atto dei fatti, a chi si ponga da una prospettiva storica ad approfondire un fenomeno nei suoi risvolti giuridici, impone un diverso modo di indagare il 'giusto' attinente al fatto in esame, e ciò per la necessità di ovviare in qualche modo al possibile rischio di presumere che l'es-

(24) Per un quadro sintetico ma articolato delle soluzioni di volta in volta prospettate, si veda in particolare E. CORECCO, *La 'Sacra Potestas' e i laici*, in *Studi parmensi*, XXIX, 1981, pp. 62 ss.; K. NASIŁOWSKI, *Distinzione tra potestà d'ordine e potestà di giurisdizione dai primi secoli della Chiesa sino alla fine del periodo dei decretisti*, in *Potere di ordine e di giurisdizione. Nuove prospettive*, a cura di KAISER, FISCHER, NASIŁOWSKI, Roma, 1971, pp. 93 ss.; P.A. BONNET, *Dritto e potere nel momento originario della 'potestas hierarchica' nella Chiesa. Stato della dottrina in una questione canonicamente disputata*, in *Ius Canonicum*, 15, 1975, pp. 77 ss.

(25) *Tess I*, 5, 21.

serci del fatto, poiché reiterato nel tempo e argomentativamente teorizzato, ne attestò, garantisca o ratifichi di per sé la 'giustizia': di conseguenza è necessario studiare il dato che emerge dalla storia in senso critico, secondo tutta l'apertura razionale di cui è capace l'uomo che, consapevole dei propri limiti ma pure lanciato nella sfida della conoscenza, cerca di penetrare la realtà per interesse al vero.

Lo studioso, e nel caso concreto il canonista — previo approfondimento della conoscenza del singolo fenomeno, inquadrato nel contesto storico, politico e culturale in cui si è dato, in forza però del personale patrimonio culturale cui mai nessuno potrà rinunciare del tutto, e attraverso una sua lettura dinamica che permetta di coglierne gli aspetti sostanziali a fronte di quelli accidentali — è chiamato a dare *nomen* giuridico al fatto, qualificandolo e sistematizzandolo secondo le categorie di cui si avvale nella propria opera tecnica, ponendo in luce eventuali analogie o nessi con figure già note e meglio delineate, indirizzandone gli sviluppi, sostenendone un più compiuto, funzionale e giusto, per quanto sempre perfezionabile, assetto.

Così il peculiare fenomeno dell'emergere nella storia della Chiesa di forme di esercizio anomalo di potere *vere ecclesiasticus* impone allo studioso di ripartire nella sua problematica e critica opera di indagare il giusto attinente allo specifico fatto, e di individuarne gli effetti (tra questi, in particolare, anche se in senso lato, le posizioni assunte al riguardo dall'autorità ecclesiastica; l'accoglienza riservata allo stesso fatto dalla comunità ecclesiale; nonché le ragioni espresse *pro* o *contra* da chi, talora in tempi reali, o in ogni modo nel lasso di tempo che separa dal fatto indagato, si sia già trovato impegnato ad esprimere un giudizio tecnico e valorativo riguardo ai connessi profili di giustizia).

Per chi inizia ad indagare un qualsiasi oggetto, patrimonio insostituibile è offerto dal lavoro di quanti lo hanno preceduto in ricerche che hanno toccato in modo diretto, o anche solo per tangente, il medesimo oggetto. È evidente una sorta di corresponsabilità nell'opera di conoscenza tra chi se ne assume — con espliciti intenti o nei fatti — l'impegno, nel senso che nell'atto del conoscere non si può prescindere dalla felice (e foriera della plausibile possibilità di impostare l'indagine in senso critico) evidenza di inserirsi in un lento processo dove il sapere acquisito, anche negli aspetti ancora appena abbozzati — e tanto più negli aspetti dei quali oltre a forme nette, già ben si dia vasta gamma di sfumature di colore —, costituisce la ricchezza e l'avanzato punto di partenza per il novello Ulisse,

cui tocca far buon uso di detto patrimonio, mettendone sempre più in luce l'identità specifica, anche attraverso la ripresa dell'accennata attività critica, quando se ne intuisca — per quell'intuito che è certo gran virtù di chi ricerca — la necessità.

L'osservatore di oggi rispetto al fatto di ieri si trova così in una posizione sempre nuova ed interessante, perché nel trascorrere del tempo è vero che il fatto si fa più lontano, il che rende via via meno praticabile la strada della conoscenza diretta, ma il perfezionarsi degli strumenti d'indagine e il moltiplicarsi dei comuni sforzi di conoscenza che si vanno facendo, secondo molteplici e differenziate prospettive d'affronto, sono a pro di una possibile maggiore conoscenza indiretta. Lo studioso non può pertanto percepirsi solo nella propria intrapresa, per quanti profili di assoluta novità possano contraddistinguere lo specifico oggetto posto a tema.

E solo quindi non sarà mai chi voglia tornare ad indagare quei fenomeni caratterizzati dall'esercizio anomalo di un potere *vere ecclesiasticus* — attinenti al più ampio tema dell'esercizio della potestà di giurisdizione nella Chiesa — che da sempre hanno interessato tanti studiosi, ma ancor prima, tanti uomini sui quali nella vita di ogni giorno si sono riversati gli effetti.

A questo punto a chi scrive tocca di riprendere in qualche modo le fila di un discorso abbozzato con l'intento di cercare di rilanciare le problematiche relative al nesso che va colto tra titolarità ed esercizio del potere nella Chiesa — continuando tutt'oggi la visione bipartita della potestà di ordine e della potestà di giurisdizione ad offrire gli strumenti necessari, benché perfettibili, per comprendere la funzionalità, se non già l'ontologia, della *sacra potestas* —, e significato dell'attribuzione del sacerdozio comune operata con il battesimo e del sacerdozio ministeriale operata con l'ordine sacro.

In considerazione della coscienza maturata dalla riflessione conciliare, e come documentato in questo scritto, giusti i pur veloci riferimenti a precisi dati storici, il popolo di Dio nasce ed è voluto come popolo sacerdotale, dove ognuno è chiamato a partecipare della personalità regale di Cristo, tale perché consapevole del compito ed obbediente alla volontà del Creatore. È il battesimo, gesto col quale il Mistero rivelato riafferma su ogni uomo che lo riceve la Sua paternità e la Sua volontà di rapporto, ad immettere in questa genia sacerdotale, per la quale è scelto un *presbyterium*, cui è affidato il compito di ripetere con autorità l'annuncio dell'avvenimento di Cristo, di governare la comunità e gli organismi ecclesiali, provvedendo anche al-

l'amministrazione dei beni comuni, in particolare della Parola e dei Sacramenti, di dettare norme utili a rendere possibile e più spedito il passo di ognuno verso il proprio compimento per la *salus animae*.

Il ministero sacerdotale, quindi, è per accompagnare il cammino del popolo, ogni componente del quale partecipa del sacerdozio comune per l'immedesimazione a Cristo operata per mezzo del battesimo. La gerarchia risulta dal numero di quanti ricevono il sacramento dell'ordine nell'ininterrotta successione apostolica: ma la figura che ne emerge non costituisce un corpo a sé (essendo priva di quegli elementi necessari ad un corpo per essere tale), bensì lo scheletro di una realtà unitaria più estesa e ricca di componenti: il popolo di Dio. E come i tendini, le cartilagini e taluni muscoli hanno una relazione funzionale più immediata con lo scheletro, mentre altri elementi del corpo sono più 'periferici' ma non per questo meno essenziali, così anche nella Chiesa si danno, nella sempre comune appartenenza all'unico corpo, prossimità e distanze, caratterizzate queste da dinamiche continue (segno a loro volta della dinamica che si sviluppa tra la fragile libertà dell'uomo e la grazia di Dio) che la metafora⁽²⁶⁾ cui si fa ricorso non riesce a rendere, ma che pure non sfuggono di certo all'osservazione.

In ogni corpo complesso sono ammissibili, anzi prevedibili, fenomeni anomali, talora indice di trasformazioni fisiologiche, talora di vere e proprie alterazioni. C'è un momento in cui dette trasformazioni od alterazioni devono essere diagnosticate, perché maturi un giudizio valorativo che le colga in nesso con gli altri fattori della realtà, potendosene così trattenere l'apporto positivo e correggere i fattori spuri, giammai con una pretesa di perfezione, ma certo per una tensione alla perfettibilità che non censura la contraddizione del limite umano. Ogni episodio di esercizio anomalo del potere nella Chiesa può, quindi, essere riguardato e valorato a partire da alcuni postulati (tali per la loro evidenza che, anche grazie alla recente riflessione conciliare, hanno acquisito una rinnovata coscienza forte di più esplicite ragioni), quali l'attribuzione del sacerdozio comune in forza del battesimo ad ogni membro del popolo di Dio, la ministe-

(26) Facendo ricorso alla stessa metafora del corpo umano, Giovanni Crisostomo invita a rendersi conto che «*nos omnes unum corpus esse, tantumque dumtaxat inter nos differre, quantum membra a membris differunt: ac proinde ne omnia ad sacerdotes reiciamus; quin potius nos Ecclesiae totius, perinde ac communis corporis, cura afficiamur*» (cfr. P.G. 61, 527).

rialità della *sacra potestas*, la primazia nella Chiesa del compito di sostenere (con il rinnovare l'annuncio del fatto cristiano ed il dispensare gli strumenti della salvezza) la maturazione in ogni battezzato della propria personalità di *alter Christus*, per il bene del mondo e la *salus animae*.

LUCIA GRAZIANO

Pagina bianca

Rassegna di bibliografia

Recensioni

Pagina bianca

AA.VV., *Derecho Eclesiástico del Estado Español*, 4 Edizione, EUNSA, Pamplona, 1996, p. 376.

Aun no han terminado de publicarse en las diversas revistas jurídicas las recensiones al «Tratado de Derecho Eclesiástico del Estado», editado en el año 1994 por EUNSA, Pamplona — cuya obra, de gran envergadura, se publicó a cargo del Instituto Martín de Azpilcueta —, cuando por la propia Editorial, y a cargo su promoción por el mismo Instituto, aparece, a los dos años, esta Cuarta Edición renovada del «Derecho Eclesiástico del Estado Español».

1. Esta nueva obra, reedición de otra anterior, ve la luz pública movida por el deseo de que sirva de manual de Derecho Eclesiástico a los alumnos de las Facultades de Derecho de las Universidades españolas. Mas por ser también obra colectiva de autores, catedráticos de la Universidad española, podría pensarse que lo ahora publicado vendría a ser simplemente obra resumida de los propios trabajos del anterior libro, el Tratado, hecha en gran medida por los mismos autores. Por el contrario, estas diversas aportaciones de autores, que colaboran en el presente manual, tienen una historia bien distinta y anterior al Tratado, aunque haya algunas coincidencias en cuanto a sus colabora-

dores, si bien la minoría de ellos; sin embargo, tales coincidencias no responden siempre siquiera, en cuanto al tema respectivo objeto de estudio, con el que el mismo autor expuso en el referido tratado. Son, pues, obras de distintas dimensiones, con mayor número de colaboradores el Tratado, elaborados con objetivos y destinatarios bien diversos, y la que ahora se reseña cuenta, además, con una historia más antigua: aparecida por primera vez, hace dieciséis años cuando aun Pedro Lombardía, fallecido en 1986, impulsaba con su iniciativa, y su científica laboriosidad, el Instituto Martín de Azpilcueta.

En la primera edición de la presente obra se la calificaba como «germen de un manual de Derecho Eclesiástico del Estado». Las sucesivas ediciones de 1983 y 1993 tuvieron que ser revisadas, principalmente para su actualización al Derecho vigente en esos momentos, pero a su vez no faltaron los retoques oportunos de los propios autores. El panorama jurídico eclesiástico español produjo la Ley Orgánica de Libertad Religiosa, que fue promulgada en 1980 y que arrastró, tras ella, unas consecuencias notables de carácter normativo para su aplicación, aparte de las que se fueron también produciendo consiguientemente a los Acuerdos de la Santa Sede y el Estado Español de 1979, con no po-

cas incidencias judiciales. Todo ello fue teniendo la subsiguiente repercusión en el Derecho Eclesiástico del Estado Español a través, también, de una doctrina cuyas fuentes jurisprudenciales han sido principalmente el Tribunal Constitucional, el Tribunal Supremo y los distintos Tribunales Superiores de Justicia de las diversas Comunidades Autónomas. A esto ha de sumarse la acogida que en nuestro ordenamiento se ha producido, a partir de 1992, como efecto de los tres Acuerdos de cooperación firmados respectivamente en 1992 por el Estado Español con la Federación de Comunidades israelitas de España, con la Federación de Entidades religiosas evangélicas y con la Comisión islámica de España.

2. Volver a editar en 1996 esta obra, de la que ahora se da noticia, requería hacer una edición «renovada», término con el que el Instituto Martín de Azpilcueta califica la actual publicación. De aquel «germen» de manual los autores han pasado decididamente a convertir el libro en un «manual», comprensivo de la materia, sistemático, homogéneo, con una cuidada atención a la selección de los textos legales, a la doctrina jurídica últimamente elaborada y a la jurisprudencia. En esta renovación, aparte de esas actualizaciones por los motivos a los que antes hemos referido, se han cuidado también en gran manera las nuevas aportaciones doctrinales, españolas y extranjeras, con las que se evidencia el gran relieve que ha venido adquiriendo en España el estudio del

Derecho Eclesiástico, en el nuevo contexto constitucional español. Esta importancia viene especialmente motivada no sólo por las diversas fuentes legislativas puestas en juego, unas de derecho interno y otras productos de convenciones internacionales o que a estas puedan analogarse, sino también por la incorporación de la presente disciplina, como asignatura obligatoria, a los nuevos planes de estudios de las Facultades de Derecho de las Universidades Españolas, que ha incrementado el interés de los estudiosos por estos temas y un crecimiento en el número y en la calidad incluso de sus cultivadores.

Al Catedrático de esta asignatura en la Facultad de Derecho en la Universidad de Zaragoza, Javier Ferrer Ortiz, a su vez Investigador Agregado del Instituto promotor de la edición, corresponde el mérito de la coordinación de los trabajos, la unificación de citas y la presentación y sistematización por último de la obra reseñada. Con su laboriosa dedicación ha conseguido que pueda ser contemplada esta obra de modo unitario, según una sistemática bien pensada, carente de reiteraciones, homogénea a pesar de la diversidad de sus colaboradores.

3. La noción y encaje del Derecho Eclesiástico del Estado, sus precedentes históricos relativos a las relaciones entre poder temporal y poder espiritual, la descripción de los sistemas actuales referidos a estas relaciones, la misma libertad religiosa como derecho humano, son los temas estudiados en el *Capítulo I*

(pp. 23-68). En principio, elaborado por Pedro Lombardía, ha sido más tarde completado por la colaboración de Juan Fornés, actual Profesor Ordinario de esta asignatura en la Facultad de Derecho de la Universidad de Navarra. Asimismo, los citados autores son quienes suscriben como autores el *Capítulo II* (pp. 69-114) dedicado a las *Fuentes del Derecho Eclesiástico*. Referidas fundamentalmente a las fuentes históricas y actuales de este Derecho en el ordenamiento español, se distinguen, al exponerlas, en dos grandes grupos: las de origen pacticio y las que tienen como origen unilateral el ser producto de la actividad legislativa del Estado Español. Por último, se expone la relevancia jurídica que en el ordenamiento español tiene el régimen de las Confesiones religiosas.

El *Capítulo III* (pp. 115-152) se titula *Los Principios Informadores del Derecho Eclesiástico del Estado Español*. La aportación de Pedro Juan Viladrich, expuesta en la primera edición de la presente obra, destacó ya la importancia del factor religioso y cómo este influye inspirando e informando al Derecho del Estado, para lo que se sirvió del estudio detenido de esos principios informadores: el de libertad religiosa, el de laicidad del Estado, el de igualdad ante la ley y el de cooperación. Significó entonces una clarificadora lección de carácter fundamental sobre una materia jurídica poco elaborada antes entre nosotros, por lo que en aquel año 1980 supuso una auténtica novedad para la mejor comprensión del Derecho

Eclesiástico en España, que en aquella época comenzaba a dar sus primeros pasos con independencia del antiguo Derecho Concordatario. En la redacción del nuevo capítulo ha colaborado con el Prof. Viladrich el propio coordinador de la obra publicada, el Prof. Javier Ferrer Ortiz. Con esta colaboración se ha enriquecido y completado una doctrina jurídica madurada científicamente, si bien no deje de encontrarse ya todas las ideas inspiradoras en la edición del año ochenta.

El *Capítulo IV*, sobre *tutela de la libertad religiosa* (pp. 153-187) es obra de Mariano López Alarcón. Nos hallamos ante un completísimo trabajo que comprende tanto la tutela penal como la tutela administrativa, en cuyo apartado incluye el tratamiento legal de los días festivos religiosos y otras observancias religiosas como son, por ejemplo, la protección de alimentos con especial significación religiosa. El autor, en su afán de abarcar toda cuestión que pueda relacionarse con la tutela de la libertad religiosa, dedica un apartado a la tutela del menor en este tema. Pone término a su acabada colaboración cuando expone las diversas jurisdicciones — constitucional, ordinaria, internacionales — implicadas en la tutela jurisdiccional del ejercicio de este derecho y concluye con la descripción de los órganos de la Administración civil española a los que compete ejercer la función relacionada con el respeto y ejercicio de los derechos que derivan de la libertad religiosa, y concretamente la

competencia que se atribuye al Ministerio de Justicia.

El *Capítulo V* es obra de Rafael Navarro Valls y estudia en él lo que designa, en plural, como *Las objeciones de conciencia* (pp. 189-217), que se extiende desde la clásica objeción al servicio militar a la que puede darse en las relaciones laborales, pasando por la objeción al aborto y a determinados tratamientos médicos. El autor informa sobre todas esas objeciones, partiendo de ciertas experiencias legales y jurisprudenciales, ocurridas fuera de España, lo que permite fijar una noción de cada uno de esos tipos de objeciones para referirse inmediatamente a su consideración en cada hipótesis por el Derecho español, para terminar su colaboración con « otras formas » de objeción de conciencia en las que incluye, unas en el ámbito educativo, otras en el de los juramentos promisorios, y por último se refiere a la imposibilidad de ser integrado como miembro de un jurado, tema este último que se ha suscitado recientemente en España por entenderse, por algunos autores, que los eclesiásticos de la Iglesia Católica debieron ser incluidos — por incompatibilidad con su misión sacerdotal — en la relación de personas que pueden excusarse de tal participación, a pesar de que la ley española nada diga al respecto.

4. Los llamados *sujetos colectivos confesionales de derecho eclesiástico* son estudiados por Mariano López Alarcón en el *Capítulo VI* (pp. 219-264). Lo inicia por una serie de apartados diversos con el objeto

de distinguir los grupos religiosos, los movimientos religiosos y las sectas. Después tratará de las Federaciones y dedicará una especial atención a lo que designa como « Entidades religiosas », distinguiendo lo peculiar de la posición jurídica de las confesiones y entidades en el Derecho español y la que tiene a su vez la Iglesia Católica y sus propias entidades. En cuanto al derecho de las personas jurídicas eclesiásticas, a gozar de un reconocimiento civil de su personalidad, lo enfoca como efecto de una especie de procedimiento técnico al que designa con el término *personificación*, al que le otorga naturaleza constitutiva, quizá propia, tal característica, a nuestro parecer, de la personalidad civil de las Confesiones y Comunidades religiosas no católicas. Distingue, según el Acuerdo Jurídico con la Santa Sede, la personificación de las entidades de la Iglesia Católica según se haga por notificación, por ministerio de la ley y las que requieren la inscripción en el Registro de entidades religiosas. Son de gran interés el estudio de los efectos de esa « personificación civil »; y termina su colaboración con un especial estudio referido a las entidades religiosas de carácter benéfico.

También a Mariano López Alarcón le ha correspondido exponer la materia de *la asistencia religiosa*, a la que se asigna el *Capítulo IX* (pp. 305-326). Su estudio se desarrolla fundamentalmente en los cuatro clásicos planos de la asistencia: en las fuerzas armadas, en las instituciones penitenciarias, en los centros

hospitalarios y en los centros benéficos y de asistencia social. La consideración, en el tema de la asistencia religiosa, de los Acuerdos de colaboración de 1992 con la FEREDE, la FCI y la CIE, muestra las peculiaridades que se ofrecen, en un tema que no deja de ser novedoso para el ordenamiento jurídico español. El último apartado del presente capítulo trata de la «asistencia religiosa impropia». Con esta terminología se está refiriendo, de una parte, a la asistencia religiosa de grupos humanos estables o de larga duración, de carácter homogéneo, pero que no tienen dificultades o impedimentos para acudir a los lugares de culto: se contempla, en estos grupos a emigrantes, turistas establecidos por temporadas en grandes urbanizaciones, situaciones originadas por ciertos eventos deportivos, culturales, etc.; y, de otra parte, se incluye también bajo la referida terminología la asistencia religiosa, por razones de oportunidad, en los propios centros públicos de enseñanza. El estudio de estas situaciones son merecedoras, efectivamente, de una cuidadosa atención que el autor del capítulo le ofrece con su habitual maestría.

Al profesor José María González del Valle le han sido atribuidos los capítulos VII, VIII y X. El primero de ellos tiene por objeto el estudio del *régimen económico, patrimonial y fiscal* (pp. 265-288): en la variedad de los temas a tratar consigue el autor una síntesis muy completa, sin soslayar las dificultades que puede ofrecer hoy el derecho tribu-

tario al gravar propiedades no rentables y actividades en las que la gratuidad de sus servicios es su nota característica, aparte de la relevancia que para la Iglesia Católica tienen los lugares de culto y los archivos y registros, así como la importancia que ha adquirido este patrimonio para el Estado español en la actualidad, especialmente motivado a favor de la conservación y desarrollo de la vida cultural de los ciudadanos, y con cuyos programas se intenta cumplir una función de trascendental importancia sirviéndose de bienes que pertenecen, en gran parte, a la Iglesia Católica y son a su vez significativos de la historia, del arte y la cultura del pueblo español.

En los *Capítulos VIII* (pp. 289-304) y *X* (pp. 327-350), dedicados respectivamente a *los ministros de culto y a la enseñanza*, también González del Valle ha tenido que atender cuestiones muy vivas, unas por clásicas y permanentes, como la del servicio militar o la del secreto ministerial, otras por nuevas como la del régimen laboral en los religiosos o la de la Seguridad Social para clérigos y religioso. En cuanto a la enseñanza, porque esta cuestión no deja de ser uno de los puntos más conflictivos en las relaciones de la Iglesia Católica y el Estado Español — que tiene también sus repercusiones peculiares en las Confesiones que quedaron amparadas bajo los Acuerdos de 1992 —, tanto si se trata del gran tema de las libertades, tanto las de las libertades enseñanza y de cátedra, como

en lo que se refiere al respeto que merece el ideario de los Centros docentes, así como en lo relativo al tema de la enseñanza religiosa en los Centros públicos, unida a la cuestión de la financiación pública de la enseñanza cuando es impartida por Centros docentes de iniciativa social.

Por último, en el *Capítulo XI* y último, se expone lo relativo al *matrimonio religioso* (pp. 351-376). Notoria es la aportación que Rafael Navarro Valls viene haciendo, a lo largo de su vida académica, tanto al Derecho matrimonial canónico como al estudio de actual sistema español matrimonial. En este capítulo, el autor vuelve, en su exposición, cuanto trata de la eficacia civil del matrimonio canónico, a distinguir su momento constitutivo de celebración del de su fase de inscripción, al que denomina «momento registral».

Asimismo dedica gran atención a lo que designa como fase crítica del matrimonio, en la que incluye tanto los procesos de separación como los de nulidad de matrimonio canónico, señalando la falta de eficacia civil de las sentencias canónicas de separación y dedicando una especial atención y de la disolución del matrimonio rato y no consumado. En esta exposición, el autor ha dado la debida relevancia a la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo español, de 23 de Noviembre de 1995, que ha venido a poner luz en un tema que, excluido en principio de la casación, pudo originar una situación de perplejidad como

consecuencia de decisiones contradictorias procedentes de diversos órganos judiciales de instancia. El Capítulo termina con el estudio de la eficacia civil de los matrimonios de las minorías religiosas, en el Código Civil y según los Acuerdos de cooperación de 1992 con las Confesiones no católicas, incluidas grupalmente bajo las siglas FEREDE, si son cristianas, FCI si se trata de Comunidades israelitas, y CIE que engloba a las Comunidades pertenecientes al Islám.

5. El manual de «Derecho Eclesiástico del Estado Español», que acabamos de reseñar, no deja de ser una síntesis muy elaborada por cada uno de los maestros, ilustres colaboradores en esta obra de conjunto. Pero no cabe decir que sea un manual que pudiéramos calificar de elemental ni que se trate siquiera de una obra en cierto modo al servicio de la divulgación. Dada la extensión del libro reseñado, la relevancia científica de sus colaboradores y la homogeneidad que transpiran todos y cada uno de los capítulos, cuyo mérito habrá de adjudicarse a su Coordinador, nos encontramos con una excelente obra unitaria, bien presentada por la Editorial EUNSA, y que, si dirigida a los alumnos universitarios, ofrece una excelente información tanto a quienes se dedican a la enseñanza en las Universidades del Estado, como al profesional interesado en la consulta de cualquiera de las cuestiones tratadas en el libro.

Carmelo de Diego-Lora

AA.VV., *Error, ignorancia y dolo en el consentimiento matrimonial canónico* (Juan Ignacio Bañares ed.), EUNSA, Pamplona, 1996, p. 278.

Questa opera, diretta dal professore J.I. Bañares, Ordinario di Diritto Matrimoniale presso la Facoltà di Diritto Canonico dell'Università di Navarra (Pamplona), raccoglie la maggior parte degli interventi del XVIII *Curso de Actualización* tenutosi a Pamplona nei giorni 21-23 settembre 1994.

Dopo aver studiato in corsi precedenti i temi dell'incapacità e della simulazione, il Comitato organizzatore durante il 1994 ha rivolto la sua attenzione sull'errore, sull'ignoranza e sul dolo durante il 1994. Tutto ciò in seguito all'interesse e alla rilevanza che ha acquisito il trattamento giuridico di questi capi di nullità dopo la promulgazione del Codice di Diritto Canonico dell'83. Il testo legislativo in vigore riprende in parte le disposizioni in materia raccolte nella codificazione Pio-Benedettina, introducendo però alcune novità (forse, non tante, come alcuni hanno voluto vedere).

I capi di nullità riguardanti l'errore e l'ignoranza erano riportati nei can. 1082 (errore sostanziale), 1083 § 2 (errore in qualità), e 1084 (errore sulle proprietà) del vecchio codice. Il Codice dell'83 ha raccolto l'esperienza nell'applicazione di queste fattispecie da parte dei tribunali ecclesiastici, soprattutto della Rota Romana. Il risultato è stato la riformulazione dei capi sull'errore (il can. 1096 riprende l'errore so-

stanziale, il 1097 § 2 l'errore in qualità, ed il 1099 l'errore sulle proprietà essenziali e la sacramentalità) e l'introduzione della nuova fattispecie del dolo (can. 1098). Ciò che questi capi di nullità hanno in comune e che giustifica una raccolta di studi come questa è il fatto che si tratta di vizi che intaccano l'elemento intellettuale nella formazione del consenso matrimoniale.

Per quanto riguarda la prospettiva dei diversi studi, come viene affermato nella presentazione dell'opera, questi si collocano in linea di massima su tre livelli diversi: nel primo si vuole mostrare il fondamento dei capi di nullità, mettendo in rilievo il bene giuridico protetto e la sua connessione con le dimensioni antropologiche e psicologiche della persona umana; riguardo a questa prospettiva, è stato esaminato, soprattutto, il rapporto intelletto-volontà. Nel secondo livello viene presentato uno studio rigoroso del testo legale, che delimita l'oggetto, la portata, i requisiti e gli altri elementi della norma positiva contenente i diversi capi di nullità studiati. Il terzo livello è quello pratico, dell'esperienza giuridica, con tutti i problemi e le sfumature che può presentare l'applicazione di ogni capo. Se risulta complesso portare a termine una riflessione teorica sull'argomento dell'errore, lo è pure — e forse ancor di più — un'analisi sulla sua applicazione pratica, nella misura in cui si voglia scoprire la vera intenzione di colui che si trova in una situazione di errore e, attraverso le prove dirette e indirette e le presun-

zioni, scoprire la vera incidenza nel consenso matrimoniale.

A nostro avviso, è questa una delle principali qualità dell'opera: non si limita a trattare gli aspetti meramente teorici o strettamente pratici, ma dà una visione più completa, partendo dai fondamenti e arrivando ai problemi che si presentano nell'applicazione concreta.

Il primo lavoro, di considerevole ampiezza, è del professore Eloy Tejero, dell'Università di Navarra, e ha come titolo *Error e ignorancia sobre la identidad del matrimonio* (pp. 17-130). Il suo scopo è quello di introdurre l'argomento in generale e di fornire, in certa misura, una visione d'insieme sull'influenza di questi vizi sulla validità del matrimonio, anche se tratta principalmente l'argomento specifico dell'errore sostanziale. Muovendo dal suo sviluppo storico, l'autore espone i diversi problemi e le soluzioni date dalla dottrina e dalla giurisprudenza. Quel che rimane chiaro è che è stato e continua ad essere un argomento travagliato, non privo di contrasti e dibattiti.

Dopo una breve introduzione riguardante gli aspetti antropologici e psicologici dell'ignoranza, dell'errore e dell'atto volontario, inizia il percorso storico di questo capo di nullità. Dal silenzio del diritto canonico classico sugli elementi che non si potevano ignorare, passa ad esporre l'apporto, di grande importanza, del Gasparri, poiché prevalse cristallizzando nella codificazione del 1917 la distinzione concettuale tra errore di diritto *contra matrimonio obiectum* ed esclusione *contra*

matrimonii substantiam. Il capitolo successivo è stato dedicato dall'autore al difficile percorso del canone 1082 del CIC'17, che ha reso uniformi per la prima volta, gli elementi necessari per la manifestazione di un valido consenso, e si rivelò subito di non facile interpretazione ed applicazione a causa della polisemia dei termini impiegati. L'autore fa molteplici riferimenti sia dottrinali sia giurisprudenziali che danno prova di questa difficoltà. Il percorso termina con la considerazione dell'attuale can. 1096.

Il punto nodale dello studio è la delimitazione del contenuto di quello che — anche se ha ricevuto diverse denominazioni — può qualificarsi come *identità* del matrimonio, necessario per poter dare una corretta interpretazione e fare una adeguata applicazione dei capi sull'errore. A tale proposito presta particolare attenzione ai termini con i quali si fa riferimento alla natura del matrimonio: *societas permanens inter virum et mulierem ad filios procreandos* (CIC 1917) e al cambiamento operato nel CIC 1983, che parla di *consortium* invece che di *societas*. Mette in rapporto il capo dell'errore sull'identità con gli altri capi sull'errore.

La conclusione principale cui giunge l'autore dopo questo lungo studio, è l'affermazione del necessario rapporto esistente tra il capo dell'errore sull'identità del matrimonio e quello dell'incapacità di assumere (attuale can. 1095): gli elementi che delimitano l'identità del matrimonio offrono una solida base psicologica perché i contraenti, essen-

do informati su di essi, possano assumere gli oneri derivanti dei medesimi. Infatti, quando si è tentato di fare una interpretazione ed applicazione del capo dell'errore sull'identità scollegato dell'incapacità, non è stato possibile giungere a risultati soddisfacenti, come ha dimostrato il percorso del can. 1082 del vecchio codice.

I due articoli che seguono sono dedicati allo studio del can. 1097 § 2, che regola l'errore in qualità diretta e principalmente voluta. È il professore Bañares che si occupa per primo dell'argomento (*Error causam dans y error en cualidad directa y principalmente pretendida*, pp. 131-146). Si tratta di un articolo piuttosto breve, ma che ha il pregio di esporre i diversi argomenti con chiarezza e profondità. L'autore incentra l'esposizione sugli aspetti più sostanziali, muovendo dal rapporto intelletto-volontà. Viene attuato un confronto con i fondamenti del dolo e si aggiungono altri particolari come la rilevanza dell'errore detto *causam dans contractui*, e il ruolo della volontà interpretativa nel contesto dell'errore all'interno del sistema matrimoniale canonico.

Il professore Félix López Zarzuelo, dell'Università di Valladolid, tratta lo stesso argomento dal punto di vista pratico, analizzando gli elementi di prova di questo capo in ambito forense (pp. 147-175). L'autore afferma, nell'introduzione al suo intervento, che questo è stato incentrato sulle principali questioni di carattere processuale, sorte dall'applicazione del nuovo Co-

dice. L'autore muove dalle opinioni dottrinali più autorevoli su questo capo: Tommaso d'Aquino, Tomás Sánchez e S. Alfonso L., con le sue celebri tre regole. Dedicasi un amplissimo spazio all'analisi del percorso giurisprudenziale, riportando numerosi riferimenti di sentenze rotali, che offrono al lettore la possibilità di seguirne l'evoluzione. Inizia da quelle che hanno preceduto la codificazione del 1917; viene fatto riferimento alla giurisprudenza subito dopo la promulgazione del vecchio codice, a quella degli anni 50-60 e, infine, a quella immediatamente precedente al Codice dell'83, mettendo in rilievo alcune contraddizioni e soffermandosi sulla svolta avvenuta in seguito alla sentenza c. Canals del 21 aprile 1970. Da questa sono scaturiti principi spesso citati dalla giurisprudenza posteriore. Anche se con esitazione da parte di qualche uditore, finalmente è prevalsa la linea iniziata con questa celebre sentenza, che applica la terza regola di S. Alfonso. In conclusione l'autore espone in modo sintetico — e a nostro avviso molto chiaro — i diversi mezzi di prova adoperati attualmente per questo capo di nullità, offrendo così una utile sintesi dei medesimi.

L'analisi del can. 1099 è stata affidata a José Tomás Martín de Agar, Professore Ordinario del Pontificio Ateneo della Santa Croce, nonché giudice del Tribunale Regionale del Lazio, ed a Kenneth Boccafolo, Uditore della Rota Romana, entrambi con una ampia esperienza forense.

Il primo si è occupato dell'errore sulle proprietà essenziali (pp. 177-208), incentrando l'esposizione sugli aspetti e problematiche pratiche, fornendo dei suggerimenti, di grande interesse, per poter distinguere questa figura da altre che hanno punti in comune. Nel lavoro si possono distinguere tre parti. Nella prima l'autore delimita la figura, distinguendola da altre quali la simulazione o la condizione. Successivamente l'A. espone il nocciolo del dibattito dottrinale intorno a questo capo, che ha la sua radice nel problema della validità del matrimonio degli eretici o infedeli che non credono nella sacramentalità, estesosi ai casi di errore che riguardano le proprietà essenziali dell'unità e l'indissolubilità. Nella seconda parte fa un'analisi personale sulla portata dell'attuale can. 1099: questo non sarebbe, a suo modo di vedere, *innovativo* nei confronti del vecchio can. 1084. Soffermandosi sull'errore *causam dans*, afferma il suo carattere non semplicemente teorico o intellettuale, e il carattere sostanziale dell'errore sulle proprietà essenziali. Nella terza parte tratta dei mezzi di prova, che seguono lo stesso schema della simulazione per l'affinità di queste due figure sul piano dei fatti.

Il professore Boccafolo ha esposto l'argomento dell'errore sulla dignità sacramentale del matrimonio (pp. 209-235), soffermandosi sulle più recenti opinioni degli studiosi sull'argomento e sulle attuali linee della giurisprudenza rotale. Ha iniziato lo studio facendo riferimento

ad alcuni presupposti come la mancanza di fede nei matrimoni dei cattolici, l'inseparabilità tra contratto e sacramento, e la netta distinzione tra dignità sacramentale e *bonum sacramenti*. In seguito si trattiene nella spiegazione del concetto di dignità sacramentale nel contesto dell'attuale Codice, nei canoni 1055 § 1 e 1099. L'autore parla della dignità sacramentale come alleanza coniugale naturale tra battezzati trasformata in segno e fonte di grazia: cioè in uno dei sette sacramenti della Nuova Legge. È una nozione importante per capire il piano su cui incide questa dimensione del matrimonio tra battezzati: cioè quello ontologico-sacramentale. Fa riferimento alle due tesi estreme: quella che giudica la sacramentalità come *quid accessorium* e quella di Grochowski, confermata dall'attuale Codice e linea giurisprudenziale, che considera l'esclusione della dignità sacramentale come capo autonomo di nullità. L'autore fa palese la sua posizione nel senso di considerare la sacramentalità come *quid accessorium*, condividendo la posizione di altri autori come T. Rincón Pérez. Pertanto, la mancanza di fede può essere causa di esclusione, ma non è di per sé esclusione del matrimonio.

Nell'ultima parte analizza la giurisprudenza rotale recente in materia, considerando le varie impostazioni di coloro che vogliono sposarsi nei confronti della sacramentalità del matrimonio, e le diverse soluzioni applicate dalla Rota Ro-

mana. Sono molto validi e di grande utilità per l'applicazione di questo capo, nell'ambito dei tribunali ecclesiastici, i suggerimenti sugli indizi probatori. Rimangono tuttavia in sospeso alcuni punti come quello del rapporto tra questo tipo di errore e quello sulle proprietà essenziali.

Completa l'opera lo studio sul nuovo capo di nullità: il dolo. Esso si compone di due interventi che si completano a vicenda. Il primo, del prof. J. Fornés, titolato *Error y dolo: fundamentos y diferencias* (pp. 237-258), riguardante gli aspetti di fondamentazione e si propone di rispondere alle seguenti questioni: differenze e somiglianze tra errore e dolo; individuazione della *ratio* della nullità provocata dal dolo: se questa proviene dall'errore o ha un carattere punitivo o vendicativo; la relazione tra errore del can. 1098 e dolo che lo provoca; per ultimo, il fondamento dell'irretroattività di questo canone.

L'autore dedica un primo capitolo ai rapporti tra errore e dolo, basandosi sull'autorità di autori classici, come S. Tommaso, Tomás Sánchez e S. Alfonso L. In seguito espone gli elementi per la fondamentazione del capo del dolo, affermando che la finalità del medesimo non è punitiva, e che la nullità proviene dall'errore dolosamente causato: cioè, dalla congiunzione dell'errore e dall'inganno che lo ha provocato, e che il bene giuridico protetto è la libertà personale dei contraenti. Il seguente punto è il rapporto col Diritto Naturale, con-

cludendo che avendo il dolo in qualche modo un collegamento col Diritto divino-naturale, nel suo profilo specifico all'interno del Codice dell'83 è una figura di diritto positivo, con le stesse caratteristiche delle leggi umane: cioè, l'irretroattività.

Il secondo intervento sul dolo, che conclude l'opera che stiamo commentando, è portato a termine dalla prof.ssa María Blanco, attuale vicedecano della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Navarra (pp. 259-278). Come abbiamo accennato prima, completa lo studio precedente soffermandosi sugli aspetti processuali: i requisiti e la prova. Il primo aspetto è la cornice legale in cui viene tipizzato il dolo; prende poi in considerazione i soggetti che intervengono: colui che provoca il dolo (mettendo in rilievo i due elementi rilevanti: intenzionalità e nesso tra dolo e consenso) e la *pars decepta*, per la quale è decisivo che sia stata veramente ingannata, indipendentemente dalla gravità del dolo *ut talis*. I due punti restanti sono dedicati alla qualità sulla quale ricade il dolo, e agli elementi della prova. L'analisi è molto chiara; l'articolo riporta abbondanti riferimenti alla dottrina recente.

Quasi necessariamente l'opera ha un difetto che proviene non dai contenuti, ma piuttosto dalla forma: mettere insieme interventi di autori diversi, implica cadere ogni tanto nella ripetizione. Inoltre, a nostro avviso, lo studio sarebbe stato più completo se fosse stato trattato anche dell'errore *in persona*. Non sono, comunque, mancanze che tolgano

no merito all'opera, il cui scopo è stato certamente raggiunto: fornire agli studiosi del diritto matrimoniale canonico una visione panoramica dei vizi di carattere intellettuale nella formazione del consenso matrimoniale.

Montserrat Gas i Aixendri

A. AL-AHMAR - A. KHALIFÉ - D. LE TOURNEAU (eds.), *Acta Symposii Internationalis circa Codicem Canonum Ecclesiarum Orientalium, Kaslik 24-29 aprilis 1995*, Université Saint-Esprit de Kaslik, Centre d'Édition et de Diffusion du Livre à l'USEK, Kaslik (Libano), 1996, p. 641.

Nella primavera dell'anno 1995 si è svolto a Kaslik — cittadina che si trova a circa dieci chilometri a nord di Beirut — il primo Symposium internazionale sul Diritto orientale, dopo i dolorosi anni della guerra civile che ha insanguinato questo bellissimo paese del Libano. Il Symposium è stato organizzato dalle Facoltà di Teologia e di Diritto dell'Università Saint-Esprit di Kaslik, dell'Ordine Libanese Maronita con la collaborazione della Facoltà di Diritto dell'Università Libanese (Beirut), della Facoltà di Diritto dell'Università Saint-Joseph di Beirut dei Gesuiti, dell'Istituto Superiore di Diritto la Sagesse (Beirut) dei Salesiani, e dell'Istituto Superiore di Filosofia e Teologia dei Padri Paulisti di Harissa. Nell'ultimo trimestre del

1996 sono stati pubblicati gli atti di questo Simposio, che ora commentiamo.

Quest'importante riunione scientifica è servita a ripristinare la gloriosa tradizione canonistica libanese e contemporaneamente, se non principalmente, a risvegliare la forte personalità della nazione libanese, culla di civiltazioni e maestra di convivenza tra i popoli. Infatti, la celebrazione di questo Symposium, in terra libanese, si spiega proprio per il ruolo centrale svolto dal Libano nella regione, ruolo che la recente visita di sua Santità Giovanni Paolo II ha ribadito con forza. Lungo i secoli, il montagnoso paese dei cedri è stato luogo di accoglienza per i cristiani e per popoli di tutti i credi che, sotto circostanze storiche di pressione, si sono stabiliti in quelle terre in un clima di serena coesistenza. Nel Libano vi sono rappresentanti di quasi tutte le tradizioni rituali della Chiesa e perciò sembra l'ambiente più adatto per un discorso indirizzato a tutte le Chiese orientali cattoliche, specie per quelle del Medio Oriente.

Il Symposium si proponeva di promuovere l'assimilazione del recente Codice dei canoni delle Chiese orientali, da parte delle Chiese a cui il CCEO è, appunto, indirizzato. Ma si prefissava anche di favorire la fruttuosa comunicazione tra le Chiese orientali stesse, e tra queste e la Chiesa latina, presente anche in quei territori. Infatti, al Simposio hanno partecipato tutti i capi delle Chiese cattoliche presenti in Medio Oriente. Quest'intendimento tra Cattolici rimane condizione neces-

saria per la comprensione tra Cattolici e Ortodossi. L'obiettivo per una maggiore conoscenza, e quindi per una maggiore comprensione, è stato solennemente ribadito dal Romano Pontefice nella lettera *Orientale Lumen*, pubblicata pochi giorni dopo la chiusura del Symposium: «credo che un modo importante per crescere nella comprensione reciproca e nell'unità consista proprio nel migliorare la nostra conoscenza gli uni dagli altri. I figli della Chiesa cattolica già conoscono le vie che la Santa Sede ha indicato perché essi possano raggiungere tale scopo: conoscere la liturgia delle Chiese d'Oriente; approfondire la conoscenza delle tradizioni spirituali dei Padri e dei Dottori dell'Oriente cristiano; prendere esempio dalle Chiese d'Oriente per l'inculturazione del messaggio del Vangelo; combattere le tensioni fra Latini e Orientali e stimolare il dialogo fra Cattolici e Ortodossi; formare nelle istituzioni specializzate per l'Oriente cristiano teologi, liturgisti, storici e canonisti che possano diffondere, a loro volta, la conoscenza delle Chiese d'Oriente; offrire nei seminari e nelle facoltà teologiche un insegnamento adeguato su tali materie, soprattutto per i futuri sacerdoti. Sono indicazioni sempre molto valide, sulle quali intendo insistere con particolare forza» (*OL*, n. 24). Mons. Dominique Le Tourneau indica queste e altre ragioni nella presentazione al volume sugli atti del Simposio (p. 3-14).

Nell'ambiente creatosi intorno a questa riunione scientifica, è stata di

reciproco arricchimento la convivenza tra le tredici Chiese cattoliche *sui iuris* ivi partecipanti: Maronita, Melchita, Caldea, Malabarese, Greca, Romena, Ungherese, Latina, Copta, Etiopica, Sira, Armena, e Ucraina.

I partecipanti sono stati circa quattrocento, di essi, circa cinquanta provenivano da altri paesi. Nei sei giorni del Symposium ci sono state quindici conferenze ed una tavola rotonda.

I lavori sono iniziati con la solenne concelebrazione eucaristica presieduta da S.E.R. il Cardinale Mar Nashrallah Pierre Sfeir, Patriarca Maronita. Nella solenne apertura del Symposium sono intervenuti il P. Abate Jean Tabet, Generale dell'Ordine Libanese Maronita e Grande Cancelliere dell'Università organizzatrice del Simposio; il Prof. Carl Gerald Fürst, Presidente della Società del Diritto delle Chiese Orientali; il Prof. Giorgio Feliciani, allora vicepresidente della *Consociatio Internationalis Studio Iuris Canonici Promovendo* e S.E.R. Emile Eid, Giudice del Tribunale Supremo della Segnatura Apostolica e già vicepresidente della Commissione pontificia per la revisione del Codice orientale. Durante lo svolgimento dei lavori sono stati letti i diversi messaggi di saluto al Simposio, in primo luogo quello di Sua Santità il Papa Giovanni Paolo II, trasmesso attraverso telegramma del Segretario di Stato, S.E.R. il Card. Angelo Sodano. Il Card. Silvestrini, Prefetto della Congregazione per le Chiese orientali, ha inviato altresì le sue parole di incoraggiamento. Sua Emi-

nenza il Cardinale Vincenzo Fagiolo, già presidente del Pontificio Consiglio per l'Interpretazione dei Testi Legislativi, si è recato personalmente a Kaslik aprendo la quinta sessione del Simposio.

L'ordine che seguirò in questa recensione segue l'ordine reale degli interventi nelle sessioni ordinarie, anche se, tra parentesi, indicherò le pagine del volume degli Atti in cui si trova la corrispondente pubblicazione dell'articolo. Oltre alla presentazione scritta da Mons. Dominique Le Tourneau, il volume pubblicato si compone di quattro parti: I) Il Simposio (organizzazione, messaggi e allocuzioni, apertura solenne); II) Le conferenze; II) Interventi e comunicazioni; IV) Annessi.

Con l'intervento del Prof. Patrik Valdrini, Rettore dell'Istituto Cattolico di Parigi, su *L'aequalis dignitas des Églises d'Orient et d'Occident* (p. 51-68), è stato dato inizio alle conferenze ordinarie. In questa relazione sono stati analizzati i testi del Vaticano II e dei codici riguardo l'uguaglianza giuridica delle Chiese *sui iuris* e si è cercato di fondare la loro legittima differenza, come espressione della diversità nell'unità propria dell'ecclesiologia di comunione. Il Prof. Valdrini si soffermò anche sulla necessità di trovare categorie di diritto che esprimano questa varietà: «les deux Codes présentent donc d'une manière conjointe, mais distincte, avec et a côté d'un droit constitutif de l'*Ecclesia universa*, d'une part, un droit constitutif propre a l'*Église latine*, d'autre part, un

droit constitutif propre aux *Églises orientales*» (p. 65). Questo autore ha auspicato che si svolgano ricerche di diritto interno comparato per far emergere il diritto costituzionale della Chiesa universale distinguendolo dal diritto costitutivo specifico della Chiesa latina e da quello delle Chiese orientali nel loro insieme.

Il Prof. Dimitri Salachas, Professore del Pontificio Istituto Orientale di Roma, ha iniziato la seconda sessione con la relazione sull'*Églises Catholiques Orientales: leur autonomie dans la communion avec le Siège Apostolique de Rome* (p. 93-119). Nel suo intervento ha esposto il concetto ecclesiologico e canonico dell'autonomia delle Chiese cattoliche orientali, basandosi sui testi del concilio Vaticano II e sul CCEO e spiegando i diversi gradi di autonomia di ogni tipo di Chiesa *sui iuris*. Per finire il suo intervento Salachas ha indicato la convenienza che il Papa avesse associato i capi delle Chiese orientali per la promulgazione del CCEO.

Nella seconda relazione di questa seconda sessione, l'allora Vicario Generale della diocesi maronita di Saint Maron di Brooklyn, Chorep. John D. Faris, ha trattato il tema *The Reception of Baptized Non-Catholics into Full Communion* (p. 160-177). Dopo aver accennato al problema del «proselitismo» e alla distinzione tra il vecchio uniatismo e l'odierno ecumenismo, Faris ha indicato i criteri contenuti nel CCEO riguardo i diversi aspetti giuridici dell'accoglienza dei non cattolici

nella piena comunione, criteri non contenuti invece nel CIC: requisiti, autorità competente per questa accoglienza, esercizio dell'ordine sacro del soggetto ammesso nella Chiesa cattolica, assegnazione della Chiesa *sui iuris* di appartenenza.

Nella terza sessione, presieduta da S.B. Maximos V Hakim patriarca d'Antiochia e di tutto l'Oriente, di Alessandria e di Gerusalemme per i greco-melchiti, ho avuto l'onore di relazionare su *Sharing in Sacramental Life: Doctrinal principles and Normatives in the New ecumenical Directory of 1993* (p. 315-367). L'intervento è stato diviso in due parti: la prima ha riguardato i principi teologici-dottrinali della *communio in sacris*: la *koinonia*, il riconoscimento delle Chiese attraverso l'ecclesiologia eucaristica, e le ragioni di necessità che giustificano la condivisione nei sacramenti dell'Eucaristia, Penitenza ed Unzione dei malati; la seconda parte, invece, le norme specifiche del direttorio ecumenico e dei codici, sottolineando le disposizioni innovatrici del direttorio e questionando la capacità innovatrice del diritto da parte di un semplice direttorio.

Il Rev. Prof. Roman Cholij, appartenente all'esarcato apostolico per gli ucraini cattolici del Regno Unito, ha sviluppato un argomento di cui è profondo conoscitore: *Celibacy, married clergy, and the oriental Code* (p. 180-202). Dopo aver presentato la legislazione attuale su questo argomento, Cholij ha illustrato la posizione della Chiesa cattolica riguardo i chierici sposati in

oriente, soprattutto attraverso un caso particolare: quello della Chiesa Rutena in questi ultimi due secoli. Inoltre, si è analizzata la visione più positiva del Vaticano II riguardo la legittimità della disciplina orientale. Da questo studio si evince la promozione del celibato in oriente, ma anche la volontà di non imporlo mediante decreto.

La quarta sessione del Simposio è stata presieduta da S.B. Mar Ignace Antoine Hayek, patriarca di Antiochia e di tutto l'Oriente per i siri cattolici. In questa sessione il Prof. P. George Nedungatt, S.J., del Pontificio Istituto Orientale, ha dissertato sul tema *Ecclesiastical Magisterium: The specificity of the Eastern Code* (p. 243-272). In questo studio, Nedungatt ha analizzato la terminologia adoperata dal Codice orientale riguardo al magistero ecclesiastico: ha trattato, p.e., della non qualificabilità giuridica del termine teologico «infallibilità» e della differenza tra «magistero ecclesiastico» e «munus docendi». Nel suo studio questo autore ha riportato, inoltre, i canoni del CCEO che non esistono nel CIC, soffermandosi soprattutto sul can. 10 riguardante il dovere di tutti i fedeli di conservare e trasmettere la fede ricevuta, di approfondirla e farla fruttificare in opere di carità in adesione al magistero autentico. Infine, il professore dell'Istituto Orientale ha mostrato le diverse specificità riguardo i restanti contenuti della materia, come, tra gli altri, l'inculturazione, il ruolo dei teologi (can. 606), il diritto di proprietà intellettuale (can. 666), e le peculiarità

del diritto orientale riguardo la pubblicazione dei libri.

La relazione del P. Basile Basile, OLM, professore della Facoltà Pontificia di Teologia dell'Università Santo Spirito di Kaslik, è intitolata *Les moines et les religieux et leurs relations avec les évêques* (p. 202-218). Nel suo studio, il P. Basile riflette, soprattutto, sull'identità e missione della vita religiosa, inscindibile dalla necessaria comunione ecclesiale con la gerarchia. Divide l'argomento in due parti: *a)* La prima parte riguarda la relazione di dipendenza e di governo; presentando i diversi ambiti di dipendenza e di autonomia dalla gerarchia: erezione, soppressione, esenzione, intervento degli affari interni dell'istituto e autonomia. *b)* Nella seconda parte, intitolata «relazione di comunione e di missione», l'autore indica i diversi meccanismi per l'armonizzazione dell'apostolato dei religiosi nella pastorale della diocesi e della Chiesa *sui iuris*, in quanto si tratta di due attività la cui ragion d'essere è il raggiungimento dello stesso obiettivo: la salvezza delle anime. A tal proposito P. Basile augura per il prossimo futuro: una nuova formulazione del documento *Mutuae Relationes* applicabile agli orientali; l'istituzione di un vicario patriarcale per i religiosi rivestito della dignità episcopale; che si stabilisca una convenzione scritta trasparente tra l'autorità ecclesiastica (a livello di conferenza episcopale o di sinodo patriarcale) e i superiori maggiori dei religiosi; e, infine, che si definiscano in modo più accurato le relazioni dei monaci

e religiosi con la Santa Sede, auspicando che i monaci e i religiosi orientali siano collegati in qualche modo con la Congregazione della curia romana per gli Istituti di vita consacrata e le società di vita apostolica.

Nella quinta sessione, presieduta da S.B. Michele Sabbah, patriarca latino di Gerusalemme, il prof. Urbano Navarrete, S.J., già decano della facoltà di Diritto Canonico dell'Università Gregoriana e consultore della Commissione del CCEO, ha dissertato sulle *Differenze essenziali nella legislazione matrimoniale del Codice latino e del Codice orientale* (p. 273-304). Dopo aver premesso i principi metodologici, il suo studio si è incentrato su tre punti, strettamente connessi tra di loro: *a)* la sacramentalità del matrimonio; *b)* il ruolo del consenso delle parti; e *c)* la forma canonica del matrimonio. Questi tre punti confluiscono nel punto centrale della discussione, e cioè, la diversità di prospettiva esistente tra i due codici riguardo il ministro del sacramento del matrimonio. Navarrete parte dalla premessa che il matrimonio istituito da Cristo non può non essere lo stesso oggettivamente per tutti i battezzati e per tutti i tempi, e che non esiste vero matrimonio tra battezzati che non sia allo stesso tempo sacramento. Tuttavia la stessa verità può essere vista da diverse prospettive e, nelle sue dimensioni storiche e culturali, è perfettamente legittima la pluralità, sempre però rispettando il dovuto equilibrio tra diritto comune e particolare. Il professore della Gre-

goriana ha cercato di armonizzare la prospettiva latina e quella orientale. In primo luogo ha affermato che in oriente la benedizione del sacerdote deve ritenersi elemento del *rito essenziale* del sacramento, non appartenente alla *substantia sacramenti* ma introdotto dalla volontà della Chiesa (come la *traditio instrumentorum* per il sacramento dell'Ordine). In Oriente i ministri del sacramento sarebbero tre: i due coniugi e il sacerdote benedicente. Ciononostante, segnalando alcuni casi in cui gli orientali ammettono la celebrazione valida del matrimonio — e quindi del sacramento — senza la presenza del sacerdote benedicente, Navarrete trae la conclusione che i ministri di quei matrimoni sono soltanto i coniugi.

L'intervento di M. Pierre Ghanagè, membro del Consiglio Costituzionale libanese e professore di Diritto nell'Università Saint Joseph di Beirut, ha riguardato *Les mariages mixtes* (p. 305-313). Il relatore ha indicato le molteplici difficoltà per l'adozione di un criterio unanime per il riconoscimento della validità dei matrimoni tra cristiani di diverse confessionalità. L'autore ha posto in rilievo, specialmente, la differente concezione del matrimonio tra le diverse comunità cristiane, soprattutto per quello che riguarda la sua indissolubilità e la sua sacramentalità. Dentro il contesto del sistema degli *statuti personali* esistente in Medio Oriente, queste differenze acquistano una speciale problematicità nel difendere l'unicità dello statuto della famiglia. Ad esempio, un matrimo-

nio misto tra un ortodosso e una cattolica, celebrato in Chiesa ortodossa con il dovuto permesso dell'autorità cattolica, può in seguito essere sciolto dall'autorità giurisdizionale ortodossa con effetti anche civili: questo divorzio non sarà mai riconosciuto dalla Chiesa cattolica, ma sul piano civile la parte cattolica non potrà far valere il suo diritto.

La sesta sessione è stata presieduta da S.B. Raphaël I° Bidawid, patriarca di Babilonia per i caldei. In questa sessione il Prof. Giuseppe Di Mattia, OFM Conv., professore emerito dell'Università Pontificia Lateranense, ha dissertato sulla *Procedura Penale giudiziaria e amministrativa nel CCEO e nel CIC. Riflessioni comparative* (p. 447-489). In primo luogo l'autore ha inquadrato nella dottrina la normativa della procedura penale, parlando della funzione del diritto processuale, del diritto di difesa, soprattutto nel processo penale, e della necessità di una lettura comparata di ambedue i codici. Ha, poi, esaminato la sistematica del diritto penale sostanziale e formale nella struttura dello *jus universum* canonico della Chiesa occidentale e orientale, sottolineando la tecnica delle remissioni. Dopo aver dato uno sguardo alla precedente normativa procedurale, il Prof. Di Mattia si è soffermato lungamente sulla procedura penale vigente: la tipologia procedurale (giudiziale e amministrativa) e la mente del legislatore circa il tipo preferibile da seguire, i criteri esistenti nel CIC e nel CCEO per la scelta della procedura e le fasi di ognuno dei

procedimenti, facendo risaltare le diversità tra i codici. Per finire, l'autore ha svolto delle riflessioni conclusive sul diritto penale, sui problemi della procedura penale stragiudiziale, e sul diritto in genere.

Il P. Ioan Mitrofan, Rettore dell'Istituto universitario greco-cattolico di Blaj (Romania), ha presentato la conferenza intitolata *Les biens de l'Église selon le 'Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium'* (p. 415-446). Il prof. Mitrofan, limitandosi volontariamente all'analisi dei canoni del CCEO, ha trattato dei seguenti argomenti: *a)* la nozione di «bene temporale», le sue finalità ecclesiale, i suoi titolari, i tipi di beni; *b)* l'acquisizione dei beni temporali, le modalità di acquisizioni, i contributi dei fedeli, le imposte, le offerte, gli organismi per raccogliere i beni e le offerte, la prescrizione come mezzo di acquisizione di beni; *c)* l'amministrazione dei beni: la definizione di amministrazione, le autorità competenti, la sfera di responsabilità della gerarchia, l'amministrazione ordinaria ed straordinaria; *d)* l'alienazione dei beni: le regole del diritto per alienare e le situazioni particolari (i conflitti col diritto civile); *e)* le pie volontà in genere e le fondazioni pie.

Nella settima sessione, presieduta da S.E.R. Vincenzo Card. Fagiolo, già presidente del Pontificio Consiglio per l'interpretazione dei testi legislativi, il Prof. P. Jobe Abbass, OFM Conv., del Pontificio Istituto Orientale (Roma), ha esposto la conferenza dal titolo *The Code of Canons of the Eastern Churches*

and recent Roman Documents (p. 121-157). L'Autore dallo studio dei diversi documenti della curia romana ha valutato come è stata accolta in essi la nuova codificazione orientale attraverso la citazioni dei suoi canoni e nella terminologia, rilevando diverse omissioni e mancanze. I documenti studiati sono: Il Catechismo della Chiesa Cattolica, le norme della Rota del 1994, e il direttorio ecumenico del 1993. Abbas ha concluso chiedendo una maggior sensibilizzazione per il diritto delle Chiese orientali nel redigere questi documenti. Nelle appendici offre un elenco dei canoni orientali omessi nei diversi numeri del Catechismo e nelle norme della Rota.

S.E.R. Mons. Béchara Raï, arcivescovo maronita di Jbeil-Biblos (Libano), ha presentato uno studio su *Les éparchies, les évêques et leurs relations avec les religieux* (p. 219-242). Mons. Raï ha sintetizzato le disposizioni del CCEO sulle eparchie, l'equivalente orientale della diocesi latina; parlando poi dei vescovi: la nozione di Vescovo eparchiale, le norme per la sua elezione, le sue funzioni di governo, magistero e santificazione, la sua sollecitudine pastorale riguardo tutti quelli che sono — in un modo o in un altro — affidati alla sua cura; indicando brevemente anche gli altri obblighi del Vescovo eparchiale e soffermandosi sugli organi che lo aiutano nel governo dell'eparchia. L'autore ha indicato sinteticamente le relazioni tra i vescovi e i religiosi, rimandando, per questo argomento, alla conferenza del P. Basile Basile (vedi so-

pra). In fine, ha esposto i canoni che rimandano al diritto particolare riguardo ai tre temi trattati.

L'ottava e ultima sessione è stata presieduta da S.B. Stéphanos Ghattas, C.M., patriarca d'Alessandria per i copti cattolici. In questa sessione, S.E.R. Mons. Emile Eid, oltre al suo discorso durante l'apertura solenne, ha contribuito al Simposio con uno studio sulla *Conformation du Code des Canons des Églises Orientales* (p. 69-91). In esso sono esaminate diverse tematiche: a) i principi di base per la codificazione orientale, la tradizione orientale e le norme del Vaticano II; b) la configurazione della struttura del CCEO; c) la struttura del codice riguardo l'organizzazione della Chiesa, mettendo in risalto la ecclesiologia di comunione di Chiese *sui iuris* e la struttura patriarcale; d) il Codice orientale come mezzo di comunione nella Chiesa e con il mondo, facendo riferimento al ruolo del CCEO nella Chiesa cattolica in genere e nelle Chiese orientali cattoliche in particolare, ma anche in rapporto con l'ecumenismo e con l'apostolato indirizzato a tutti gli uomini.

Il P. Hanna Alwan, allora Promotore di giustizia e Difensore del vincolo nel Tribunale della Rota Romana, ha dissertato su *Les sanctions pénales* (p. 369-414). In primo luogo ha fatto riferimento al modo in cui il CCEO tratta lo *ius puniendi*, passando poi a sottolineare il significato dell'abolizione delle pene *latae sententiae* e il valore della ammonizione canonica. Alwan si è soffermato anche sulla sollecitudine pastorale del

CCEO, toccando i seguenti argomenti: il principio di legalità e la presunzione dell'imputabilità delle violazioni esterne del diritto; il principio di benignità nello stabilire ed infliggere le pene; la depenalizzazione e la remissione delle pene; il potere discrezionale e la sollecitudine pastorale delle autorità. In seguito ha trattato della tipologia dei delitti e delle pene, concludendo con alcune osservazioni sulla procedura penale.

La terza parte del volume degli atti del Simposio raccoglie nove comunicazioni consegnate dai partecipanti: Jerónimo Borrero Arias, *Des réflexions sur la parenté et l'empêchement matrimonial d'affinité dans le CCEO* (p. 493-501); Iesus Bogarín Díaz, *Adnotationes de praecedentia inter personas físicas in Iure canonico vigente* (p. 503-514); Mgr. Néophytos Edelby, *Les mariages mixtes: les législations, ancienne et moderne, des Églises orientales* (p. 515-520); Joseph Habbi, *Le pouvoir des patriarches Pères* (p. 521-540); Joseph Koikakudy, *The Syro Malabar Church* (p. 541-543); Kyriakos Kyriazopoulos, *Les formes de gouvernement des Instituts religieux orientaux catholiques et des Instituts monastiques du Mont-Athos* (p. 545-557); Élias Rahal, *Le Droit particulier (sui iuris) de l'Église grecque-melkite catholique au regard du CCEO* (p. 559-574); Jerzy Senkowski, *Code des lois des Arméniens en Pologne* (p. 575-580); Enrique Vivó de Undabarrena, *El matrimonio: sacramento y contrato (Estudio comparado)* (p. 581-594).

Gli annessi raccolgono un breve riassunto sulle Chiese orientali cattoliche, la lista dei partecipanti al Simposio, un indice dei nomi citati e un indice dei canoni citati.

Questo volume edito dall'Università Saint Esprit di Kaslik è un contributo di alto livello scientifico che incoraggia la fiorente disciplina canonica orientale.

Pablo Gefaell

Juan Ignacio ARRIETA, Javier CANOSA, Jesús MIÑAMBRES, *Legislazione sull'organizzazione centrale della Chiesa*, Pontificio Ateneo della Santa Croce, Testi Legislativi 3, Giuffrè Editore, Milano, 1997, p. XI + 554.

Sono noti, ai cultori del diritto ecclesiastico italiano e del diritto internazionale, i problemi posti dall'art. 11 del Trattato del Laterano del 1929. Tali problemi riguardano innanzitutto la portata oggettiva della norma, ossia il contenuto della garanzia di non ingerenza da parte dello Stato italiano ivi prevista. Ma concernono altresì i titolari di tale garanzia, e cioè l'ambito soggettivo di applicazione della norma pattizia; questa, come già gli artt. 6-8 della legge delle Guarentigie, fa infatti generico riferimento agli «enti centrali della Chiesa cattolica»: una definizione sconosciuta al diritto della Chiesa, sicché può non sempre risultare facile identificare i soggetti cui tale presupposto rinvia.

Senza voler entrare in una disquisizione che ci porterebbe lontano dalle nostre intenzioni, si può affermare che, pur con posizioni non sempre concordi, dottrina e giurisprudenza sono giunte a sostenere che ciò che realmente rileva ai fini dell'identificazione dei soggetti garantiti non è tanto una loro qualifica formale, ma l'attività da essi realmente svolta. Ossia, per accertare se l'ente è esente dalla giurisdizione dello Stato, è necessario acclarare se la sua attività sia un'esplicazione diretta di *potestas*, di una sovranità indipendente da quella dello Stato. In tal caso, infatti, si potrà dire che si trova un rapporto di immedesimazione con gli organi di governo, sicché gli atti che a tale titolo compia esulano da ogni controllo da parte della giurisdizione statale. Insomma, sono sottratte alla giurisdizione secolare solo le attività manifestazione di potere d'impero di un ente sovrano o di un soggetto che sia espressione di questo, e tra queste attività non tutte godono di tale prerogativa, ma solamente quelle primarie ed essenziali, ossia quelle rivolte a perseguire in modo immediato il fine istituzionale dell'ente sovrano stesso.

Tale principio, che potremo chiamare di effettività, porta ad assumere come elemento ermeneutico primario l'osservazione e l'analisi della realtà, dei fatti, atti e problemi concreti che i dati giuridici sono chiamati a regolare; e da questa osservazione dedurre le conseguenze giuridiche, i principi insiti nella realtà per regolare, secondo giustizia, una determinata situazione o relazione.

Su questa linea di una prevalenza dell'effettività dell'ente, del suo concreto agire e darsi nell'ordinamento, rispetto ad una formale qualifica, ci pare si ponga l'intenzione degli Autori dell'ultimo volume della collana *Testi legislativi* del Pontificio Ateneo della Santa Croce, edito nel 1997 per i tipi della Giuffrè. Già il titolo, *Legislazione sull'organizzazione centrale della Chiesa*, evidenzia non solo la difficoltà di identificare gli «enti centrali» stessi (si parla, infatti, e giustamente della struttura, non tanto degli uffici e organi che tale struttura compongono), ma sottolinea le modalità normative dell'agire, ossia quali sono le leggi o i regolamenti che determinano il funzionamento di tali istituti, soprattutto in riferimento al loro rapporto con le istanze di partecipazione a livello locale.

Segnatamente il volume riporta le norme comuni all'ordinamento canonico occidentale e a quello orientale che delineano la struttura degli uffici e organi centrali della Chiesa e la loro attività di governo, norme emanate in buona parte in un momento successivo alla promulgazione dei due corpi codiciali. I testi legislativi riportati sono di poi corredati da un sobrio ma completo apparato di note, utili soprattutto all'applicazione delle norme che più da vicino riguardano la distribuzione di competenze fra l'istanza centrale e quelle locali della Chiesa.

L'effettivo trasferimento di un'attività anche decisoria e non solo esecutiva a soggetti diversi dalla Santa Sede e ad essa gerarchicamente su-

bordinati, o comunque una più diffusa ripartizione di compiti all'interno della struttura pubblica e pastorale della Chiesa costituiscono infatti alcune tra le novità più rilevanti della legislazione postconciliare; una legislazione che, data la sua novità, può forse causare qualche difficoltà interpretativa e applicativa per quanto concerne il rapporto organizzatorio intercorrente fra titolari di potestà primaziale e i singoli componenti del Collegio, o comunque i titolari di una potestà decentrata, e quindi dipendente e derivata da quella primaziale del Papa e del Collegio episcopale per la Chiesa universale, e da quella dei Vescovi diocesani e dei soggetti ad essi equiparati *in iure* per le Chiese particolari.

Tali difficoltà sono talora, mi si permetta l'espressione, primarie, ossia propriamente conoscitive, nel senso che uno dei problemi consiste nel reperire i testi normativi opportuni, ovvero, più frequentemente, i testi complementari necessari ad una retta interpretazione dell'articolo principale.

L'opera coordinata da Arrieta ci pare possa costituire un valido aiuto a questo fine, in quanto non solo riporta i testi legislativi fondamentali sugli enti centrali della Chiesa e la loro attività (dalla cost. ap. *Universi Dominici Gregis* al *Regolamento generale della Curia Romana*, dalla cost. ap. *Pastor Bonus* al m.p. *Apostolica sollicitudo*, ecc.), ma anche con il ricordato, preciso apparato normativo completa l'informazione giuridica, indica le statuizioni canoniche di riferimento ed evidenzia al

contempo la reciproca complementarietà delle norme legislative e regolamentari presentate nel volume.

Insomma, non di arida e prolungata esegesi si tratta, ma di un attento lavoro che permette allo studioso di vedere, in modo sincronico, la sostanziale omogeneità dell'ordinamento iuspositivo della Chiesa, e, all'operatore del diritto, le modalità funzionali degli organismi cui le norme del testo si riferiscono, attività che costituiscono espressione della potestà della confessione, esercizio e conseguenza della sua autonomia sovrana.

Si rileva infine come le singole esposizioni annotate dei testi legislativi siano precedute da un breve *excursus* storico-giuridico e corredate di una prima bibliografia sull'argomento commentato, e come il volume sia completato da un dettagliato indice analitico, che, data la facilità di consultazione, risulta di grande utilità nella ricerca della normativa afferente all'aspetto organizzatorio della Chiesa che si intende studiare.

Andrea Bettetini

Kuriakose BHARANIKULANGARA, *Particular Law of the Eastern Catholic Churches*, Saint Marion Publications, Nuova York, 1996, p. 217.

Il libro di K. Bharanikulangara, di grande attualità, apre l'orizzonte all'incipiente processo di formalizzazione del diritto particolare della Chiesa cattolica orientale *sui iuris*,

dopo la promulgazione del *Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium*. L'Autore, specializzato nello studio del *ius particularis* delle Chiese Orientali — «*Ius Particulare Ecclesiae Sui Iuris: Problems and Prospects for the Syro-Malabar Church*» (Roma 1994) —, ci offre un lavoro pioniere in materia, muovendo da un'analisi approfondita sulle peculiarità della legge particolare in ambito orientale. Presenta, inoltre; un'esegesi dei canoni orientali con rinvii impliciti ed espliciti alla legislazione particolare. L'A. arricchisce l'opera con due appendici riunite nella rubrica «*Examples of Particular Law in the Making*», l'una riguardante la legge particolare della Chiesa Siro-Malabar, l'altra il progetto di legge della Chiesa Maronita.

Quest'opera, dunque, ha il merito principale di offrire uno studio delle linee riguardanti la (ri)formazione del *corpus* delle leggi particolari di ogni Chiesa *sui iuris*, in sintonia con il desiderio del Romano Pontefice espresso nella *Cost. Apost. Sacri Canones*: «(...) è nostra intenzione che quanti hanno potestà legislativa nelle singole Chiese *sui iuris* vi provvedano al più presto con norme particolari, tenendo presenti le tradizioni del proprio rito, come pure le disposizioni del concilio Vaticano II».

Nella prima parte dell'opera, l'A. cerca di mettere le basi concettuali necessarie per la costruzione di un diritto particolare, e cioè, fare un chiarimento sui possibili significati dei termini «diritto particolare»,

« diritto comune » e « diritto universale » e sui loro rapporti, con speciale riferimento alle rispettive diversità che si hanno in ambito occidentale ed orientale, come conseguenza della loro organizzazione ecclesiastica.

All'interno della codificazione latina si fa riferimento fondamentalmente a due dimensioni ecclesiali: la Chiesa universale — intesa come Chiesa latina — e le Chiese particolari, delle quali la diocesi è il prototipo. In conformità a questa visione, nel CIC appaiono due tipi di leggi: la legge universale — per tutta la chiesa latina (cfr. c. 1) — e la legge particolare di ogni *coetus* ecclesiale. Nella prospettiva orientale, invece, si fa attenzione ad una quadruplici dimensione: la Chiesa universale in quanto unica Chiesa di Cristo, le Chiese Orientali unite per le stesse fonti normative antiche e per essere le destinatarie comuni del CCEO, la Chiesa *sui iuris* — ciascuna diversa dalle altre per tradizione e per patrimonio liturgico, teologico, spirituale e disciplinare —, e, infine, l'eparchia. Per le ambiguità che potrebbero scaturire dall'uso del termine « universale » (se fa riferimento a tutta la Chiesa di Cristo o alla Chiesa latina), nella preparazione della codificazione canonica orientale, si è ritenuto preferibile l'uso del termine « diritto comune » per designare l'insieme delle leggi di tutta la Chiesa, oppure le leggi comuni a tutte le Chiese orientali, adoperando il termine « diritto particolare » per il corpo legale proprio di ogni chiesa *sui iuris*. L'equivalente di « legge

particolare » del CIC — norme di un concreto *coetus* — è designata nel CCEO come « legge più particolare », e cioè, leggi di ogni eparchia, parrocchia, ecc. (cfr. c. 1502). Si potrebbe dire che neppure l'uso del termine « comune » è esente da qualche ambiguità, esso però viene sempre applicato a più di una chiesa *sui iuris*, sia nell'ambito della *Ecclēsia univērsa*, sia in quello proprio delle Chiese orientali. Nello svolgersi dell'esposizione di questa prima parte, l'A. arriva a conclusioni interessanti sul rapporto fra codificazione latina e orientale, sebbene già note, come la constatazione che il CIC non è altro che una legge particolare della Chiesa latina *sui iuris*, allo stesso livello delle leggi particolari di ogni chiesa *sui iuris* orientale.

L'A. prosegue, nella seconda parte dell'opera, con la trattazione della nozione di diritto particolare e, più specificamente, delle possibili classificazioni delle leggi particolari, attraverso tre criteri: secondo il contenuto oggettivo di ogni norma legale, secondo la fonte soggettiva o autorità legislativa che l'emana, ed infine, secondo l'estensione territoriale o personale della legge. Inoltre, l'A. fa riferimento all'approvazione e promulgazione delle leggi particolari secondo il tipo di chiesa *sui iuris* per la quale sono elaborate, e cioè, esplora le peculiarità, a questo riguardo, di tali leggi nelle Chiese patriarcali, arcivescovili maggiori, metropolitane e nelle altre Chiese *sui iuris*.

Nel terzo capitolo, una volta chiarite le basi concettuali, l'A. prosegue con un'analisi dettagliata sui rinvii al

diritto particolare del CCEO. Infatti, in questa parte dell'opera — la più estesa —, l'A. compie uno studio esauriente sui canoni orientali che presuppongono o ammettono la complementarità della legislazione particolare, sia delle Chiese patriarcali, così come degli altri tipi di chiesa *sui iuris*, al fine di « (...) aiutare ogni Chiesa a preparare o aggiornare il suo proprio diritto particolare » (p. 47). A nostro avviso, tale iniziativa è di grande servizio alla Chiesa, in quanto agevola la regolazione definitiva del diritto particolare di ogni Chiesa *sui iuris* rendendo più facile l'adempimento del « (...) dovere di reggersi secondo le proprie discipline particolari » (OE 5), previsto per ognuna di esse. A questo proposito, nell'opera viene ribadita a più riprese, la necessità di riempire lo spazio lasciato alla legislazione particolare del CCEO. Infatti, uno dei principi per la revisione del Codice orientale è stato il principio di sussidiarietà, secondo il quale molte concretizzazioni di questo diritto comune sono affidate al legislatore particolare, il che rende possibile l'applicazione di un diritto comune — concepito per motivi di praticità — a tutte le Chiese orientali. Con le parole dell'A., « matters affecting the particular tradition or legitimate custom of a single *sui iuris* Church are left to the particular law of that Church ». Nonostante i pregi della generalità del CCEO, bisogna riconoscere che senza la corrispondente specificità fatta in ogni chiesa *sui iuris*, ci troveremmo dinanzi a lacune legali

nell'ambito della chiesa *sui iuris*, lacune che occorre riempire al più presto per raggiungere quello che è il fine del diritto nella Chiesa: la *salus animarum*.

Nella conclusione, intitolata « *Revision of Particular Law: Restoration or adaptation?* », l'A. si pone il problema se la revisione del diritto particolare deve essere basata sulla conservazione del diritto anteriore o se bisogna dare, invece, priorità all'adattamento delle leggi allo spirito del Codice. Come lo stesso A. sottolinea più avanti, ci sembra chiaro che il problema non consiste nell'essere conservatore o progressista ma adeguarsi all'evoluzione giuridica risultante dal serio lavoro scientifico che ha preceduto la promulgazione del Codice orientale. Questo adattamento si verifica sia nella conservazione dei testi compatibili con esso, sia nell'adozione di altri meno consoni con un nuovo corpo legale. Con simili parole, l'A. riassume il compito della revisione del diritto particolare, che deve essere fatto in tre modi: « Existing norms, not fitting to the spirit of CCEO, should be updated, others remains unchanged; where necessary, new ones should be made ».

In breve, ci auguriamo che il presente lavoro abbia un'ampia diffusione in ambito orientale, quale strumento di grande utilità affinché ogni chiesa *sui iuris*, conoscendo più profondamente l'intreccio tra diritto comune e diritto particolare, provveda, « al più presto », all'impianto definitivo dei rispettivi *iura particularia*.

Andyara Nóbrega

Francesco D'AGOSTINO, *Il Diritto come problema teologico*, G. Giappichelli Editore, Torino, 1995, p. 270.

Cet ouvrage porte le titre du premier article qui y est contenu, mais en fait c'est ici un recueil de douze conférences, cours ou articles, prononcés ou publiés entre 1986 et 1994, la plupart déjà apparus dans les actes de l'un ou l'autre congrès, etc. Leur point commun essentiel est d'être œuvres, et donc reflets de la pensée du professeur D'Agostino et de former ensemble une approche, par touches successives, un peu à la manière des peintres impressionnistes, à la théorie générale du droit. Cet enseignant de l'Université « Tor Vergata » de Rome et de l'Université Pontificale du Latran, président du Comité national italien de Bioéthique, s'est en effet spécialisé dans l'étude des relations entre philosophie et droit, entre théologie et droit, en un mot, au-delà des normes positives, il cherche à mettre en évidence les fondements humains et divins de toute législation.

Le problème est extrêmement vaste, et par les courants positivistes, libéraux et rationalistes qui dominent de nos jours le rendent encore plus confus. Donc plutôt que de chercher à convaincre le lecteur par un traité en bonne et due forme, où l'on partirait des fondements pour en arriver aux conclusions pratiques, l'auteur aborde différents aspects successivement. Il est à noter cependant que les articles sont présentés selon un certain ordre lo-

gique, et non chronologique, les plus fondamentaux d'abord. Cela vaudra bien sûr au lecteur quelques redites mais chaque article y gagne de posséder sa cohérence propre.

Dans les prémisses l'auteur en quelque sorte plante le problème. Face à l'agnosticisme moderne, qui tendrait à dire que la foi est affaire de conscience personnelle mais que la construction de la cité terrestre doit se faire sur des bases totalement indépendantes, la pensée chrétienne classique présente au contraire le droit divin et naturel comme fondement de tout droit positif. C'est une prétention inouïe pour la civilisation actuelle: il existerait une vérité objective tellement vraie que tout le reste doivent s'y soumettre.

Le premier article aurait de fait un certain rôle de fondement par rapport à l'ensemble. Après avoir affirmé que la Révélation n'est pas de soi une source immédiate et innovatrice de droit dans le domaine séculier, l'auteur étudie les rapports entre la foi et la raison en matière juridique. La foi respecte la raison et ses exigences, mais elle les transcende; le domaine du rationnel doit donc être ouvert à ces valeurs et affirmations d'un ordre supérieur qu'il est lui-même incapable de produire.

Cela dit, les attitudes des diverses confessions chrétiennes sont exposées. Alors que la pensée protestante aurait tendance à juger le droit comme n'ayant aucun rôle concret dans le salut des personnes, ceci relevant du domaine religieux pure-

ment spirituel, la pensée catholique affirme que les choses profanes (dont le droit) doivent être ouvertes, perméées par la foi sous peine de n'avoir aucune authenticité.

La théologie ainsi en arrive, sans changer la nature des choses profanes, à les éclairer, à en imposer une « lecture nouvelle ». Par exemple les droits humains, dont la défense est actuellement un des fondements de la civilisation occidentale, trouvent un magnifique éclairage et une base splendide dans la conception de tout homme créé à l'image et ressemblance de Dieu, d'où sa dignité radicale.

En conclusion la théologie devient théologie du droit non pas parce qu'elle fournit au droit un contenu positif, mais parce qu'elle apporte une nouvelle vision, une nouvelle interprétation de la réalité naturelle.

L'article suivant, *Le caractère interpersonnel du droit*, relève clairement de la philosophie du droit. L'auteur commence par établir la nécessité d'une relation interpersonnelle. *Ubi societas ibi ius*, et d'une autorité pour que l'on puisse parler de droit. Mais tout de suite il met en garde contre une conception simpliste du droit, qui tendrait à la réduire à la norme positive.

Puis l'exposé passe aux affirmations d'Aristote, dans l'*Ethique à Nicomaque*, disant que la justice est la plus belle, la plus importante des vertus parce qu'elle n'est pas fruit de la nature humaine mais résulte d'une réflexion sur la relation à autrui et la reconnaissance mûrement

pensée de l'altérité. Pour être plus précis ce rapport à autrui est envisagé sous l'angle de ce qui lui est dû « rendre à chacun ce qui lui revient », *tribuere unicuique suum*. Et l'auteur souligne que, vu les vicissitudes de ce monde il ne s'agit pas d'une relation statique, mais de rapports en constante évolution, dans lesquels en fin de compte nous sommes toujours d'une certaine manière débiteurs. Ainsi l'homme, naturellement porté à l'égoïsme, par la vertu de justice en arrive au respect du domaine d'autrui, inclusivement contre ses propres intérêts immédiats.

Mais, souligne l'auteur, le plein sens de l'autre, même au sens juridique, ne sera pas atteint par la philosophie grecque, mais par la Révélation évangélique.

Suit en appendice un petit essai, *Solitude et espérance*, qui était l'allocution conclusive du congrès au cours duquel fut également prononcé la conférence sur *le caractère interpersonnel du droit*.

On retrouve une problématique plus fondamentale dans la conférence qui est présentée après, *la Philosophie du droit, les droits de l'homme et le caractère paradigmatique du droit*. Il s'agit ici de la place de la philosophie du droit dans le domaine de la philosophie en générale.

Ensuite est présenté un article, *La violence et le droit*, qui, partant de la réalité des faits et situations d'injustice forcée, en arrive à la conclusion qu'une certaine violence, ou force

de coercition, est malheureusement nécessaire pour rétablir la justice.

Repenser la laïcité, voici un article sur le sempiternel problème des relations entre domaines spirituelles et temporels, entre clercs et laïcs, mais repensé en tenant compte des circonstances actuelles. L'auteur fait de hautes et profondes considérations sur ce qu'il appelle l'actuelle crise de la laïcité, mais il me semble que l'on pourrait dire les choses beaucoup plus simplement: les hommes ont voulu bâtir une société sans Dieu et ils s'aperçoivent de leur échec.

Qui a dit que la culture d'un juriste en tant que juriste devait se limiter au froid domaine de la recherche juridique dans le dédale des normes et de leurs sources? Ici le professeur d'Agostino élargit le débat et nous présente un article fort documenté sur ce que l'on a appelé *L'antijuridisme de saint Augustin*. En effet le docteur d'Hippone est père aussi, à sa manière, de la pensée juridique chrétienne. En conclusion l'auteur affirme que le fils de sainte Monique ne s'oppose pas au droit et tant que tel, mais ne veut pas que la religion du Christ soit enfermée dans un cadre exclusivement juridique, ce qui serait réducteur de certaines de ses dimensions surnaturelles.

L'auteur nous emmène ensuite dans un domaine fort différent en nous proposant un article sur *Le problème du droit naturel dans la doctrine sociale de l'Eglise*. Face aux critiques modernes, inclusive-ment dans le camp catholique, il

nous montre que le droit naturel reste le seul fondement objectif de la dite Doctrine sociale, sous peine de la réduire à une série de considérations d'éthique sociale à base plus ou moins fidéiste. Et il poursuit en montrant que ce qui est en jeu c'est non seulement la relation foi-raison, mais encore la place de la doctrine sociale dans l'annonce évangélique faite par l'Eglise.

Restant dans le même domaine, l'article suivant, *Propriété privée, destination des biens et «écologie humaine» dans «Centesimus annus»*, se penche sur les problèmes de la fonction sociale des biens comme limite à leur libre emploi. En particulier une nouvelle forme de biens est envisagée, le savoir et la technologie. L'Encyclique pontificale affirme que ceux-ci aussi doivent être utilisés «socialement». Le Saint-Père envisage aussi l'aménagement par l'activité productrice et organisatrice du cadre social et familial dont les hommes sont responsables: c'est ce qu'il appelle «l'écologie humaine».

Suit un excursus de cinq pages sur *La pauvreté, scandale et béatitude*. Ici l'auteur ne traite pas de droit au sens stricte, mais passant du plan spirituel, religieux, au plan social, organisateur, il constate leur apparente inconciliabilité et la valeur de scandale pour la société moderne de certains enseignements du divin Maître.

L'article suivant porte sur *L'objection de conscience* en tant qu'affirmation de la prééminence du droit naturel sur les normes positives et

sur l'autorité humaine dont elles proviennent. L'auteur souligne aussi les conflits qui peuvent exister entre cette « objection » — affirmation d'une vérité existant par elle — même et à laquelle nous devrions nous soumettre — et certaines conceptions modernes de la démocratie qui tendraient à ne reconnaître rien au dessus de l'expression de la majorité. Autre chose est l'objection moderne, subjective, qui ne vise pas telle ou telle loi, jugée perverse, mais le principe même d'une autorité civile.

Traitant également des problèmes des relations fondamentales entre le droit et la morale, la conférence suivante s'intitule *La norme absolue: «Il est toujours interdit de dire le faux»*. L'auteur se penche ici en particulier sur les problèmes relatifs à la véracité subjective et à l'objectivité juridique, au devoir de dire la vérité (ou parfois de la taire) et aux dimensions de la vérité dans la relation interpersonnelle. En conclusion il proclame la nécessité absolue de l'objectivité juridique des affirmations comme fondement du « fonctionnement » du droit.

Enseignement de la religion et neutralisation du droit est le titre de l'article suivant qui aborde les questions de fonds, de droit publique, impliquées dans la décision de l'Etat italien d'inscrire la religion au programme scolaire: «neutralité» de l'Etat, place des concepts religieux chrétiens dans la civilisation moderne et son éthique, etc.

Suit un « excursus » de trois pages et demi sur *La liberté religieuse*

comme valeur théologique, sorte de note de l'article précédent. L'auteur établit que l'on ne peut « prendre au sérieux » la liberté religieuse que si l'on admet que Dieu existe ou, au moins, qu'il puisse exister. Ainsi dans l'Etat athée ou résolument et explicitement agnostique (ce qui en pratique est la même chose; on dit « neutre » ou « laïc ») cette liberté manquera de fondement.

L'ouvrage se termine sur un « appendice »: *Antropogenèses et droit. Notes sur la phénoménologie juridique d'Alexandre Kojève*. Le philosophe hégélien étudié part d'une conception trilogique du droit: pour lui tout phénomène juridique peut fondamentalement se ramener à un conflit entre deux personnes dans lequel intervient une troisième pour défendre l'ordre juste (modèle fondamental qui de fait se révèle insuffisant pour expliquer toutes les relations à valence juridique). La deuxième partie du traité de Kojève montre comment le droit n'est pas un produit de l'évolution culturelle, mais un résultant de la compréhension même de l'homme par lui-même.

Enfin l'ouvrage se termine sur une note bibliographique qui indique pour chaque article le cadre pour lequel il a été composé (conférence pour tel ou tel congrès, cours devant s'insérer dans tel cycle, etc.). Cela peut servir à mieux comprendre certains exposés. On peut regretter que ces indications soient reportées à la fin du volume et

non placées en tête de chaque article.

Jean Marie Pommarès, OSB

G. DAMMACCO, *Sistema concordatario e patrimonio ecclesiastico*, Cacucci, Bari, 1996, p. 269.

Lo studio di G. Dammacco, che va ad arricchire gli atti dell'Istituto di Diritto Pubblico della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Bari, colma un'avvertita esigenza di chiarezza e di sistematicità che, solo in parte, aveva trovato una prima trattazione ad opera di M.F. Materini-Zotta (*Patrimonio ecclesiastico*, Giappichelli, Torino, 1992) e di M. Morgante (*L'amministrazione dei beni temporali della Chiesa. Diritto canonico, diritto concordatario, pastorale*, Ed. Piemme, 1993): a quest'ultimo va riconosciuto almeno il merito di aver redatto «le premier ouvrage de droit patrimoniale proprement dit, publié en Italie après le CIC 1983» (cfr. J.P. SCHOUPE, *Rassegna bibliografica*, in *Ius Ecclesiae*, VII, 1, 1995, p. 331).

Il volume, supportato da un'ampia e aggiornata bibliografia, comprende una introduzione, relativa al sistema giuridico cui occorre riportare la disciplina del patrimonio ecclesiastico, e tre capitoli, rispettivamente dedicati al patrimonio ecclesiastico come problema giuridico, alla valenza economica diretta dello stesso e alle attività, amministrazione e sistema dei controlli.

Nella considerazione che «il sistema giuridico che fa capo al diritto ecclesiastico non può che essere improntato alla flessibilità e alla polivalenza, orientate da una concezione che potrebbe essere definita di transdisciplinarietà», Dammacco precisa che «l'esame del patrimonio nella prospettiva del sistema pattizio non può escludere le connessioni e il coordinamento con altri sistemi, che offrono al medesimo problema altre soluzioni... nel tentativo di individuare alla luce dei principi ordinatori l'organicità e l'unità funzionale della disciplina, limitatamente al patrimonio ecclesiastico» (p. 20).

La disciplina del patrimonio ecclesiastico «ha come referente questa caratterizzazione» ed è perciò condizionata «dalle opzioni personali che il civis-fidelis è chiamato a compiere in relazione al reperimento e alla individuazione delle risorse patrimoniali che andranno a comporre la massa patrimoniale»; per altro verso, «ogni azione o programmazione in materia patrimoniale deve essere diretta dal perseguimento del bene della persona umana» (pp. 50-51).

L'uso dei beni temporali nel costante Magistero della Chiesa non può essere disgiunto dalla fedeltà al messaggio evangelico e dalla missione della Chiesa nel mondo, orientata al conseguimento di un ordine sociale più giusto, tramite il richiamo ai valori della solidarietà, della prevalenza dell'etica e della collaborazione. Il concetto di patrimonio, cioè, coinvolge quello della destinazione dei beni in sintonia con le fi-

nalità della Chiesa e quindi è correlato con interventi socio-assistenziali e con un grande progetto di azione sociale. Ne deriva il carattere strumentale del patrimonio ecclesiastico, ma anche una ricaduta nell'economia e nel diritto della società. «La disciplina del patrimonio, perciò, non è estranea al problema del rapporto tra Stato e Chiesa..., e, riflettendosi sul problema della libertà religiosa, entra a qualificare il contenuto del diritto di libertà religiosa» (p. 71).

Nella delimitazione dei tratti distintivi di tale patrimonio, la normativa pattizia «tiene conto delle prospettive dei due Ordinamenti, ma non si identifica con essi» (p. 86). Nell'ordinamento canonico non si parla in termini espliciti di patrimonio ecclesiastico e tuttavia si può ritenere, sulla base dell'evoluzione teologico-giuridica rappresentata dal Concilio Vaticano II e dal nuovo codice di Diritto Canonico, che esso «vada identificato nel complesso di beni temporali di proprietà non soltanto della Chiesa universale, bensì anche di ogni singola persona giuridica di diritto canonico» (p. 87), ma con la sottolineatura, precisa Dammacco, che tali beni si intendano «fondamentalmente destinati a svolgere una funzione di equilibrio (di carattere sociale in una prospettiva spirituale ed evangelica all'interno della comunità ecclesiale» (*ibidem*) e seguendo la dinamica del Vaticano II che, «veicolando la disciplina dei beni in una rinnovata dimensione di strumentali?», esalta «la prevalenza del primato della

missione della Chiesa nell'ordinare a Dio ogni realtà temporale e nel privilegiare la persona umana» (p. 88). Si tratta, comunque, di una «traccia suscettibile di pieno successivo sviluppo, anche in ordine alla produzione legislativa» (*ibidem*).

Nell'ordinamento civile, invece, le tematiche dei beni e del patrimonio evidenziano alcuni caratteri, quali «la funzione economica, la natura composita dell'insieme delle situazioni soggettive suscettibili di valutazione economica, la loro unificazione giuridica in virtù dell'appartenenza ad un solo soggetto titolare o della unitarietà della loro destinazione» (p. 89). Per quanto attiene ai beni ecclesiastici, chiarisce Dammacco, nulla è tolto alle finalità dell'ordine temporale ma queste possono essere perseguite, nel nuovo contesto pattizio, con il concorso del fine spirituale, proprio della Chiesa, che, tuttavia, nel suo essere anche una comunità socialmente e giuridicamente interna allo Stato italiano, «concorre alla realizzazione del bene comune» (p. 102). Ci sembra una corretta chiave interpretativa che consente di dar senso ai rinvii all'ordinamento canonico e al riconoscimento civile degli stessi provvedimenti canonici, di cui all'art. 28 della legge n. 222/85.

Il patrimonio ecclesiastico, nella sua valenza economica diretta, è l'oggetto di studio del secondo capitolo del libro. In esso Dammacco esamina «la disciplina unilaterale di attuazione dello Stato» (p. 114) e in particolare la legge n. 222/85 e la sua «posizione peculiare», in

quanto «strumento per l'esercizio della collaborazione tra ordinamenti-società» e, in specie, tra Stato e Chiesa Cattolica, e la legge n. 206/85 di ratifica ed esecuzione del Protocollo di approvazione delle norme che riguardano gli enti e i beni ecclesiastici.

L'ultima parte del volume è dedicata a «le attività, l'amministrazione e il sistema dei controlli». L'esame attiene alle fonti patrimoniali, nella considerazione di quell'elemento peculiare che è costituito dalla centralità della persona umana, come soggetto che «con il suo protagonismo legittima l'esistenza del potere dello Stato (e delle sue determinazioni sociali, politiche, giuridiche), entità dalla quale, tuttavia, è distinto» (p. 181).

Si tratta, rileva acutamente Damasco, di «un nuovo aspetto del diritto ecclesiastico civile, inteso come *legislatio libertatis*, cioè, come un sistema giuridico attratto nella sfera dei diritti di libertà della persona (sia fisica che giuridica), che si esplica non solo nel senso della libertà di adesione o di non adesione ad un credo religioso, ma anche nella libertà di contribuire o di non contribuire al perseguimento di interessi e di finalità religiose, indipendentemente dall'appartenenza all'una o all'altra confessione o dalla non appartenenza a nessuna religione» (p. 182).

Pare evidenziarsi un quadro normativo «apparentemente chiaro nella esposizione e nella formulazione letterale dei principi... ma intrinsecamente complesso e problemati-

co nella sua attuazione» (p. 219). L'esame della legislazione di attuazione, infatti, «non sembra rispettare... la volontà pattizia espressa nella Commissione Paritetica, concernente l'operatività... dei due principi dell'autonomia e dell'equilibrata osservanza delle leggi civili» (p. 230); ciò vale, ad esempio, per la normativa riferita agli Istituti per il sostentamento del clero, al Fondo edifici di culto, alle Confraternite, alle fabbricerie, in cui si finisce per attribuire «una prevalenza squilibrata al principio dell'osservanza della legge civile» (p. 234) e perciò indirettamente limitando l'autonomia della Confessione.

Il nuovo Accordo, comunque, «stabilisce un principio concernente l'amministrazione dei beni appartenenti agli enti ecclesiastici» e ha contenuti più ampi rispetto al Testo Lateranense del 1929: le Parti hanno voluto assoggettare alle norme di diritto canonico «un interesse generale e, quindi, un insieme di atti, di attività, di comportamenti» (p. 241). I controlli canonici sono volti a verificare «la compatibilità del comportamento dei soggetti responsabili nell'amministrare i beni e il patrimonio degli enti ecclesiastici con l'impegno di lealtà... assunto mediante la sottoscrizione dell'Accordo» (p. 246), del resto garantito dal riconoscimento civile degli stessi controlli canonici. L'applicazione del diritto comune consente, «nella fattispecie specifica degli enti ecclesiastici, di dare un giusto rilievo alla tutela della loro autonomia, veicolandola nell'obiettivo principale del-

la disciplina civilistica diretta alla tutela di un interesse generale alla circolazione dei beni» (p. 248).

Il volume, deliberatamente privo di conclusioni, sottolinea la problematicità dell'argomento, affrontato e condotto con scrupoloso rigore scientifico, in grado di coinvolgere anche riflessioni teologiche, canonistiche e storiche, nel cui ambito il patrimonio ecclesiastico acquista una valenza di primo piano.

Gianni Piomelli

Péter ERDÖ, *Teologia del diritto canonico. Un approccio storico-istituzionale*, Collana di studi di diritto canonico ed ecclesiastico, G. Giapichelli Editore, Torino 1996, p. XIV+218.

La prestigiosa collana diretta da Rinaldo Bertolino conferma la sua vocazione internazionale ospitando questo lavoro del noto canonista ungherese Péter Erdö. Per il solo fatto di affrontare un'impresa così ardua e complessa, qual è la stesura di un'opera d'insieme sulla teologia del diritto canonico, Erdö rivela l'ampiezza e la profondità degli orizzonti del suo lavoro intellettuale. Benché non manchino significative anticipazioni della sua preoccupazione per questi temi, eravamo più abituati a vederlo lavorare negli studi di storia del diritto canonico o in quelli sul diritto vigente, compreso il diritto ecclesiastico ungherese. Ma quest'opera dimostra la sua costante sen-

sibilità verso i problemi fondamentali, per la cui impostazione e soluzione risultano senz'altro determinanti tutte le sue capacità e competenze. Il sottotitolo del libro evidenzia bene la specificità dell'approccio di Erdö: questi muove da un contatto vitale con le istituzioni giuridiche, acquisito sia nell'indagine storica sia nello studio del diritto vigente. Senza perdere la sua identità specifica, che per l'autore è d'indole formalmente teologica, la teologia del diritto canonico può essere così meglio elaborata sulla base di una conoscenza vasta e particolareggiata dello stesso diritto canonico.

Nella sua relativa brevità, questo lavoro è assai denso, poiché tratta molti argomenti in uno spazio piuttosto ridotto. In casi del genere ogni sintesi risulta giocoforza povera e addirittura rischia di incorrere in indebite semplificazioni. Mi limiterò, perciò, a descrivere la struttura del volume, e a segnalare alcune sue linee di fondo, peraltro evidenziate dallo stesso autore nel riepilogo.

Il primo capitolo *La teologia del diritto canonico come disciplina autonoma* (nn. 1-44; le citazioni seguono la numerazione dei paragrafi) traccia la nozione di questa disciplina, e ne mostra lo sviluppo storico. Per quanto riguarda il primo aspetto, la teologia del diritto canonico viene chiaramente distinta dalla scienza del diritto canonico, «poiché non considera il diritto della Chiesa dal punto di vista della qualificazione giuridica (*quid iuris*) delle situazioni concrete, con l'analisi dei nessi interni del sistema giuridico,

ma cerca di definire, dal punto di vista della teologia cattolica, il fondamento e il valore delle singole istituzioni e del fenomeno stesso del diritto nella vita della Chiesa» (n. 1). In questo lavoro teologico viene affermata l'importanza della conoscenza della storia quale vero *locus theologicus* (cfr. n. 1), senza cadere, però, nello storicismo, poiché non va dimenticata la prospettiva ontologica (cfr. n. 1). Con il suo caratteristico senso dell'equilibrio, Erdö è ben conscio della rilevanza che le questioni teologiche fondamentali hanno per la stessa interpretazione ed applicazione delle leggi ecclesiali (cfr. n. 14), ma nel contempo previene contro, la pretesa di voler dedurre ogni norma o istituzione ecclesiale da certe basi teologiche, prescindendo sia dalle esigenze pratiche contingenti sia dalla funzione della legittima autorità ecclesiale (cfr. n. 44).

La trattazione riguardante lo sviluppo storico della disciplina è molto documentata, come è abitudine dell'autore. Chi volesse avere sul punto un quadro essenziale sulle diverse correnti storiche ed attuali, corredato da una ricca bibliografia, troverà qui un valido punto di partenza. Si nota uno sforzo costante di fedeltà al pensiero di ogni autore o scuola, e ciò costituisce un pregio molto significativo, giacché, spesso, questi *status quaestionis* sono oggetto di inconsapevoli deformazioni derivanti dall'ottica di chi li sistema. Tuttavia, mi pare che una presentazione più globale e più critica di ogni tendenza, ovviamente più rischiosa in quanto più interpretativa,

sarebbe stata ancora più illuminante. Molti spunti sparsi nel libro, e soprattutto il confronto con la posizione di fondo dell'autore, servono però a riempire in qualche modo questa lacuna, che, dall'altra parte, ha certamente il vantaggio di togliere a questo libro perfino l'apparenza di voler polemizzare.

Il paragrafo conclusivo della visione storica cerca di mostrare come la categoria dell'istituzione costituisca un elemento centrale per una concezione adeguata del diritto nella Chiesa. «Nella letteratura cattolica contemporanea, che si occupa della valutazione teologica del diritto canonico, si percepisce un notevole consenso sul fatto che anche all'interno della Chiesa esiste un "diritto istituzionale" che precede il diritto positivo. La struttura fondamentale della comunità della Chiesa coincide con l'essenza stessa della Chiesa. Perciò l'insieme delle norme giuridiche positive formali non può essere separato dalla realtà essenziale e strutturale, neanche per ragioni di trasparenza metodologica» (n. 35). Questa visione è certamente decisiva per tutto il resto del lavoro.

Il capitolo II *Il diritto e la realtà teologica della Chiesa* (nn. 45-152) rappresenta il nucleo della proposta costruttiva dell'autore. Egli inizia da Sohm, ma non perché consideri la sua radicale contestazione della legittimità del diritto nella Chiesa, quale sfida che perdura nel tempo, bensì per affermare che quell'attacco è completamente superato, in quanto lo sono le sue due premesse:

il concetto di diritto d'indole positivista, e l'immagine puramente carismatica della Chiesa primitiva, smentita già dallo stesso grande storico protestante, contemporaneo di Sohm, Harnack (cfr. n. 45-46 e nn. 52-53). Il resto del capitolo mette in evidenza la mente e la metodologia di Erdö, il quale concepisce la teologia del diritto canonico come vera teologia, e pertanto ricorre alle classiche fonti del lavoro teologico: Scrittura, Padri, Magistero, dottrina, ecc. Alla luce di queste fonti è esaminata la specifica istituzionalità teologica che caratterizza la Chiesa di Cristo.

A tale proposito sono opportunamente evidenziati i rapporti storico-istituzionali tra Israele e la Chiesa cristiana, quale nuovo Israele (cfr. nn. 57-75) — la sottolineatura di questa continuità è molto suggestiva agli effetti giuridici — e, nello stesso tempo, il fattore istituzionalizzante particolare della Chiesa, che è la continuazione della missione di Cristo (cfr. nn. 76-85). Il Verbo ed i sacramenti (si noti il plurale) sono considerati «fattori dell'istituzionalizzazione della Chiesa» (n. 86). Il realismo istituzionale, proprio dell'ottica del libro, traspare in modo speciale nella parte in cui la Sacra Scrittura viene analizzata proprio sotto questo profilo (cfr. nn. 94-95). Dopo aver mostrato questi fattori istituzionali d'indole strutturale, l'autore intende mettere in risalto che «la forza istituzionalizzante del proseguimento della triplice missione di Cristo sia tuttora attiva nella Chiesa e inciti all'elaborazione di forme giuridiche sempre

nuove, nelle circostanze in perpetuo mutamento, adeguandosi peraltro alle fondamentali disposizioni e azioni di valore determinante di Cristo» (n. 95). Questa visione dinamica trova la sua fondazione teologica nella considerazione che la Chiesa è prosecuzione dell'incarnazione di Cristo (cfr. nn. 96-99), e di conseguenza nell'esame della sacramentalità della Chiesa e delle altre dimensioni ecclesiali legate all'istituzionalità (unità, visibilità, comunione) (cfr. nn. 104-117). L'autore richiama sovente, tra le altre fonti, il pensiero di Newman, del quale apprezza quello che si potrebbe chiamare «realismo ecclesio-logico». Ad esempio, ricorda l'affermazione di Newman secondo cui «la Chiesa partecipa al triplice compito di Cristo, ma *in misura umana*» (n. 107). Invero, senza mettere in risalto, nella giusta misura, questa componente umana è impossibile concepire il diritto nella Chiesa.

Il capitolo comprende, ancora, l'esame di diversi elementi fondamentali e aspetti della struttura giuridica della Chiesa che possiedono un particolare valore teologico: il pontificato, l'episcopato, la Chiesa universale e le Chiese particolari; il sacerdozio universale e il sacerdozio ministeriale; le funzioni pubbliche ecclesiali; la sussidiarietà nella Chiesa (interessante trattazione, nella quale si ribadisce la priorità della struttura teologica della Chiesa rispetto a qualunque principio organizzativo umano); la legge naturale e il potere ecclesiale; la coscienza e l'obbedienza nella Chiesa; il rapporto tra diritti e obblighi; il luogo teologico dei «diritti

fondamentali»; e il problema sull'esistenza della libertà religiosa all'interno della Chiesa, la quale viene respinta come contraddittoria con l'essenza della Chiesa in quanto popolo unito dalla stessa professione di fede (cfr. n. 150). Inoltre, l'autore rileva, con acutezza, che è proprio il diritto di libertà religiosa della Chiesa cattolica, quale comunità di fede dotata di unità, ad escludere che colui che intende aderire ad essa possa decidere arbitrariamente sulla fede cattolica (cfr. nn. 152-153). A mio giudizio, queste riflessioni nel capitolo II, sui temi più importanti della teologia del diritto canonico, sebbene non costituiscano ancora un corpo di dottrina organico e sistematico, offrono non solo prospettive di fondo assai convincenti, ma anche materiale abbondante e di qualità per un ulteriore lavoro di costruzione ed approfondimento di questa disciplina.

Il capitolo III *Conseguenze metodologiche* (nn. 154-170) affronta il problema del metodo giuridico-canonico. Trovo molto riuscito il fatto che questo capitolo viene dopo quello dedicato all'esame della realtà stessa del diritto nella Chiesa, poiché le questioni epistemologiche e metodologiche possono essere ben impostate solo alla luce di quella realtà. E dunque, la tesi sulla necessità metodologica della visione sacrale del diritto canonico (cfr. nn. 154-158) — impostata in modo che tenga conto delle conoscenze umane naturali — fluisce in maniera armonica con l'insieme dell'esposizione precedente. Scartata ogni metodologia positivista, si riconosce la necessità dell'ap-

porto della filosofia e della storia, e si afferma decisamente che il criterio ultimo per sapere ciò che è canonicamente legittimo è sempre la verità rivelata: «La Chiesa è (...) un mistero, non solo nel suo aspetto invisibile, ma anche riguardo alla sua realtà esterna e visibile» (n. 154). Il diritto canonico non è legato a nessun concetto culturale e storico del diritto, il che «significa che il diritto canonico è legato al fondamento più profondamente antropologico del diritto, di ogni tipo di diritto» (n. 156). Per quanto riguarda l'applicazione del diritto nella Chiesa viene messo l'accento sulla sua flessibilità vitale (cfr. nn. 159-170), analizzando a tale fine diverse manifestazioni di questa caratteristica: l'equità canonica, le relazioni tra il foro esterno e quello interno e altri riflessi istituzionalizzati della flessibilità, come il riferimento alla *salus animarum* (cfr. can. 1752), di cui si sottolinea a ragion veduta l'aspetto non solo individuale ma anche quello, inscindibilmente ad esso legato, d'indole comunitaria: «Nella Chiesa la salvezza delle anime, come principio di interpretazione e di applicazione del diritto, significa contemporaneamente l'autenticità e l'efficacia della Chiesa, come unità visibile e organizzata, sacramento della salvezza e salvezza individuale dell'uomo singolo, inseparabile dal ministero e dall'efficacia sacramentale della Chiesa» (n. 163).

Il Riepilogo del capitolo IV (nn. 163-168) è un sunto sulle tesi di fondo dell'intero libro: «*il diritto della Chiesa cattolica è diritto nel senso vero del termine*» (n. 171; queste tesi

sono in corsivo nell'originale), giacché una concezione non positivistica del diritto esclude la necessità di considerarlo, in virtù delle sue caratteristiche proprie, diritto in senso analogo; «*il diritto canonico cattolico rientra nella cerchia degli ordinamenti giuridici sacrali*» (n. 172), ed esso è, pertanto, strettamente legato alla fede cattolica e quindi ai punti di vista teologici; «*i fattori istituzionalizzanti che fanno continuamente funzionare la Chiesa in quanto comunità giuridicamente organizzata sono quelli del tutto specifici*» (n. 173), come il verbo di Cristo, i sacramenti, il mandato da Lui ricevuto, fattori che appartengono al mistero della Chiesa e non ammettono una spiegazione meramente sociologica; «*nella Chiesa ci sono diversi livelli di diritto che funzionano in un'unità organica*» (n. 174): il diritto divino naturale, quello divino positivo (che comprende sia i diritti delle persone che la struttura fondamentale della Chiesa), e il diritto puramente ecclesiale, concepito quest'ultimo quale strumento per il funzionamento, la concretizzazione e la tutela del diritto divino naturale e rivelato; da ultimo, il rapporto tra diritto canonico e diritti secolari viene presentato in un modo che, pur mostrando chiaramente la diversità nei fini e nei mezzi, evidenzia la profonda continuità tra entrambi questi ordini giuridici, poiché anche quelli secolari vanno visti in rapporto alla trascendenza (nn. 175-176).

L'elenco della bibliografia citata (cfr. pp. 169-190) — di per sé un sussidio molto utile per successive

indagini —, l'indice dei nomi, e un dettagliato indice analitico, accanto all'indice generale, sono strumenti che arricchiscono l'opera.

A mio parere, questa «teologia del diritto canonico» supera polemiche di scuole, ormai quasi esaurite, non attraverso la via dell'eclettismo ma con l'apporto di nuove idee, che integrano anche gli elementi validi delle varie posizioni. In questo senso, la concezione dell'autore riesce, soprattutto, a collocarsi oltre la ricorrente contrapposizione tra ciò che è giuridico e ciò che è teologico, sostenendo che anche il diritto, e non solo quello divino, è oggetto della teologia (senza confondere il necessario con contingente, possiede un grande senso della loro inscindibile unità nella realtà della Chiesa che vive nella storia). Anziché perdersi in discussioni sottili sullo statuto epistemologico della teologia del diritto canonico, il libro basa positivamente i suoi temi principali, le sue fonti e la sua metodologia, su una ecclesiologia che accoglie l'elemento giuridico-canonico, conformemente alle caratteristiche che lo contraddistinguono nella storia della salvezza, e su un approccio al diritto, d'indole storico-istituzionale, che consente di evitare di concepirlo quale mero strumento razionale formalizzato di valore neutrale.

Un ulteriore merito del lavoro è la sua apertura a nuovi sviluppi, dal momento che rifugge la chiusura nella rigidità di un apparato nozionistico più o meno aprioristico. Certamente, la teologia del diritto canonico potrà arricchirsi molto in futuro mediante

indagini teologiche, di carattere sia storico sia sistematico. Tuttavia, ritengo, però, che *conditio sine qua non* per la riuscita di tali approfondimenti sia una migliore comprensione della realtà giuridica in se stessa. Una tale consapevolezza è implicita nel libro, specialmente laddove l'autore allude al fondamento antropologico del diritto (cfr. ad es. nn. 1, 156 e 171). Mi pare che potrebbe essere utilissimo, a tal proposito, ripensare i fattori istituzionalizzanti ecclesiali nell'ottica della concezione del diritto come oggetto della giustizia, che Javier Hervada, nella sua produzione più recente, ha proposto come base per la comprensione del diritto ecclesiale. Infatti, ritengo che la giuridicità sia essenzialmente dimensione di giustizia dei rapporti interpersonali, e solo secondariamente rappresenti un'istituzionalità, il cui senso, peraltro, dovrebbe essere maggiormente precisato, cercando, anzitutto, di collegare il concetto di istituzione giuridica con quella dimensione di giustizia. Infatti, ricorrendo ad un tale concetto di diritto, che metta a fuoco proprio quella specifica relazionalità di giustizia che lo contraddistingue nella realtà, sono convinto che tutte le grandi e profonde intuizioni dell'opera di Erdö acquisterebbero ancor più rilievo ed incisività. Penso, soprattutto che quella nozione di diritto gioverebbe molto al realismo della visione già tracciata, ed illuminerebbe sia la struttura dei fattori giuridici ecclesiali, che configurano la «statica giuridica», soprattutto, mediante una considerazione più preponderante della persona umana, quale

centro del diritto ecclesiale, sia la specifica operatività giuridica di quei fattori (gli atti, le norme, i processi, le sanzioni, ecc.) che conformano la «dinamica» giuridica, intesa quale via di determinazione e di tutela di ciò che è giusto nella Chiesa. Del resto, lo stesso autore afferma, esplicitamente, che si potrebbe sviluppare un'antropologia giuridica quale premessa della teologia del diritto canonico, proprio perché è consapevole del limite, su questo punto, del suo lavoro (cfr. n. 2, p. 10).

Alla luce di quanto esposto, non ho dubbi che, sull'argomento, nel panorama della letteratura specialistica, il libro di Erdö meriti, davvero, le entusiastiche parole della presentazione di Bertolino: esso «si rivela non solo quale la principale opera canonistica di dottrina ungherese, ma si colloca — a pieno diritto — tra le più importanti e feconde della letteratura canonistica contemporanea» (p. XIII).

Carlos J. Errázuriz M.

Bruno ESPOSITO O.P., *Il riconoscimento civile dei titoli accademici ecclesiastici in Italia: studio per la realizzazione di un pieno pluralismo*, Millennium Romae, Roma, 1996, p. 407.

La cosiddetta «questione scolastica» costituisce da vari secoli uno dei punti cruciali dei rapporti tra la Chiesa e la comunità civile, nell'ambito del quale confluiscono interessi non solo giuridici ma soprattutto ideolo-

gici e politici, e, pertanto, ha subito sensibili oscillazioni nella sua regolamentazione a seconda delle epoche e dei luoghi.

Allo scopo di presentare l'attuale disciplina del riconoscimento, da parte dello Stato italiano, dei titoli accademici rilasciati dai centri superiori di studi ecclesiastici, l'A. ripercorre in modo critico e documentato, da un lato, le tappe che hanno caratterizzato la presenza della Chiesa nel mondo universitario, e, dall'altro, i relativi rapporti con lo Stato italiano fino all'Intesa Italia-Santa Sede del 2 febbraio 1994 ed ai successivi provvedimenti.

Il primo capitolo «Evoluzione storica dell'istituzione universitaria» si prefigge di tracciare in modo sintetico una panoramica sulla nascita e lo sviluppo delle università europee dagli albori fino a tutto il secolo XIX, ossia quando la Chiesa nel riaffermare il suo diritto a fondare e dirigere istituzioni superiori di studi nei confronti delle pretese monopolistiche statali, cominciò a dar vita alle università cattoliche. Ovviamente le intenzioni dell'A. non sono quelle di descrivere minuziosamente le travagliate vicende che hanno accompagnato l'evoluzione delle università, ma invece, sulla base della dottrina più attenta e meno condizionata da pregiudizi di tipo laicista, mostrare come la fondazione delle università non fu per nulla segno di emancipazione dello spirito laico nel campo del pensiero, per rimpiazzare le scuole cristiane delle abbazie e delle cattedrali (p. 44), ma che fu proprio la Chiesa ad avere un peso determi-

nante nella promozione di queste realtà. Certamente il progressivo diffondersi dell'assolutismo politico condizionò non poco le vicende posteriori proprio nell'ambito dell'autonomia universitaria, con un accentramento sempre maggiore nelle mani del potere statale.

I capitoli II e III, sono poi dedicati alla normativa canonica in materia di educazione superiore, dove vengono analizzati cronologicamente i principali documenti ad essa attinenti, ossia il CIC 1917, la cost. ap. *Deus scientiarum Dominus* del 1931, le *Normae quaedam* del 1968, la cost. ap. *Sapientia christiana* del 1979 e il CIC 1983. In essi non soltanto viene ribadito il ruolo autonomo ed originario della Chiesa nel campo dell'istruzione superiore, come corollario della sua missione evangelizzatrice, ma costituiscono anche uno sforzo di promuovere adeguatamente la qualità scientifica dei centri di studi ecclesiastici i quali, a causa della loro progressiva emarginazione dal contesto culturale della società civile, avevano certamente subito un grave processo di involuzione. L'attuazione della normativa ecclesiale richiede peraltro un grande impegno per incentivare e mantenere nelle università e facoltà ecclesiastiche un livello accademico qualitativamente non inferiore alle corrispondenti università e facoltà civili.

Gli ultimi due capitoli (IV e V) vertono propriamente sul riconoscimento dei titoli accademici ecclesiastici nell'ordinamento italiano, suddividendo l'esame dei provvedimenti emanati al riguardo in due pe-

riodi: dal 1923 al 1984, e dagli Accordi di Villa Madama ad oggi.

L'abbondante documentazione offerta dall'A. impedisce, nei limiti di queste brevi note, anche la sola elencazione dei testi normativi analizzati. Può essere tuttavia evidenziato come l'A. sottolinei acutamente il fatto che le varie disposizioni succedutesi siano frutto, ora in un caso ora nell'altro, della prevalenza di interpretazioni improntate in modo più o meno accentuato ad una concezione ideologicamente laicista e giuridicamente statalista.

Del resto l'ipoteca statalista che grava sulla situazione italiana in campo educativo, e che non ha riscontri in nessun paese democratico di tradizione occidentale, continua ad esercitare un notevole influsso sugli esiti in questione, basti pensare che attualmente sono considerate discipline ecclesiastiche solo la Teologia e la Sacra Scrittura; vi è comunque uno spiraglio affinché vi siano in futuro ulteriori passi sulla via di un pieno e reciproco riconoscimento (p. 326). È l'augurio che l'A. fa prospettando varie possibilità che potrebbero essere utilmente percorse (pp. 323-325).

In conclusione il volume rappresenta un valido contributo per la conoscenza di questa intricata problematica, nella speranza che l'A., come lascia intravedere a più riprese, possa proseguire la ricerca estendendo la sua attenzione ad altri paesi europei e non, dove la Chiesa è presente al servizio, anche intellettuale, di ogni uomo.

Davide Cito

Georg GÄNSWEIN, *Kirchengliedschaft - Vom Zweiten Vatikanischen Konzil zum Codex Iuris Canonici. Die Rezeption der konziliaren Aussagen über die Kirchenzugehörigkeit in das nachkonziliare Gesetzbuch der Lateinischen Kirche*, Münchener Theologische Studien III. Kanonistische Abteilung, 47. Band, EOS Verlag, St. Ottilien, 1995, p. XLVIII + 239.

L'appartenenza alla Chiesa — Dal Vaticano II al CIC, è il titolo dell'opera presentata dal canonista tedesco quale dissertazione per ottenere il grado di Dottore presso l'Istituto Canonistico di Monaco di Baviera. Il sottotitolo specifica che la ricerca è rivolta principalmente ad analizzare la ricezione codiciale (CIC) delle affermazioni conciliari sull'appartenenza alla Chiesa. A tale scopo, dopo un capitolo introduttivo (A), l'A. suddivide lo studio nelle seguenti cinque sezioni: B.: Le affermazioni del Vaticano II sull'appartenenza alla Chiesa; C.: La ricezione delle affermazioni conciliari sull'appartenenza alla Chiesa nel progetto della «Lex Ecclesiae Fundamentalis»; D.: La ricezione delle affermazioni conciliari sull'appartenenza alla Chiesa nelle riflessioni scientifiche intorno alla «Lex Ecclesiae Fundamentalis»; E.: La ricezione delle affermazioni sull'appartenenza alla Chiesa negli Schemi del CIC; F.: La normativa canonica sull'appartenenza alla Chiesa nel CIC 1983. Lo studio raccoglie anche una bibliografia alquanto completa che occupa ben 25 pagine.

Anche se la questione dell'appartenenza alla Chiesa non venne tematizzata direttamente da nessun documento del Vaticano II, tuttavia l'approfondimento nella comprensione della Chiesa promosso dal Concilio non poteva non avere importanti ripercussioni anche riguardo a detta questione. Un'importanza particolare va riconosciuta in quel cambiamento di prospettiva che dalla considerazione della Chiesa come Corpo mistico di Cristo ha portato a sottolineare la nozione di Popolo di Dio. Altrettanto influenti, e affiorate con forza nel Concilio, sono state la sensibilità ecumenica e quella riguardante la salvezza. Lo studio della normativa codiciale sulla materia deve quindi necessariamente essere svolto — come accuratamente ha fatto l'A. — sulla base dei dati offerti dal Concilio.

Se questi ultimi appaiono congruenti e costituiscono un notevole progresso rispetto alle precedenti posizioni magisteriali, non altrettanto può affermarsi della rispettiva normativa codiciale. I quattro canoni del CIC che regolano l'appartenenza alla Chiesa (96, 204, 205, e 206) presentano infatti alcune incongruenze e difficoltà di interpretazione. Merito del presente lavoro è l'aver saputo individuare tali problemi e l'aver segnalato i motivi che portarono a dette incongruenze. Non è questo il momento di ricordare il cammino, a volte complesso, seguito dai vari canoni fino alla loro formulazione definitiva. Ci limitiamo perciò a segnalare le conclusioni (pp. 227-230) a cui è giunto l'A.

Il c. 96 non sembra collocato correttamente, dato che si trova fra le norme generali pur non avendo molto a che vedere con la tecnica legislativa e formulando invece un principio di grande importanza dal punto di vista costituzionale. Come introduzione al titolo VI del I libro (*De personis physicis et iuridicis*) sarebbe stato sufficiente un canone con una norma generale in conformità con la tecnica giuridica. Il posto adatto per quanto viene formulato nel c. 96 sarebbe stato quello occupato dal c. 204.

Il c. 204 proviene dallo Schema del CIC/1982 e, secondo l'affermazione della segreteria della Commissione di riforma del CIC, era pensato come descrizione del «christifidelis», ossia del membro della Chiesa Cattolica. Purtroppo all'ultimo momento venne aggiunto al c. 204 un secondo paragrafo, che tende a modificare il senso del primo paragrafo. Il secondo paragrafo porta infatti a pensare che nel primo si stia parlando della Chiesa di Cristo e che il termine «christifidelis» significhi di conseguenza semplicemente i cristiani. Il fatto è particolarmente spiacevole, dato che proprio in un canone di tanta importanza costituzionale il Codice usa il termine «christifidelis» in un senso diverso da quello utilizzato in tutti gli altri canoni.

Il c. 205 non viene stranamente più commentato nelle conclusioni, ma presenta almeno altrettanti problemi come i due canoni precedenti e l'A. gli dedica un'attenzione particolare. Le questioni suscitate da

questo canone sono due e interdipendenti: da una parte il canone si apre con l'enigmatica (perché non trova spiegazione nel canone) espressione «plene», d'altra parte ci si domanda sul motivo della soppressione dell'inciso conciliare «*Spiritum Christi habentes*». La conclusione dell'A. è che l'avverbio «plene» aveva un senso nel testo conciliare proprio in virtù dell'inciso pneumatologico. Esso indica infatti il modo più perfetto e fruttuoso con cui un cattolico vive la sua appartenenza alla Chiesa. L'A. si appoggia al riguardo sulle pertinenti osservazioni del suo maestro W. Aymans, secondo il quale la costruzione participiale di LG, 14/b indica che questo inciso non può venir considerato alla stregua degli altri tre elementi dell'appartenenza alla Chiesa Cattolica (*plena communio*), elementi che vengono enumerati nel seguito della frase di LG 14/b, ma che esso è un po' come il motore, il principio dinamico, o ciò che dà vita a tutto il resto. Esso indica che l'appartenenza alla Chiesa non deve limitarsi alla mera manifestazione esterna della fede, ma richiede la testimonianza di un sincero convincimento; non può essere mero sacramentalismo esterno, ma autentica vita sacramentale; non una socialità inerte, ma partecipazione generosa alla vita della comunità.

Un'altra osservazione critica rispetto ai canoni del CIC sul tema dell'appartenenza alla Chiesa riguarda la mancata ricezione del c. 7 dello Schema LEF/1980. Quel canone riproponeva infatti l'approc-

cio positivo del Vaticano II riguardo ai fedeli non cattolici, riconoscendo il valore ecclesiale di tanti elementi della Chiesa di Cristo che si trovano anche al di fuori del recinto visibile della Chiesa Cattolica.

Tutte queste conclusioni ci sembrano ben fondate e documentate da una precisa e rigorosa analisi. Riguardo al c. 205 meraviglia che l'A. non presti attenzione al corrispondente canone del CCEO (c. 8). Esso riprende infatti il dettato del c. 205 CIC, ma lascia cadere l'avverbio «plene» e parla semplicemente della «plena comunione» in cui si trovano i fedeli della Chiesa Cattolica. Ciò potrebbe essere considerato quasi come una interpretazione del legislatore riguardo al significato del c. 205 e una conferma dell'esattezza delle osservazioni esposte dall'A.

Ci sembra anche interessante ricordare la proposta dell'A. (pp. 23-24) di utilizzare due termini distinti per riferirsi all'appartenenza alla Chiesa a seconda che si tratti dell'incorporazione alla Chiesa di Cristo — che avviene con il battesimo — o che si tratti della comunione piena o non piena con la Chiesa Cattolica. Nel primo caso l'A. propone l'utilizzo del termine *Gliedschaft* (che significa «l'essere incorporato»), si potrebbe parlare di «incorporazione» intesa non come atto, ma come risultato dell'atto), mentre nel secondo si potrebbe utilizzare il termine *Zugehörigkeit* (che significa «appartenenza»). Ciò avrebbe il vantaggio di sottolineare l'effetto indelebile del carattere bat-

tesimale e permetterebbe di utilizzare senza problemi il termine di « appartenenza » con le sfumature (gradualità) che corrispondono alle diverse situazioni ecclesiali. L'A. non è tuttavia sempre conseguente nell'utilizzo di tale terminologia come si osserva per esempio nello stesso titolo e sottotitolo del volume; nemmeno ci sembra chiaro perché nel titolo « E » si utilizza il termine *Zugehörigkeit*, mentre nel titolo « F » si parla di *Gliedschaft*.

Queste osservazioni critiche, quasi marginali, non impediscono di affermare che il lavoro è veramente esemplare sia per quanto riguarda gli aspetti scientifici che quelli formali.

Arturo Cattaneo

J.W.M. HENDRIKS, *Huwelijksrecht. Canon 1055-1165 van het wetboek van canoniek recht*, Colomba-Tabor, Oetgeest-St.-Kruis/Brugge, 1995, p. 254.

Après avoir déjà publié trois ouvrages aux éditions Tabor et Colomba entre 1987 et 1994 sur l'école catholique, le droit canonique et la doctrine conciliaire, le prof. J. Hendriks traite à présent du droit matrimonial. Son expérience à la fois d'enseignant aux Séminaires de 's Hertogensbosch et de Roermond et de juge ecclésiastique lui est venue à point pour réaliser ce commentaire, synthétique mais complet, des canons 1055 à 1165. L'ouvrage

comprend trois parties: les notions fondamentales du droit matrimonial (cc. 1055-1062), la conclusion du mariage (cc. 1063-1133) et les effets du mariage (cc. 1134-1165). L'auteur n'hésite pas à aborder les aspects théologiques et historiques de certaines questions. Il veille également à étayer la présentation de la doctrine matrimoniale canonique de références à la jurisprudence rotale.

Dans sa présentation du mariage, le prof. J. Hendriks met en évidence l'optique personnaliste du Concile Vatican II, son reflet dans le Code de droit canonique de 1983 et son contraste par rapport au Code de 1917. Selon lui, le can. 1055 § 1 n'indique *pas des fins* (encore moins un renversement dans la hiérarchie des fins) mais bien *l'essence* de la communauté de toute la vie qui caractérise le mariage, à savoir le bien des époux ainsi que la génération et l'éducation des enfants. Sans mettre en cause cette interprétation, courante dans la doctrine et bien argumentée dans le livre, on peut toutefois se demander s'il est acceptable de passer sous silence la finalité d'une institution, que ce soit le mariage ou n'importe quelle autre. Le choix pastoral opéré par les Pères conciliaires et repris dans le Code est tout à fait légitime, opportun et communément reconnu, mais le questionnement scientifique sur la finalité du mariage ne devrait pas, à nos yeux, devenir un sujet « tabou ». N'y a-t-il pas là une lacune que la doctrine devra combler, d'autant que, depuis le Code de 1983, le ma-

gistère s'est prononcé sans ambages sur la « double fin » du mariage (*Catéchisme de l'Église catholique*, n. 2363). Nous n'en tiendrons toutefois pas rigueur à l'auteur, dont le propos était une initiation au droit matrimonial.

Le prof. Hendriks présente de manière équilibrée et nuancée les avantages et les inconvénients qu'offrent les termes *alliance* et *contrat* (tous deux présents dans le C.I.C.): alors que le premier met en relief la dimension sacramentelle, le second souligne la cause efficiente, le consentement des parties. Il fait voir également le rôle capital de l'intention matrimoniale (plutôt que celui de la foi) pour pouvoir se marier devant l'Église. Concernant le *ius ad consortium vitae*, il inclut dans ce concept à la fois un *ius in corpus*, revu et amélioré dans une optique personnaliste, et un *ius ad communionem animarum*. A propos du can. 1095, 3°, il rappelle que la majorité des auditeurs de la Rote exigent qu'il s'agisse d'une incapacité absolue existant au moment de l'échange des consentements. En matière de simulation, il reconnaît la possibilité d'une exclusion de la sacramentalité du mariage lorsque le rejet de la sacramentalité prévaut sur la volonté matrimoniale.

Signalons également une bibliographie fournie ainsi qu'un index thématique et une table synoptique des canons des Codes de 1917, de 1983 et des canons orientaux. Cet ouvrage soigné a aussi le mérite d'être l'un des premiers manuels de

droit matrimonial parus en néerlandais.

Jean-Pierre Schouppe

ROTAE ROMANAE TRIBUNAL, *Decreta selecta inter ea quae anno 1983 prodierunt cura eiusdem Apostolici Tribunalis edita*, vol. 1, Libreria Editrice Vaticana, 1996, p. XIII+121 (*RRDecr.*, 2 C1984), p. XV+154; *Id.*, 3 (1985), p. XXI+279).

Per lo studioso del diritto processuale canonico e per quanti lavorano presso i tribunali della Chiesa (i cosiddetti « operatori del diritto ») la pubblicazione che presentiamo comporta un evidente vantaggio. Questo nuovo Periodico, infatti, era atteso da tempo perché consente, a tutti e in modo pienamente affidabile e completo, l'accesso alla giurisprudenza rotale in materia processuale, a partire dal 1983, anno di promulgazione del nuovo codice latino.

Nella *Praefatio* della nuova raccolta giurisprudenziale — che abbrevierò con *RRDecr.* — il Decano della Rota Romana indica i criteri ermeneutici atti a tipicizzare la natura dei provvedimenti pubblicati (cfr. *RRDecr.*, 1 C1983), pp. III e IV). Così facendo, Mario Francesco Pompedda si ricollega — per la densità dei contenuti e per l'eleganza con cui la *Praefatio* è stata redatta — alle note pagine del suo predecessore Michele Lega apparse sul primo fascicolo delle *S. Romanae*

Rotae decisiones seu sententiae (cfr. *SRRD*, 1 (1909), pp. V-LIV), quantunque Pompèdda, a differenza del Lega, accenni solo molto brevemente agli aspetti storici, essendo a disposizione degli interessati la monumentale opera, in quattro volumi, del Cerchiarì, finora non superata (*Capellani Papae et Apostolicae Sedis Auditores causarum Sacri Palatii Apostolici seu Sacra Romana Rota ab origine ad diem usque 20 Septembris 1870. Relatio historica-iuridica*, Romae, 1919-1921). Tuttavia, i succinti cenni storici della prefazione (p. III) ricordano che, per diversi secoli, le «decisiones rotales» erano solo le «conclusioni» dei giudici, previe alla sentenza, oppure la «motivazione» data alle parti, la quale, formalmente, non faceva parte della sentenza (vide la nostra *Historia de la motivación de la sentencia canónica*, Zaragoza, 1985, pp. 163-166). Dal momento della riforma della Rota Romana — fatta dalla cost. ap. *Sapientis consilio*, 29 giugno 1908, e dalle altre contemporanee norme di attuazione — tutte le «decisiones» (sentenze e decreti) sono veri e propri provvedimenti giudiziari.

Comunque, finora, il Tribunale Apostolico curava solo la pubblicazione delle «sentenze» di merito, non dei decreti. Quindi i provvedimenti sulle questioni incidentali, pregiudiziali e preliminari — tutti riguardanti aspetti di natura processuale — restavano nell'archivio rotale, formando parte delle decisioni protocollate nel cosiddetto «Bollettino bis», per differenziarlo dal pro-

tollo delle sentenze di merito, chiamato semplicemente «Bollettino». Solo alcuni di detti decreti erano pubblicati privatamente su qualche Rivista, con la dovuta autorizzazione del tribunale (cfr. *Normae Romanae Rotae Tribunalis*, 18 aprile 1994, art. 100 § 2). Fra tali pubblicazioni non ufficiali si devono segnalare i *Quaderni dello Studio Rotale*, promossi, nel 1987, dallo stesso Pompèdda nella veste di direttore dello Studio Rotale (vide *Ius Ecclesiae*, 1 (1989), pp. 334-336). Tuttavia, i *Quaderni* non hanno comportato un'informazione sufficientemente rappresentativa della giurisprudenza rotale in materia processuale, pur avendo un rapporto istituzionale con il Tribunale Apostolico, situazione che, comunque, conferisce un particolare valore ai decreti ivi pubblicati, come accennava l'*Editoriale* del secondo fascicolo del 1987 (cfr. p. 5 e la sezione «Giurisprudenza processuale», in *ibidem*, pp. 91-109). D'altra parte, la recente raccolta computerizzata della giurisprudenza della Rota Romana include, per il momento, i decreti emanati dal 1966 al 1990 (cfr. *Ius Canonicum et Iurisprudencia Rotalis* in CD-ROM, Libreria Editrice Vaticana - Giuffrè, Città del Vaticano, ed. 1996), ma non offre, come vi si accenna nella prefazione dei *RRDecr.* (1983, p. III), l'autorevolezza della collezione che presentiamo.

Il Decano, da maestro di diritto processuale (per anni è stato professore della materia presso lo Studio Rotale e presso altri prestigiosi cen-

tri di studio; inoltre, *vide* M.F. Pompedda, *Studi di diritto processuale canonico*, Milano, 1995), nella *prefazione* attira l'attenzione sulla diversa natura e sulle distinte procedure dei decreti decisori «di rito», tralasciando quelli meramente ordinatori. Particolare interesse suscita il richiamo alla procedura «per memorialia», cioè quando, rispettando un minimo di essenziale dibattito processuale (i *memorialia*, *stricto sensu*, sono gli scritti delle parti in difesa delle proprie posizioni e richieste), non sono adempiute tutte le esigenze formali essenziali della sentenza (ad es., la citazione, la *litis contestatio* ecc.), pur trattandosi di un provvedimento giudiziario, di natura decisoria e non meramente ordinatoria: «decreta decisoria supponunt brevem disputationem in contradictorio, non autem per proposita dubia, sed tantum per memorialia; continent breves rationes in iure et in facto, et partem dispositivam» (F. ROBERTI, *De processibus*, vol. 1, ed. 2, 3^a rist., Romae, 1941, n. 185, p. 519; cfr. M. LEGA - V. BARTOCETTI, *Commentarius in iudicia ecclesiastica*, vol. 2, Romae, 1950, pp. 851-859). Una tale procedura era prevista dal can. 1840 § 3 del CIC 1917 — quantunque non fosse utilizzato il termine «per memorialia» (cfr. A. LAVER, *Index verborum Codicis Iuris Canonici*, Typis Polyglottis Vaticanis, 1941) —, dalle norme rotali del 1934 (cfr. art. 112) e dall'istr. *Provida Mater Ecclesiae* (cfr. artt. 192-193). I nuovi codici invece non prevedono esplicitamente una tale possibilità (cfr. X.

OCHOA, *Index verborum ac locutionum Codicis iuris canonici*, ed 2, Città del Vaticano, 1984; I. ZUZEK, *Index analyticus Codicis Canonum Ecclesiarum Orientalium*, in *Kanonika*, vol. 2, Roma, 1992) che, comunque, è stata accolta dalle *Normae Rotae* del 1994 (cfr. artt. 75 e 76; A. STANKIEWICZ, *Rilievi procedurali nel nuovo «ordo iudiciarius» della Rota Romana*, in *Ius Ecclesiae*, 7 (1995), pp. 77-79).

L'identificazione generica fra i decreti decisori e l'assenza assoluta del contraddittorio (del dibattito processuale) non era determinata nel sistema del CIC 1917 né, tanto meno, in quello vigente che, addirittura, stabilisce un tipo di decreto — quello di conferma della sentenza *pro nullitate matrimonii* di prima istanza (cfr. can. 1682 § 2) — che, pur non rientrando nella fattispecie di cui al can. 1618, è equiparato a tutti gli effetti alla sentenza definitiva (cfr. can. 1684). D'altra parte, la Rota Romana definisce con decreto — «ad instar incidentium» — le questioni riguardanti la *nova causae propositio*, la *restitutio in integrum* e la querela di nullità (cfr. *Praefatio*, p. III). Ne deriva l'utilità del ricupero, normativo e giurisprudenziale — come appunto fanno le nuove *Normae* del 1994 e sottolinea la *prefazione* — dei decreti «per memorialia», in cui il contraddittorio è presente, quantunque sia ridotto all'essenziale. Altrimenti, senza detto ricupero, ne potrebbe soffrire la concettualizzazione precisa e comprensibile di decreto, di sentenza interlocutoria e delle diverse fattispecie di questio-

ni incidentali, pregiudiziali o preliminari (cfr. cann. 1627 e 1631), giacché il combinato disposto dei cann. 1589, 1607, 1617 e 1618 offre un quadro piuttosto complesso e, inoltre, nel processo contenzioso orale — che, comunque, prevede la sentenza definitiva (cfr. cann. 1668 e 1670) —, è consentito al giudice «normis processualibus, quae non sint ad validitatem statutae, derogare, ut celeritati, salva iustitia, consulat» (can. 1670). Quindi, il *decreto* «per memorialia» si potrebbe definire come ogni decisione giudiziaria — di natura non meramente ordinatoria che, perciò, deve adempiere ai presupposti minimi essenziali del contraddittorio e del rispetto del diritto di difesa di entrambe le parti — su una questione processuale (di «rito») pregiudiziale, incidentale o preliminare, che non costituisca l'oggetto principale della causa e che *ex lege* non debba essere risolta con sentenza definitiva, e sulla quale il legislatore abbia affidato alla discrezionalità del giudice la scelta, per motivi di economia processuale, fra questa procedura «per memorialia» e quell'altra propria della sentenza interlocutoria, in cui, a differenza della prima, sono necessari, almeno implicitamente, tutti gli elementi essenziali del normale svolgimento del processo (cfr. cann. 1589, 1607, 1617, 1618, 1627 e 1631. *Vide* altri tentativi di sistemazione concettuale in M.J. ARROBA, *Diritto processuale canonico*, ed. 2, Roma, 1994, pp. 423-425, o in P.V. PINTO, *I processi nel codice di diritto canonico. Commento sistema-*

tico al Lib. VII, Città del Vaticano, 1993, pp. 393-394).

Inoltre, nella *prefazione* al primo volume vi è un accenno al concetto di «giurisprudenza rotale», laddove tale giurisprudenza è tipicizzata con due precisi avverbi: «constanter» e «concorditer» (p. III). Un tale cenno appare particolarmente opportuno poiché la giurisprudenza dei tribunali apostolici — in particolare, quella della Rota Romana — ha uno speciale valore nomopoietico nel caso di lacuna di legge (cfr. can. 19; Giovanni Paolo II, *Discorso alla Rota Romana*, 23 gennaio 1992, n. 4, in *AAS*, 85 (1993), pp. 140-143; M.F. POMPEDDA, *La giurisprudenza come fonte di diritto nell'ordinamento canonico matrimoniale*, in *Studio Rotale. Quaderni*, 1 (1987), pp. 47-72). È in questo modo che l'opera giurisprudenziale dei diversi turni degli uditori (essendo la Rota un organo essenzialmente collegiale), divulgata dalla nuova pubblicazione, potrà adempiere efficacemente a quella grave e antica mansione del Tribunale Apostolico, che il Pontefice ha voluto esplicitare nell'art. 126 della cost. ap. *Pastor bonus*: aiutare i tribunali inferiori e promuovere l'unità della giurisprudenza all'interno dell'ordinamento canonico, sia in questioni di merito sia in quelle processuali o «di rito». Una tale unità è confacente con la cosiddetta «centralizzazione normativa processuale», che è stata esplicitamente imposta dal legislatore laddove ha prescritto il divieto della dispensa dalla legge processuale (cfr. CIC cann. 87 § 1, 135 §

3; CCEO cann. 985 § 3, 1537), corrispondente a quella intrinseca esigenza di rispetto della norma predisposta a tutela del diritto di difesa dei fedeli e di ogni persona che sia titolare di un qualche bene giuridico protetto dall'ordinamento canonico. Tale rispetto comporta per il giudice un obbligo addirittura più forte — benché sia sempre compatibile con l'*aequitas canonica* — di quello richiesto dalle norme positive di natura non processuale, come il Pontefice ha voluto ribadire in diversi suoi discorsi alla Rota, citati nella prefazione (pp. III e IV).

Il Periodico riporta l'indice di tutti i decreti — tranne quelli di cui al can. 1682 § 2 — emanati nei rispettivi anni, con indicazione del *thema decidendum*, dei membri del turno, del ponente, delle parti pubbliche (promotore di giustizia e difensore del vincolo), dei patroni, della data e del dispositivo del provvedimento. In questo modo, anche se è solo pubblicato il testo di alcune decisioni (gli altri decreti sono indicati nell'indice con «*»), è possibile avere una conoscenza completa dell'attività «di rito» della Rota. I volumi presentano, inoltre, un intelligente e curato indice analitico, che facilitano notevolmente la consultazione. Un plauso, dunque, ai giudici e agli altri membri del Tribunale Apostolico perché con questa nuova pubblicazione — concretizzatasi per l'impegno del Decano, con la collaborazione degli uditori, particolarmente di quelli più esperti nell'insegnamento del diritto processuale, e del capo della cancelleria

— la loro attività di servizio alla Chiesa universale diventa più efficace ed incisiva.

Joaquín Llobell

Madeleine RUESSMANN, *Exclaustration, its nature and use according to current law*, Pontificia Università Gregoriana, Roma, 1995, p. 550.

Nella collana *Tesi Gregoriana. Serie Diritto Canonico* viene pubblicato questo ampio studio in lingua inglese di Suor Madeleine Ruesmann sull'esclaustrazione.

Esso si suddivide in due parti, che corrispondono, rispettivamente, al momento di presentazione/costruzione scientifica di tale istituto canonico ed a quello dell'esame della prassi della Congregazione per gli Istituti di Vita Consacrata e le Società di Vita apostolica (CIVCSVA) in tale ambito.

Partendo dall'esame della normativa codiciale vigente, messa a confronto con quella del Codice piano-benedettino, e facendo riferimento tanto alla vigente prassi della Curia Romana, quanto alla dottrina dei commentatori dei due Codici latini di diritto canonico, vengono ordinatamente presentati i diversi aspetti dell'esclaustrazione: tipi, autorità competente, requisiti, cause, durata, effetti giuridici, soggetto, procedura... Essa viene anche messa a confronto sia dal punto di vista legale, sia da un punto di vista pratico con altri istituti giuridici del diritto

circa la vita religiosa, quali l'assenza, la partenza e la dimissione dall'Istituto religioso, di cui si tratta ai cann. 684 ss. Ne risulta un quadro articolato e completo dell'esclaustrazione, il cui studio è favorito anche dal rinvio a delle tavole sintetico-chiarificatrici poste in appendice al volume.

Dopo aver esaminato « *the law regarding exclaustration* », l'A. passa ad « *an analysis of the CIVCSVA exclaustration cases* », e precisamente quelli dell'anno 1988, che sono stati complessivamente 223. La scelta dell'anno 1988, da un lato, intende prendere in esame un periodo ad un quinquennio dalla promulgazione del Codice di Giovanni Paolo II, dall'altro, permette all'A. di osservare lo sviluppo avuto dai casi presi in esame negli anni successivi. Anche in questa analisi, la Ruesman compie uno studio statistico (sintetizzato pure da alcune tavole in appendice) e, soprattutto, un esame contenutistico molto particolareggiato di tale casistica. Di particolare interesse ci sembrano, fra l'altro, le osservazioni circa l'area geografica, il tipo di istituto religioso, l'età e gli anni di vita religiosa delle persone consacrate che hanno chiesto o ricevuto l'esclaustrazione in tale anno (pp. 289-303), nonché l'analisi dei motivi adottati (pp. 319-350).

L'A., tenendo presente la visione generale sulla vita religiosa e i suoi elementi essenziali, giunge alla conclusione che il ricorso all'esclaustrazione — la cui natura e prassi andrebbero meglio conosciuta da Superiori e membri degli Istituti di vita

consacrata — deve essere per tali istituti un « *a last resort* », per quello che l'esclaustrazione significa per la situazione della persona consacrata che la chiede o riceve, come pure per il suo Ordine e Congregazione e per la vita religiosa in se stessa e in riferimento al suo ruolo e missione nella Chiesa e nel mondo: « *Exclaustration as a juridic has a place, but as a grave measure, its use should be rare* » (p. 458). Secondo l'A., per limitare il ricorso a tale istituto, si tratta soprattutto di rivedere e migliorare tanto la selezione, quanto la formazione iniziale e permanente dei membri degli Istituti di vita consacrata.

L'opera di Suor Madeleine Ruesmann costituisce non solo un riuscito studio nel campo del diritto della vita religiosa e del corrispondente ambito della prassi della Curia Romana, che sarà certamente utile a studiosi e studenti della materia, ma, a nostro avviso, anche un utile strumento teorico-pratico per la vita ed il governo interno degli Istituti di vita consacrata.

Antonio Filipazzi

Jean-Marie SWERRY, *Aumôneries catholiques dans l'enseignement public. Un renouveau de la laïcité?*, Les Éditions du Cerf, coll. « Droit canonique et droit civil ecclésiastique », Paris, 1995, p. 439.

L'auteur, qui est vice-chancelier du diocèse d'Arras, secrétaire natio-

nal de l'Aumônerie de l'enseignement public et professeur à la faculté de droit canonique de l'Institut catholique de Paris, limite sa recherche à l'histoire institutionnelle et à l'analyse juridique. Dans ce qui est le fruit de sa thèse de doctorat en droit français et de sa thèse de doctorat en droit canonique, il montre tout d'abord les racines historiques et retrace la genèse du statut des aumôneries de l'enseignement public en droit français à travers les différentes étapes de la laïcisation de l'école. D'où une première partie intitulée « Racines », qui souligne la présence discrète des aumôniers aux temps orageux du concordat, car les aumôneries sont contemporaines de la création des lycées. Le régime de séparation « hostile », instauré par la loi du 9 décembre 1905, rend aléatoire la condition de ces aumôneries. La « guerre scolaire » est toujours prête à resurgir, tel le serpent du Lochness... Une solution est toutefois cherchée en 1959, qui aboutit à la loi du 31 décembre de la même année (dite loi Debré), dont l'article 1er proclame que « suivant les principes définis dans la Constitution, l'État assure aux enfants et adolescents dans les établissements publics d'enseignement la possibilité de recevoir un enseignement conforme à leurs aptitudes dans un égal respect de toutes les croyances. [...] Il prend toutes dispositions utiles pour assurer aux élèves de l'enseignement public la liberté des cultes et de l'instruction religieuse ».

L'auteur décrit en détail les structures du service d'aumônerie dans le cadre de la laïcité et en analyse l'organisation et le fonctionnement en régime de séparation. C'est l'objet de la deuxième partie, « Structures ». L'attitude de l'épiscopat connaît une évolution qui va de la condamnation formelle à une reconnaissance pratique de l'enseignement public. L'année 1960 marque une étape importante dans l'évolution et la normalisation, puisqu'elle voit à la fois la promulgation des textes de base du statut réglementaire actuel sur le plan civil et la création du Secrétariat général des aumôneries de l'enseignement public au sein des services de l'épiscopat. C'est ainsi qu'il est loisible de parler du caractère « mixte » du service d'aumônerie, du fait de sa réglementation à la fois par l'État et par l'Église.

Se produisent en même temps des « Métamorphoses », qui sont analysées dans la troisième partie de l'ouvrage. Il s'agit non seulement de l'explosion de l'école et de la jeunesse, mais aussi de la réforme opérée par le concile Vatican II. Les publications internes de l'aumônerie de l'enseignement public sont essentielles pour cerner la contestation puis le désintérêt pour l'approche institutionnelle qui s'ensuit. La déclaration de l'épiscopat sur l'école en 1969 précède d'une année les états généraux de l'Aumônerie, qui marquent l'aboutissement de sa réorganisation pastorale et inaugurent son histoire récente. Le réseau institutionnel de l'Aumônerie se modifie

tant par la multiplication du nombre des acteurs que sous l'effet de la transformation des rôles dans l'aumônerie et que par la prise de conscience de la grande diversification existante de modèles d'aumôneries. Un projet d'aumônerie de l'enseignement public doit tenir compte de quatre pôles: l'attention à la vie des jeunes et au passage que constitue pour eux l'adolescence; l'attention à la vie de l'école, au type de formation qu'elle dispense et aux cultures contemporaines; l'initiation à la foi chrétienne et à la vie ecclésiale; l'apprentissage de l'action, de la responsabilité, de la communication et du respect des autres. En tout état de cause, la constitution de l'Aumônerie de l'enseignement public est un des moyens qui s'offrent aux évêques pour accomplir leur mission d'enseignement.

L'accomplissement de la mission des aumôniers doit tenir compte à la fois des normes du code de droit canonique et des redéfinitions en cours de la laïcité. D'où les « Perspectives » de la quatrième partie. L'analyse canonique ne peut minimiser les difficultés que posent des termes tels que « communauté » et « mission ». La diversité des aumôneries ne peut être enfermée dans un modèle unique de référence ou dans un même moule. En outre, les questions canoniques abordées (personnalité juridique, droit associatif, critères d'appartenance, communauté hiérarchique, exercice de la charge d'enseignement, office ecclésiastique, protection des per-

sonnes, etc.) concernent l'ensemble de l'Église et de ses regroupements, et mériteraient donc des recherches plus approfondies, qui dépassent le cadre du travail, déjà important, du professeur Swerry. Étudiant les hypothèses canoniques relatives à la nature de l'aumônerie, l'auteur passe d'abord en revue les divers modèles théoriques: l'aumônerie, service d'Église? l'aumônerie, communauté hiérarchique?, l'aumônerie, communauté associative? Après avoir rejeté les hypothèses de prélatrice personnelle et de paroisse universitaire, le professeur Swerry propose en conclusion de retenir le statut d'association publique pour ériger l'Aumônerie en personne juridique, statut qui permet d'organiser l'Aumônerie à ses différents niveaux tout en étant « reconnue au sein des Églises diocésaines, comme dans sa dimension nationale, par le jeu d'une confédération d'associations publiques ». Des problèmes naissent aussi de l'exercice d'une coresponsabilité au sein de l'aumônerie. La notion d'office ecclésiastique ne semble pas apte à recouvrir l'ensemble des fonctions exercées ou des responsabilités confiées dans l'Aumônerie de l'enseignement public, car certaines de ces charges n'ont pas la stabilité requise pour constituer un office (pensons aux « permanents » auxquels l'auteur consacre les p. 260-264, et sur lesquels il revient aux p. 399-402 à propos des questions de droit du travail que leur existence soulève). Cependant l'auteur est d'avis que, à condition de faire

référence aux orientations du réseau national de l'Aumônerie de l'enseignement public, la constitution d'offices propres à ladite Aumônerie par loi particulière ou par décret général selon le c. 29) pourrait conforter celle-ci en lui assurant une claire existence juridique dans l'Église. Dans cette optique, il paraît souhaitable de parvenir à déterminer la fonction de « responsable d'aumônerie », terme que les circulaires du ministère de l'Éducation nationale utilisent et de faire en sorte que la qualité de « ministre du culte » ne porte pas exclusivement sur les ministres ordonnés? Le « prêtre-accompagnateur » de l'aumônerie ne s'identifie pas pleinement à la figure du chapelain (c. 564) ni à celle du prêtre modérateur (c. 517)

L'auteur peut souligner que « l'importance du lien historique et organique des aumôneries à l'école souligne le rapport indissociable du mode de réalisation de leur mission à une pratique directe de la laïcité », ce qui fait toute la spécificité de l'aumônerie de l'enseignement public. Mais il reconnaît aussi que l'existence des aumôneries dépend encore trop largement de la bienveillance des recteurs d'Académie, de la sollicitude des pasteurs et de la bonne volonté des animateurs et de ceux qui ont recours à ses prestations. L'hypothèse de l'association publique de fidèles lui semble vraiment à même d'assurer une présence d'Église authentique tout en conservant un projet autonome qui n'engage pas l'Église tout entière,

et qui peut être un chemin privilégié de dialogue avec la culture moderne, selon un modèle missionnaire. Et ce dans un monde qui connaît des mutations profondes et une évolution certaine de la laïcité du fait, non seulement de l'espace européen, mais aussi de la perte des références chrétiennes chez beaucoup d'individus et de la présence de plus en plus forte de ressortissants d'un islam qui n'est pas toujours modéré, mais qui ne saurait être ignoré.

L'ouvrage du professeur Swerry, agrémenté d'une préface du Président Imbert et d'une postface de Mgr Valdrini, Recteur de l'Institut Catholique de Paris, est d'une grande richesse. Il permet indéniablement de nourrir une réflexion sur l'exercice de responsabilités par des laïcs dans l'Église, dans le cadre spécifique de la laïcité « à la française ».

Dominique Le Tourneau

Jacques VERNAY, *Le droit dans l'Église catholique. Initiation au droit canonique*, Desclée de Brouwer, coll. « Pascal Thomas - Pratiques chrétiennes », Paris, 1995, p. 225.

Le sous-titre de l'ouvrage montre le propos de l'auteur: apporter une première connaissance du droit canonique aux personnes qui en méconnaissent l'existence ou qui en ont une conception erronée. L'ouvrage ne s'adresse donc pas aux spé-

cialistes, mais au grand public. Et il est à souhaiter qu'il touche effectivement un large public, car il nous semble que le P. Vernay a visé juste en recourant au style familier et vivant du dialogue. Celui-ci lui a été inspiré par les nombreux contacts qu'il a pu nouer au fil des ans avec bien des hommes, notamment dans l'accomplissement de son *munus* de vicaire judiciaire du tribunal diocésain de Lyon, la capitale des Gaules. Cette forme d'expression permet à l'auteur de répondre plus directement aux préoccupations d'ordre général et lui fournit l'occasion de redresser des interprétations trop hâtives, voire erronées.

Neuf chapitres permettent d'aborder successivement: le droit canonique ou droit ecclésial; le code de 1983 et l'héritage du passé; les fidèles du Christ dans « Le Peuple de Dieu »; les fidèles laïcs; le pape et le collège épiscopal, le synode des évêques, les cardinaux; l'évêque au service de son peuple; paroisses, services, mouvements; les instituts de vie consacrée; sacrements et parole de Dieu. L'auteur nous prévient lui-même qu'il a dû passer certains sujets sous silence (œcuménisme, droit des Églises chrétiennes non catholiques, par exemple) ou ne les aborder que très partiellement (clercs, fonction d'enseignement de l'Église, entre autres).

Notre principal regret, toutefois, vient de ce qu'il n'est pas clairement établi que le droit canonique ne saurait se limiter au code de droit canonique latin de 1983, qui seul fait l'objet de cette initiation. Certes,

c'est celui que nous sommes amenés à pratiquer habituellement dans nos régions. Mais une connaissance du droit canonique oriental n'est pas superflue, car elle entraîne du fait même une connaissance des Églises catholiques orientales. Et il est bon de ne voir ni l'Église ni son droit par le bout latin de la lorgnette.

Le P. Vernay a fait certainement œuvre utile. Souhaitons que ce travail suscite une saine curiosité chez certains de ses lecteurs et les amène à approfondir davantage le droit canonique, découvrant peut-être par là que même dans l'application des lois l'Église n'a en vue que le salut des âmes, qui reste pour elle la loi suprême, comme l'affirme in fine le canon 1752 du code latin.

Dominique Le Tourneau

William H. WOESTMAN, *Sacraments: Initiation, Penance, Anointing of the Sick*, Faculty of Canon Law, St Paul University, Ottawa, 1996, p. xiii + 364.

Reading this second edition of Professor Woestman's commentary on canons 840-1007 (the first edition appeared in 1992) gives you the same sort of pleasant impression you might receive when you visit a stately home and find there a guide who really knows the place and its history, and can communicate that knowledge in a natural, easy way. With calm authority — as befits one who can boast many years' pas-

toral and academic experience (the biographical details given at the end of the book refer to the author's philosophy and theology licentiate, his doctorate in canon law, his Diploma of Advocate of the Roman Rota, his numerous publications, and his wide range of teaching and pastoral responsibilities) — he leads us through the canons dealing with the sacraments of Baptism, Confirmation, the Eucharist, Penance (including indulgences), and Anointing of the Sick. In doing so he draws extensively on the Magisterium and liturgical sources of law, in order, as he says in his Foreword, to enable us to «see the Church's legislation as an integral part of her fleshed out body of living teaching gently leading us toward salvation» (p. xiii). The principal amendments to the 1992 edition are the incorporation of changes required by the 1993 Ecumenical Directory and other documents from the Holy See — especially the Congregation for the Doctrine of the Faith — in addition to legislation from Episcopal Conferences, etc. References to the Catechism of the Catholic Church have also been inserted, largely by way of footnotes.

Following the order of the Code, and proceeding on a canon-by-canon basis, Professor Woestman divides the book into chapters entitled: The Sacraments in General (pp. 1-33); Baptism (pp. 35-74); The Sacrament of Confirmation (pp. 75-96); The Blessed Eucharist (pp. 97-215); The Sacrament of Penance (pp. 217-297); Indulgences

(pp. 299-320); and The Sacrament of the Anointing of the Sick (pp. 321-338). There is a select bibliography on pp. 339-356, and an index on pp. 357-364.

In general his approach is to introduce each sacrament with a brief reference to its theology, and then to place each canon in the context of its historical development, especially by means of references to the corresponding provisions in the 1917 Code. Contrasts between the old Code and the new legislation — e.g. in respect of *communicatio in sacris* (pp. 9-11), the manner of treating the different aspects of the Eucharist (p. 97), concelebrations (pp. 108-112), the time and place of Eucharist celebrations (pp. 179-186), the change of terminology from «jurisdiction» to «faculty» as regards hearing confessions (pp. 243-244), and so on — are highlighted.

No doubt as the fruit of his long experience as teacher and pastor, and of his having had to find answers to all manner of issues concerning the implementation of the new legislation, Professor Woestman raises and deals with numerous practical questions, such as the validity of Baptism in specific non-Catholic ecclesial communities (pp. 22-24, footnote); the permissibility of adding oil to blessed or consecrated oil that has begun to run short (p. 32); the precise requirements regarding the matter and form of baptism, including what exactly constitutes «water», and when and by whom the words are to be said, etc. (pp. 39-42); the

baptising of living aborted foetuses (p. 66); the interpretation of the reference in canon 891 to the «age of discretion» as the criterion for determining when Confirmation is to be conferred (p. 90); practical considerations regarding concelebrations (pp. 108-112); the lawfulness of celebrating Mass more than once in a day (pp. 114-118); the requirement of those receiving their first holy Communion to have made their sacramental Confession beforehand (pp. 134-135); the refusal of Communion to the excommunicated, interdicted and public sinners (pp. 136-142); the Eucharistic fast (pp. 146-149); the matter and form of the Eucharist, especially as regards those with difficulties such as coeliac disease, alcoholism, etc. (pp. 157-168); the reserving of the Precious Blood (pp. 190-191); the sacramental seal (pp. 277-281); the various situations that might constitute physical or moral impossibility excusing a penitent from material integrity of confession (pp. 293-294); etc. These are but a few examples: the list could go on almost endlessly. What they do show above all is the wealth of experience that lies behind this commentary, which, coming as it does some 13 years after the Code, has the advantage of being able to examine not

only the background to each canon, but also how the different provisions have actually been applied in practice. Apart from decrees and directives from the Roman Congregations, examples abound of particular legislation detailing the manner in which the norms of the Code are to be implemented at diocesan level.

Particularly interesting and clear is the author's explanation of the necessary dispositions of the penitent for Confession, with several pages dedicated to the concept of contrition (based largely on the teaching of the Council of Trent) and the matter and integrity of Confession (pp. 286-297). There is also an interesting excursus into the history, theology and present-day relevance of indulgences (pp. 301-310).

In general terms it can be said that this book is a very helpful companion to the section of the Code concerned. It shows the link between law and the tradition of the Church, and constitutes an informed commentary, combining a respectful attitude towards the Church's Magisterium with a clear presentation of its legislation and practice.

Paul Hayward

Documenti

Pagina bianca

ATTI DI GIOVANNI PAOLO II

Discorso alla Rota Romana, 27 gennaio 1997 (L'Osservatore Romano, 27-28 gennaio 1993, p. 6) (*).

Monsignor Decano,

Illustri Prelati Uditori ed Officiali della Rota Romana!

1. Sono lieto di incontrarvi in questo annuale appuntamento, che esprime e consolida lo stretto legame che unisce il vostro lavoro al mio ministero apostolico.

Saluto cordialmente ciascuno di voi, Prelati Uditori, Officiali e quanti prestate servizio nel Tribunale della Rota Romana, componenti dello Studio Rotale, Avvocati Rotali. Ringrazio in particolare Lei, Monsignor Decano, per le gentili parole che mi ha rivolto e per le considerazioni che, pur in maniera concisa, ha or ora proposto.

2. Seguendo la consuetudine di offrire in questa circostanza delle riflessioni su un argomento attinente al diritto della Chiesa e, in modo particolare, all'esercizio della funzione giudiziaria, desidero intrattenermi sulla tematica, a voi ben nota, dei *riflessi giuridici degli aspetti personalistici del matrimonio*. Senza entrare in problemi particolari, relativi ai diversi capitoli di nullità matrimoniale, mi limito a ricordare alcuni capisaldi, da tenere ben presenti per un ulteriore approfondimento del tema.

Fin dai tempi del Concilio Vaticano II, ci si è chiesto quali conseguenze giuridiche derivassero dalla visione del matrimonio contenuta nella Costituzione pastorale *Gaudium et spes* (nn. 47-52). In effetti, la nuova codificazione canonica in questo campo ha ampiamente valorizzato la prospettiva conciliare, pur tenendosi lontana da alcune interpretazioni estreme che, ad esempio, consideravano la «intima *communitas vitae et amoris coniugalis*» (*ivi*, n. 48) come una realtà non implicante un «*vinculum sacrum*» (*ivi*) con una specifica dimensione giuridica.

Nel Codice del 1983 si fondono armonicamente formulazioni di origine conciliare, come quella sull'oggetto del consenso (cfr. can. 1057 § 2), nonché sulla duplice ordinazione naturale del matrimonio (cfr. can. 1055 § 1), in cui sono poste direttamente in primo piano le persone dei nubenti, con principi della tradizione disciplinare, come quello del «*favor matrimonii*» (cfr. can. 1060). Ciò nonostante, vi sono

(*) Vedi *nota* alla fine del documento.

sintomi che mostrano la tendenza a contrapporre, senza possibilità di una sintesi armoniosa, gli aspetti personalistici a quelli più propriamente giuridici: così, da un lato, la concezione del matrimonio quale dono reciproco delle persone parrebbe dover legittimare una indefinita tendenza dottrinale e giurisprudenziale all'allargamento dei requisiti di capacità o maturità psicologica e di libertà e consapevolezza necessari per contrarlo validamente; dall'altro, proprio certe applicazioni di questa tendenza, facendo emergere gli equivoci in essa presenti, vengono giustamente percepite come contrastanti con il principio dell'indissolubilità, non meno fermamente ribadito dal Magistero.

3. Per affrontare il problema in modo perspicuo ed equilibrato, occorre aver ben chiaro il principio che la *valenza giuridica* non si giustappone come un corpo estraneo alla *realtà interpersonale* del matrimonio, ma ne costituisce *una dimensione veramente intrinseca*. I rapporti tra i coniugi, infatti, come quelli tra i genitori ed i figli, sono anche costitutivamente *rapporti di giustizia*, e perciò sono realtà di per sé giuridicamente rilevanti. L'amore coniugale e paterno-filiale non è solo inclinazione dettata dall'istinto, né è scelta arbitraria e reversibile, ma è *amore dovuto*. Mettere, perciò, la persona al centro della civiltà dell'amore non esclude il diritto, ma piuttosto lo esige, portando ad una sua riscoperta quale realtà interpersonale e ad una visione delle istituzioni giuridiche che metta in risalto il loro costitutivo legame con le stesse persone, così essenziale nel caso del matrimonio e della famiglia.

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 comunione del Popolo di Dio, è offerta dal Magistero vivo dei Pastori.

4. In una prospettiva di autentico personalismo, l'insegnamento della Chiesa implica l'affermazione della possibilità della costituzione del matrimonio quale *vincolo indissolubile* tra le persone dei coniugi, essenzialmente indirizzato al bene dei coniugi stessi e dei figli. Di conseguenza, contrasterebbe con una vera dimensione personalistica quella concezione dell'unione coniugale che, mettendo in dubbio tale possibilità, portasse alla negazione dell'esistenza del matrimonio ogniqualvolta siano sorti dei problemi di convivenza. Alla base di un siffatto atteggiamento emerge una *cultura individualistica*, che è in antitesi rispetto ad un *vero personalismo*. «L'individualismo suppone un uso della libertà nel quale il soggetto fa ciò che vuole, «stabilendo» egli stesso «la verità» di ciò che gli piace o gli torna utile. Non ammette che altri «voglia»

o esiga qualcosa da lui nel nome di una verità oggettiva. Non vuole « dare » ad un altro sulla base della verità, non vuole diventare un « dono sincero » (*Lettera alle Famiglie*, n. 14).

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.

5. Una corretta valutazione degli elementi personalistici esige, altresì, che si tenga conto dell'*essere della persona* e, concretamente, dell'essere della sua dimensione coniugale e della conseguente inclinazione naturale verso il matrimonio. Una concezione personalistica sostanziata di puro soggettivismo e, come tale, dimentica della *natura della persona umana* — assumendo ovviamente il termine « natura » in senso metafisico —, si presterebbe ad ogni sorta di equivoci, anche nell'ambito canonico. Vi è certamente un'*essenza del matrimonio*, descritta dal can. 1055, la quale permea l'intera disciplina matrimoniale, come appare dai concetti di « proprietà essenziale », « elemento essenziale », « diritti e doveri matrimoniali essenziali », ecc. 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 e 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 l'aiuto della grazia.

In quest'ottica il *favor matrimonii* e la conseguente presunzione di validità del matrimonio (cfr. can. 1060) appaiono non solo come conseguenze perfettamente consone con la realtà specifica del matrimonio. Resta, tuttavia, il difficile compito, a voi ben noto, di determinare, anche con l'aiuto della scienza umana, quel minimo al di sotto del quale non si potrebbe parlare di capacità e di consenso sufficiente per un vero matrimonio.

6. Da tutto ciò ben si vede quanto esigente ed impegnativo sia il compito affidato alla Rota Romana. Attraverso la sua qualificata attività giuri-

sprudenziiale, non soltanto si provvede ad assicurare la tutela dei diritti di singoli *christifideles*, ma si dà, al tempo stesso, un contributo significativo all'accoglienza del disegno di Dio sul matrimonio e la famiglia sia nella comunità ecclesiale che, indirettamente, nell'intera comunità umana.

Nell'esprimere, pertanto, la mia gratitudine a voi che, direttamente o indirettamente, collaborate in tale servizio e nell'esortarvi a perseverare con rinnovato slancio nella vostra mansione che tanta rilevanza riveste per la vita della Chiesa, di cuore vi imparto la mia Benedizione, che volentieri estendo a quanti operano nei Tribunali ecclesiastici di ogni parte del mondo.

Commento al discorso di Giovanni Paolo II al Tribunale della Rota Romana in occasione dell'apertura dell'anno giudiziario.

Il tradizionale discorso di Giovanni Paolo II al Tribunale della Rota Romana ancora una volta prende in considerazione le conseguenze giuridiche dell'applicazione in ambito matrimoniale dell'indirizzo di tipo personalista. Il messaggio del Santo Padre intende affrontare il tema da una prospettiva per così dire fondamentale, cercando di «ricordare alcuni capisaldi, da tenere ben presenti per un ulteriore approfondimento del tema» (n. 2.). Intendiamo soffermarci soltanto su alcuni di essi⁽¹⁾, quelli che — a nostro parere — costituiscono il cardine di tutto il discorso: l'attenzione agli aspetti ontologici o metafisici della persona umana e della coniugalità (n. 5) nonché a quelli antropologici e teologici (n. 3) è imprescindibile al momento di effettuare una analisi giuridica della realtà matrimoniale, la quale va affrontata con «sano realismo» giuridico (n. 4).

1. «Una corretta valutazione degli elementi personalistici esige che si tenga conto dell'essere della persona e, concretamente, dell'essere della sua dimensione coniugale e della conseguente inclinazione naturale verso il matrimonio» (n. 5).

Nel leggere il discorso del Santo Padre abbiamo rievocato la lettura di una delle sue opere filosofiche — *I fondamenti dell'ordine etico*⁽²⁾ — pubblicata in lingua italiana nei primi anni del suo pontificato, nella quale amava usare l'espressione «personalismo tomista»⁽³⁾ per riferirsi

⁽¹⁾ Per un commentario che segue più da vicino il testo del discorso del Papa si veda NAVARRETE, U., *Commentarium ad allocutionem Ioannis Pauli II ad praelatos et officiales Rotae Romanae, die 27 ianuarii 1997 habitam*, in «Periodica», 86 (1997), pp. 363-385.

⁽²⁾ WOJTYLA, K., *I fondamenti dell'ordine etico*, Città del Vaticano 1980.

⁽³⁾ *Ibidem*, pp. 141-152.

appunto ad un personalismo che né trascura né si oppone alle migliori espressioni della tradizione filosofica cristiana. Nel suo discorso alla Rota romana si legge, infatti, che «una corretta valutazione degli elementi personalistici esige che si tenga conto dell'essere della persona e, concretamente, dell'essere della sua dimensione coniugale e della conseguente inclinazione naturale verso il matrimonio. Una concezione personalistica sostanziata di puro soggettivismo e, come tale, dimentica della *natura della persona umana* — assumendo ovviamente il termine «natura» in senso metafisico — si presterebbe ad ogni sorta di equivoci, anche nell'ambito canonico» (n. 5).

Nella sopracitata opera filosofica, l'autore accennava alle tensioni che si sono venute a trovare tra la nozione di persona e quella di natura. Non poche correnti di pensiero contemporanee partono da una nozione di natura «ridotta» e di conseguenza l'affermazione dell'esistenza di un *diritto naturale* sembrerebbe andare sempre in detrimento della dignità della persona. Prendendo le mosse dalle nozioni classiche di persona — «*persona est rationalis naturae individua substantia*» — e di diritto naturale — «*participatio legis aeternae in rationali creatura*» — l'autore concludeva che tra questi concetti «non c'è contrapposizione, non c'è discordanza. C'è coerenza. Il diritto corrisponde alla persona. Ancor di più, non solo le corrisponde, ma conferisce a questa persona il posto giusto nell'ordine oggettivo del mondo»⁽⁴⁾.

La natura in senso metafisico (così nei due testi sopracitati) dunque, non serve solo a fondamento della morale ma anche del diritto. Anzi, il diritto naturale scaturisce dalla persona: è proprio ciò che corrisponde alla persona, che la contraddistingue e la nobilita. «*La valenza giuridica* — segnala il Papa nel suo discorso — non si giustappone come un corpo estraneo alla *realtà interpersonale* del matrimonio, ma ne costituisce una *dimensione veramente intrinseca*. I rapporti tra i coniugi, infatti, come quelli tra i genitori ed i figli, sono anche costitutivamente *rapporti di giustizia*» (n. 3).

La prospettiva scientifica nella quale viene a studiarsi la realtà familiare — qui il Papa accomuna il vincolo coniugale con quello paterno-filiale, quali realtà intrinsecamente giuridiche — sarebbe diametralmente opposta alla prospettiva adoperata dai contemporanei diritti di famiglia degli Stati occidentali. È paradigmatica la immagine jemoliana per via della quale la famiglia sarebbe vista come «una isola solo lambita dal diritto». Vale a dire, l'istinto, l'affetto maritale e i mille gesti con cui i membri della famiglia si manifesterebbero vicendevolmente il loro amore nell'intimità del focolare sarebbero in se stesse delle realtà non-

(4) *Ibidem*, p. 138. L'autore segnala, però, che sia la natura che la persona vanno capite «in senso metafisico» (p. 136), poiché altrimenti verrebbero a crearsi conflitti che, a ben guardare, sono solo apparenti.

giuridiche e resterebbero tali nella stessa misura in cui i protagonisti riuscissero a stare alla larga del mondo del diritto. Nella stragrande maggioranza dei casi, il « diritto » solo lambirebbe le spiagge di questa isola felice, che è la patria dell'amore.

Solo nel caso del conflitto, quando arriva l'ora amara dell'incomprensione e delle liti, quella felice isola perirebbe annegata dalle acque del diritto, proprio perché — in questa visione — amore e diritto sono visti quali realtà incompatibili e contrapposte. Le norme « giuridiche » servirebbero appunto per risolvere quei « problemi » che non dovrebbero mai insorgere se le cose andassero per il loro giusto verso. Nel momento del conflitto, quell'isola entra in contatto con il mondo del giurista; in un modo simile a una persona che entra in contatto con la medicina (e con i medici) nel momento della malattia.

Alla base di questa immagine — « isola solo lambita dal Diritto » — si può trovare il risultato di un articolato processo di « riduzionismi »: « il diritto si identifica con la norma — normativismo —, questa con la norma positiva — positivismo — e alla fine quest'ultima viene ridotta alla norma emanata o fatta valere dallo Stato — statualismo — »⁽⁵⁾. Una volta « ridotto » così il fenomeno giuridico — fino al punto di identificarlo con la forza o il potere — non deve stupire se non si trova nessun punto di contatto tra ciò che è giuridico, da un lato, e la famiglia o l'amore, dall'altro. Al massimo, possono essere soltanto superficialmente « toccati » dalla forza dello Stato: ed è proprio per ciò che la visione dell'isola solo lambita dal diritto ha il suo fascino e conferisce alla famiglia una dignità senza paragoni⁽⁶⁾. La sua struttura è così delicata da essere incompatibile con la forza ed il potere, con ogni forma di violenza anche se istituzionalizzata.

Questo modo di capire la famiglia (e la persona) non hanno niente a che fare con la visione offertaci dal Romano Pontefice, la quale ci porterebbe piuttosto a rovesciare l'immagine jemoliana: la famiglia non va equiparata ad una isola lambita dal diritto, proprio perché il diritto (naturale) è dentro di essa, piuttosto che fuori. Faremmo meglio a paragonare la famiglia con un generatore di Diritto, una « forza » o esigenza naturale che scaturisce dal cuore della prima comunità di persone, un

(5) ERRÁZURIZ M., C.J., *El matrimonio como conjunción entre amor y derecho en una óptica realista y personalista*, in *Scripta Theologica*, 16 (1994), p. 1023.

(6) La comprensione del Diritto quale strumento normativo dello Stato non è nemmeno estranea ai sociologi, anche a quelli che cercano di attribuire o di riconoscere alla famiglia una « soggettività sociale » di primo ordine. Al riguardo si vedano, BELARDINELLI, S., *Il gioco delle parti. Identità e funzioni della famiglia in una società complessa*, AVE, Roma 1996; DONATI, P.P., *La nuova cittadinanza della famiglia*, in AA.VV., *Terzo rapporto sulla famiglia in Italia*, Edizione Paoline, Milano 1993; ID., *Lineamenti di sociologia della famiglia*, Monduzzi, Firenze 1994.

insieme di norme che stanno alla base di qualsivoglia ordinamento o Diritto di famiglia (sia esso civile o canonico).

Questa visione è proprio quella che si nasconde dietro le classiche affermazioni — così abbondanti appunto in campo matrimoniale e familiare — relative alla cosiddetta *inclinatio naturae* (intesa in senso metafisico), lo *ius connubii*, l'indissolubilità del vincolo coniugale, il principio del consenso *che nessuna autorità umana può supplire*. Queste e altre affermazioni e principi del Diritto matrimoniale non sono altro che la più immediata conseguenza della giuridicità intrinseca del matrimonio e della famiglia.

Purtroppo, la contemporanea concezione del matrimonio è così diffusa — anche in ambienti canonistici — che i sopraccitati principi della tradizione canonica sono interpretati in modo estrinseco, quali norme o principi dell'ordinamento canonico — vale a dire, delle «norme positive» — e non invece quali esigenze derivanti dalla realtà stessa del matrimonio e della famiglia ed aventi la capacità di conferire razionalità giuridica all'intero ordinamento giuridico che, appunto, su di esse si struttura e organizza.

Forse per questo motivo — e cioè, per il fatto che le espressioni e i principi classici sono facilmente fraintesi — ci sembra una buona strada quella così audacemente intrapresa dallo stesso Pontefice nella sua *Lettera alle famiglie*, quando si attribuisce alla famiglia l'epiteto di «società sovrana»⁽⁷⁾. Non c'è in questa espressione nessuna intenzione rivoluzionaria, ma la volontà di esprimere con forza e convinzione, nonché con termini di natura politica, la «natura del matrimonio e della famiglia» cioè le esigenze intrinseche di queste istituzioni naturali⁽⁸⁾. La sovranità indica un potere che appartiene soltanto alla famiglia quale prima comunità di persone creata da Dio: quello di essere la sorgente dell'identità personale e cioè «la genealogia della persona»⁽⁹⁾.

I primi vincoli giuridici sono quelli familiari, i quali da nessuna altra autorità sulla terra possono essere creati se non dall'uomo e dalla donna coniugati ed in quanto essi sono coniugati. Questa affermazione poggia sulla considerazione metafisica della natura della persona, del matrimonio e della famiglia.

2. «I rapporti tra i coniugi, infatti, come quelli tra i genitori ed i figli, sono anche costitutivamente rapporti di giustizia, e perciò sono realtà di per sé giuridicamente rilevanti. L'amore coniugale e paterno-fi-

(7) GIOVANNI PAOLO II, *Lettera alle famiglie*, n. 17.

(8) Un'ottima spiegazione di questa espressione la si può trovare in VILADRICH, P.J., *La famiglia sovrana*, in *Ius Ecclesiae*, 7 (1995), pp. 539-550.

(9) Nella sua *Lettera alle famiglie* n. 19, il Romano Pontefice non esita ad attribuire alla famiglia una sua sacramentalità — in senso lato — nell'ordine della creazione, la quale è intimamente collegata appunto con il suo carattere sovrano.

liale non è solo inclinazione dettata dall'istinto, né è scelta arbitraria e reversibile, ma è amore dovuto» (n. 3).

L'espressione «*amore dovuto*» è pienamente comprensibile soltanto in un contesto antropologico in cui vadano integrati gli apporti personalistici degli ultimi decenni con i principi portanti della tradizione canonica (con base metafisica). In questa espressione, sembra che il Romano pontefice voglia indicare la via che porterebbe a superare l'attuale «tendenza a contrapporre, senza possibilità di una sintesi armoniosa, gli aspetti personalistici a quelli più propriamente giuridici» (n. 2)⁽¹⁰⁾. E, infatti, evidente che la tradizione canonica è stata profondamente radicata in una comprensione metafisica del matrimonio: paradigmatico in questo senso è il concetto di «vincolo coniugale uno e indissolubile» in cui — da quella prospettiva ontologica — si vedeva proprio l'essenza del matrimonio, quella realtà trascendente e interpersonale che sottostava alla vita ed esistenza dei coniugi, senza che esso potesse venir meno finché essi restavano in vita. Di pari passo, è anche evidente che in quella tradizione e muovendo da quella prospettiva metafisica, mancavano — anzi erano pressoché inesistenti — delle riflessioni approfondite sull'essenza dell'amore coniugale così come sulla sua natura giuridica.

Le riflessioni sull'amore coniugale sono scaturite nella cultura contemporanea in genere e nell'ambito canonistico in specie dalla mano dei pensatori, filosofi, teologi e moralisti di taglio personalistico. Proprio questa corrente di pensiero ha contribuito ad un arricchimento epocale della dottrina cattolica sul matrimonio e la famiglia. Tuttavia, l'ambito giuridico è il terreno privilegiato ove possano essere messi a fuoco tanto i pregi quanto i limiti delle diverse linee dottrinali. In questo ambito giuridico, la pietra di inciampo è il rispetto del principio dell'indissolubilità: «ciò che Dio ha unito non lo separi l'uomo». Con questa verità — che il Papa ama definire quale «verità del principio», vale a dire, metafisica, ontologica, connaturale al matrimonio stesso — deve misurarsi qualsivoglia dottrina o corrente di pensiero relativa alla sessualità e alla famiglia. È risaputo che proprio alla luce di questa verità non poche dottrine vanno qualificate «antipersonalistiche», malgrado cerchino di camuffare il loro messaggio mediante l'uso della terminologia personalista.

La sintesi armoniosa delle tensioni che si son venute a creare tra il personalismo e la dimensione giuridica del matrimonio non può consistere nella semplice distinzione di piani, quasi che il personalismo e la logica personalista — con tutta la terminologia che esso ha portato

⁽¹⁰⁾ Riferendosi proprio a questo brano del discorso, NAVARRETE, U., *Commentarium...*, cit., p. 375, segnala: «Direi che nella trentina d'anni passati dal Concilio ad oggi questa contrapposizione ha costituito la *crux* della dottrina e della giurisprudenza matrimoniali, senza che né la dottrina né la giurisprudenza siano stati capaci di trovare ancora una "sintesi armoniosa" di tutti gli elementi in gioco».

con sé (bene della persona, il *bonum coniugum*, il dono di se stesso, l'amore, il perfezionamento reciproco, ecc.) — dovessero essere circoscritti all'ambito della morale e della pastorale, ma fossero da ritenere «irrelevanti» nell'ambito giuridico, come se essi fossero resi colpevoli delle imprecisioni e confusioni dottrinali e di tutte le conseguenze negative che sono derivate dalla mancata «sintesi armoniosa». La colpa di questi insoddisfacenti (e talvolta intollerabili) esiti pastorali e pratici non va, dunque, attribuita al personalismo bensì a chi ne ha fatto di esso un uso indebito. Proprio perché il personalismo non ne ha colpa, il giurista non può «arroccarsi» in posizioni tradizionali (apparentemente) sicure poiché collaudate e rigettare i concetti e la logica personalista ritenendoli *a priori* perniciosi.

Il discorso del Santo Padre rivaluta il personalismo e, così facendo, impedisce al giurista di guardare indietro con nostalgia, nell'intento di fare riemergere tutti i concetti e gli strumenti logici della tradizione giuridica canonica. Il personalismo, ormai, fa parte della tradizione canonica, malgrado non si sia arrivati ad amonizzare tutti i suoi aspetti con le esigenze giuridiche del matrimonio e della famiglia. Questa è stata (e rimane ancora) la principale sfida recata ai giuristi di questo nostro secolo.

La sintesi armoniosa tra personalismo e metafisica (diritto) va, dunque, trovata nel maggiore approfondimento dell'espressione «*amore dovuto*». A ben guardare, è proprio ciò che lo stesso Romano Pontefice ha realizzato nella sua «audace» *Lettera alle famiglie*, poiché in essa vengono usate le nuove categorie di stampo personalistico da lui inserite in una nuova e più profonda comprensione metafisica della persona umana. La persona è un essere chiamato all'amore, tanto perché merita di essere amato dagli altri quanto perché realizza e trova se stesso soltanto nell'amore, nel dono di sé. Sono «comunità di persone» quelle il cui «loro modo proprio di esistere e di vivere insieme è la comunione: *communio personarum*»⁽¹¹⁾.

È in questo contesto antropologico dove va inserita la frase del Discorso del Papa a la Rota romana: «I rapporti tra i coniugi, infatti, come quelli tra i genitori ed i figli, sono anche costitutivamente *rapporti di giustizia*, e perciò sono realtà di per sé giuridicamente rilevanti. L'amore coniugale e paterno-filiale non è solo inclinazione dettata dall'istinto, né è scelta arbitraria e reversibile, ma è *amore dovuto*» (n. 3). Qui si parla di «rapporti» diversi che generano amori diversi, dovuti in giustizia. All'interno della famiglia, prima comunità di persone, vanno individuate e precisate concrete «relazioni giuridiche», che hanno in comune il fatto di generare *amore intimo e familiare dovuto in giustizia*. Va precisato che in queste parole del Santo Padre son accomunate e messe insieme la relazione coniugale e quella paterno-filiale, come se si volesse indicare

(11) *Lettere alle Famiglie*, n. 7.

che una comprensione della coniugalità e dell'amore coniugale si debba trovare nell'approfondimento di ciò che tale relazione e tale amore dovuto hanno in comune con la relazione e l'amore paterno-filiali.

La dottrina e la giurisprudenza canoniche di questo fine secolo hanno prestato una grande attenzione al concetto di amore coniugale ed a quello della comunione di persone (che è frutto dell'amore). Non c'è stato, invece, un approfondimento parallelo della nozione di «relazione familiare», malgrado l'uso e l'abuso dell'espressione «relazione interpersonale» possano fare pensare altrimenti. Il personalismo ha portato con sé un allargamento della metafisica classica: basti pensare alla nozione stessa di «relazione», la quale è passata dall'ambito delle categorie accidentali⁽¹²⁾ a quello trascendentale, fino al punto di incentrarla nel cuore della nozione di persona chiamata alla comunione⁽¹³⁾.

La condizione sessuata (così come le relazioni familiari strutturate su di essa) sono costitutive della persona umana. La identità sessuale (così come le identità familiari strutturate su di essa) accompagnano la persona in tutto il suo percorso esistenziale: sono identità sottostanti la vita della persona e non possono venir meno, non possono cambiare. È proprio la famiglia la comunità di persone a cui Dio ha affidato il compito di generare le identità familiari della persona, le quali non sono altro che gli aspetti soggettivi messi all'estremo di una concreta relazione familiare. Nel crearsi la relazione familiare vengono con essa generate le identità che la costituiscono in modo specifico.

Alla base delle nozioni di comunione e di amore si trova la nozione di relazione. Le persone vanno amate per ciò che sono: in quanto persone, vanno amate per se stesse; ma in quanto costituite da una concreta relazione interpersonale, l'amore è dovuto in giustizia e si concretizza in prestazioni o azioni giuridicamente ben determinate. Questo è il caso della relazione familiare, che «è quella relazione che, da un lato, unisce due persone in virtù di alcuna delle linee di identità originali e primordiali che, nel derivare dalla loro condizione sessuata, sono irriducibili ed inconfondibili e, da un altro lato, determina le esigenze di giustizia necessarie affinché, fra le suddette persone, possa sussistere una vera comunione»⁽¹⁴⁾. L'amore coniugale «è quell'amore di amicizia, dovuto in giustizia, che unisce in comunione di persone l'uomo e la donna

(12) Nella misura in cui metafisica classica era fortemente improntata dalla cosmologia, l'accidente relazione era uno dei più infimi modi di essere, poiché si riduceva ad un mero riferimento estrinseco dall'ente riguardo ad altri enti: *essere ad* ma non si può dimenticare la magnifica dottrina nelle persone divine quali relazioni insussistenti.

(13) Un recente lavoro riassuntivo delle tendenze odierne di «allargamento della metafisica» si trova in CASTILLA, B., *Persona femenina e persona masculina*, Rialp, Madrid, 1996.

(14) Abbiamo sviluppato questa nozione di relazione familiare in CARRERAS, J.-

che si sono uniti legittimamente in matrimonio e che perciò sono l'uno per l'altra coniugi»⁽¹⁵⁾.

3. «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» (n. 4).

Il Romano Pontefice ci mette in guardia rispetto certi «personalismi» utopici o troppo idealistici — che porterebbero a visioni quasi angeliche dell'amore e del matrimonio — per consigliare atteggiamenti più realistici. A tale scopo giova, ancora una volta, il mettere insieme il rapporto coniugale con quello paterno-filiale. La costituzione della comunità coniugale richiede un atto di amore in cui è tutta la persona del nubente che si dona nella sua dimensione coniugale e tutta la persona che si riceve. Tuttavia, il «dono di sé» non è un atto eroico né paragonabile a quello con cui i martiri della fede fanno il sacrificio della loro vita. Malgrado si tratti di un atto di grande spessore morale ed antropologico, il dono di sé è una realtà accessibile o raggiungibile nella vita ordinaria, quotidiana, di ogni singolo essere umano.

Anzi, ogni vero amore personale è tale soltanto a patto di includere una uscita da se stesso ed un'accettazione dell'altro che veramente possono essere qualificati come «dono di sé». Senza di esso non c'è autentico amore personale, ma solo istinto, sentimenti o pulsioni passionali. Il dono di sé, dunque, è un elemento integrante di ogni amore di amicizia: quello con cui gli amanti vogliono «l'altro» come un bene in se stesso. Così deve essere in ogni amore familiare: quello dei genitori verso dei figli; quello dei fratelli tra di loro; quello che unisce i coniugi. Non è il «dono di sé» ciò che specifica gli amori personali, bensì il tipo di relazione che sta alla base di ciascuno di essi.

L'aver portato l'amore coniugale allo stesso livello dell'amore paterno-filiale suppone, infatti, la dimostrazione di un sano realismo. Non è più difficile costituire la relazione coniugale che quella paterno-filiale: in entrambi i casi esiste un atto d'amore, di donazione delle persone, ma si tratta di un atto a cui si sentono portate le persone degli amanti. Non si tratta di «super-atti» realizzati da super-uomini o super-donne, con i quali essi rinuncerebbero a se stessi e farebbero un dono incondizionato ed omni-comprendente di tutta la loro persona, sia in senso cronologico che qualitativo.

FRANCESCHI, H., *Introduzione al diritto canonico del matrimonio e della famiglia*, Dispense ad uso degli studenti, *pro manuscripto*, Roma 1996, pp. 19-29.

⁽¹⁵⁾ *Ibidem*, p. 24.

Il Romano Pontefice fa riferimento proprio alla valutazione giuridica della capacità matrimoniale, perché e proprio qui che si manifestano più facilmente le conseguenze di una visione «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» (n. 4).

Tra la relazione coniugale e quella filiale ci sono notevoli differenze e perciò esse non possono essere trattate dallo stesso modo dal punto di vista giuridico; tuttavia, occorre sottolineare il carattere «familiare» dell'una e dell'altra relazione, affinché possano essere analizzate le comuni conseguenze giuridiche, proprie cioè del loro essere familiare. Una di queste conseguenze è appunto il loro carattere fondante: sono relazioni vitali, dinamiche, e vanno valutate tenendo conto delle *inclinazioni naturali*, le quali sono da tenere presenti non soltanto nel momento costitutivo della relazione ma — anche ed innanzitutto — una volta costituita la relazione. La paternità, la maternità e la coniugalità non sono unicamente delle identità familiari, ma anche delle profonde *tendenze o inclinazioni* che stanno alla base dei rispettivi amori: paterno, materno e coniugale.

Insomma, a nostro parere, tra le principali vie «realistiche» che possono seguirsi nell'ambito della valutazione giuridica della capacità per celebrare il matrimonio vanno sottolineate queste due: da un lato, la considerazione della relazione coniugale e della comunione che su di essa si costruisce (attraverso l'amore) prendendo le mosse dalla prospettiva della famiglia e dei dinamismi familiari. Su questo aspetto abbiamo già abbondantemente parlato in queste pagine. In secondo luogo, per assecondare il consiglio del Romano Pontefice, sarebbe opportuno ripensare il ruolo che la *inclinatio naturae* ha svolto lungo i secoli nella dottrina e giurisprudenza canoniche allo scopo di misurare la capacità consensuale. È vero che talora la norma della pubertà era stata interpretata in modo prevalentemente biologico — e forse per ciò è stata accantonata in questo nostro secolo⁽¹⁶⁾ —; tuttavia resta ancora aperta una considerazione positiva e realistica di ciò che rappresenta l'adolescenza quale momento vitale e quale criterio naturale minimo di capacità per celebrare il matrimonio⁽¹⁷⁾.

Joan Carreras

⁽¹⁶⁾ Abbiamo già affrontato questo argomento in un nostro lavoro: CARRERAS, J., *L'antropologia e le norme di capacità per celebrare il matrimonio (i precedenti remoti del canone 1095 CIC '83)*, in «Ius Ecclesiae», 4 (1992), pp. 79-150.

⁽¹⁷⁾ Sull'incapacità si possono consultare i recenti scritti: ERRÁZURIZ, C.J., *Riflessioni sulla capacità consensuale nel matrimonio canonico*, in «Ius Ecclesiae», 6 (1994), pp. 449-464; TEJERO, E., *Naturaleza jurídica de la incapacidad para asumir las obligaciones esenciales del matrimonio y «ius connubii»*, in «Fidelium Iura», 6 (1996), pp. 227-336.

Litterae Apostolica motu proprio datae «Stella Maris», 31 gennaio 1997 (AAS, 89 (1997), p. 209-216) (*)

«Stella Maris» praecipuus iam diu titulus est quo maritimi homines Illam appellare consueverunt cuius praesidio fidunt: Virginem Mariam. Ipsius Filius Iesus Christus suos in naviculae itineribus discipulos comitabatur⁽¹⁾, quos magnis in laboribus adiuuabat, pro iis procellas quoque placabat⁽²⁾. Sic Ecclesia maris homines pariter prosequitur; peculiaribus spiritualibus necessitatibus prospicit eorum qui diversas ob causas versantur operanturque maritimis in locis.

Ut ideo postulatis occurramus proprii pastoralis auxilii, quo iidem maritimi homines mercaturae ac pescatui dediti indigent, eorum familiae nec non portuum opifices et reliqui omnes qui iter suscipiunt maritimum, haec quae sequuntur constituimus, dum normas prioribus hisce annis editas accomodamus, sententias item Venerabilis Fratris Praesidis Pontificii Consilii de Spirituali Migrantium atque Itinerantium Cura amplexantes.

TITULUS I

I. Quantumvis non constituat institutum sui iuris sua iuridicali persona praeditum, Apostolatus Maritimi Opera tamen ipsa est institutio quae pastoralementem procurat actionem hominibus maritimis destinata atque sustentare conatur opus christifidelium vocatorum ad reddendum his locis testimonium per christianam suam vitam.

TITULUS II

II. § 1. Hoc in documento accipiuntur nomine:

a) *navigantium*, vale qui in navibus mercaturae ratione vel piscatus reperiuntur, atque etiam qui quamlibet ob rationem iter maritimum susceperunt;

b) *maritimorum*: 1. qui navigant; 2. qui suum propter munus plerumque in navibus versantur; 3. qui in substructionibus maritimis opus faciunt petrolio gignendo; 4. qui a superioribus operibus iam dimissi in otium recesserunt; 5. qui nauticorum institutorum sunt alumni; 6. qui in portibus operantur;

c) *maris populi*: 1. navigantes atque maritimi; 2. coniuges, minoris aetatis filii omnesque qui in eadem maritimi domo habitant, etiamsi nunc amplius non navigant (ex. gr. emeriti); 3. qui perpetuo Operae Apostolatus Maritimi allaborant.

(*) Vedi nota alla fine del documento.

(1) Cfr. Mt 8, 23-27; Mc 4, 35-41; Lc 8, 22-25.

(2) Cfr. Mt 14, 22-33; Mc 6, 47-52; Io 6, 16-21.

§ 2. Cappellani atque auctoritates Operae Apostolatus Maritimi operam dabunt ut populus maris instrumenta habeat abunde necessaria unde vitam sanctam ducat, atque agnoscent et missionem provehent quam factitant universi christifideles, laicique maxime, proprio suo ex statu munereque in Ecclesia et mundo maritimo.

III. Singulis inspectis iis adiunctis, in quibus vita populi maritimi agitur, privilegiis quoque consideratis quae Apostolica Sedes hisce fidelibus iam concessit, statuuntur haec quae sequuntur:

1) satisfacere licet maritimis totum per annum praecepto paschali de sacra communione, si congruam audiverint ante praedicationem aut catechesim eodem de praecepto;

2) legibus abstinentiae et ieiunii, de quibus in can. 1251 agitur, non obligantur navigantes; suadetur tamen eis tali dispensatione fruentibus ut pro lege abstinentiae congruens expleant pietatis opus atque, quatenus fieri potest, ambae illae regulae observentur feria sexta maioris hebdomadis ad Iesu Christi passionis mortisque recordationem;

3) possunt indulgentiam plenariam lucrari navigantes, dummodo et peccata confessi sint et Eucharistia sacra refecti, festivo die Sancti titularis ipsius oratorii nec non die secundo mensis Augusti, si religiosa cum pietate institutum in nave oratorium adierint ibidemque orationem Dominicam et fidei symbolum persolverint (*Pater Noster* et *Credo*) atque oraverint ad Summi Pontificis mentem;

4) iisdem sub condicionibus semel lucrari possunt christifideles ipsi plenariam indulgentiam, in defunctorum bonum solummodo applicandam, die secundo mensis Novembris si superius memoratum oratorium religiosa pietate moti inviserint ibique orationem Dominicam devoto animo fideique professionem recitaverint atque oraverint secundum Summi Pontificis proposita;

5) impetrari possunt illae indulgentiae, de quibus superius fuit sermo in paragraphis 3 et 4, iisdem servatis condicionibus a populo maris in sacellis vel oratoriis ubi Apostolatus Maritimi Opera est sita. In navibus autem ubi oratorium desideratur, has lucrari valent navigantes indulgentias si easdem persolvent preces coram imagine aliqua sacra.

TITULUS III

IV. § 1. Cappellanus Operae Apostolatus Maritimi sacerdos est ad normam articuli XII, 2, 2 nominatus, cui eadem ecclesiastica auctoritas quae illum instituit etiam officium contulit de quo can. 564 C.I.C., ut spiritalem curam populi maritimi gerat. Quatenus fieri potest, decet illum perpetuo destinari ad hoc ministerium.

§ 2. Integris moribus et apostolico studio, prudentia consiliorum et experientia mundi maritimi antecellere debet Operae Apostolatus Maritimi cappellanus. Ut varias linguas calleat ille expedit bonaque valetudine fruatur.

§ 3. Ut omnibus partibus idoneus sit cappellanus Operae Apostolatus Maritimi ad suum peculiare ministerium explendum, oportet convenienter instituaturs diligenterque formetur priusquam proprium hoc pastorale opus ei commendetur.

§ 4. Agnoscat oportet cappellanus Operae Apostolatus Maritimi inter homines ipsius loci vel etiam in transitu eos qui virtutes prae se ferunt ductorum populi, quos pariter adiuuabit suam ut fidem altius persequantur suumque erga Christum officium, quo aptiorem constituere possint christianam in nave communitatem.

§ 5. Apostolatus Maritimi Operae cappellanus denotet necesse est maritimos illos qui egregia in Sanctissimum Sacramentum pietate prestant eosque etiam educare ut a competenti auctoritate ministri extraordinarii nominentur Eucharistiae ac possint digno modo ministerium hoc exercere suis praesertim in navibus.

§ 6. Adiuumentum spirituale praebet cappellanus Operae Apostolatus Maritimi in sedibus «Stella maris» appellatis aliisque in locis ubi maritimi suscipiuntur.

V. § 1. Licet proprii officii virtute Apostolatus Maritimi Operae cappellano omnes illos perficere actus inter maris populum qui ad animarum curam pertinent, re matrimoniali exclusa.

§ 2. Cumulative adiciuntur cappellani Operae Apostolatus Maritimi facultates ad potestates parochi territorii ubi exercentur. Qua de causa ministerium pastorale suum exsequatur cappellanus fraterno animo coniunctus cum loci parochio cum eoque consilia sua communit.

§ 3. Libros baptizatorum et chrismatis confirmatorum et mortuorum religiose exaret Apostolatus Maritimi Operae cappellanus. Exeunte autem anno rationem transmittere debet de rebus actis ad moderatorem nationalem, secundum art. IX § 2, una cum exemplo vero librorum, nisi forte iam actus inscripti sunt in paroeciae portus libris.

VI. Omnibus Apostolatus Maritimi Operae cappellanis proprio ex officio secundum has sequentes facultates licet:

a) ritum Eucharisticum feriatis diebus, iusta si subest causa, bis celebrare, Dominicis vero festivisque diebus ter, quotiens vera hoc postulat pastoralis necessitas;

b) ex more ritum peragere Eucharisticum extra locum sacrum si ratio congrua adest et omnia de quibus in can. 932 C.I.C. servantur;

c) festivo «In Cena Domini» die, quae est memoria cenae Domini, horis serotinis celebrare alteram Missam in templis atque oratoriis si pastoralia id suadent postulata et, si vera poscit necessitas, etiam matutino tempore pro iis dumtaxat fidelibus qui impediuntur ne vespertino ritui adsistant.

VII. § 1. Cappellanus Operae Apostolatus Maritimi qui ab idonea auctoritate destinatus est ut ministerium suum in itineribus nave factis compleat, oportet spiritalia adiumenta omnibus iis praestet qui iter faciunt

a primis eius initiis ad finem usque, sive in mari fit sive in lacu aut in aliquo flumine.

§ 2. Firmo can. 566 C.I.C., facultas ipsi cappellano peculiaris tribuitur, de quo superiore in numero agitur, sacramenti Chrismatis per iter cuilibet christifideli dispensandi, dummodo nullus inveniatur in navi episcopus rite cum Apostolica Sede coniunctus semperque canonice omnes regulae adserventur.

§ 3. Ut vero valide liciteque itineris tempore adsistere possit matrimonio, Apostolatus Maritimi Operae cappellanus delegationem accipere debet ab Ordinario vel a parrocho paroeciae in qua alterutra contrahens pars domicilium aut quasi domicilium habet vel commorationem unum saltem mensem extentam, vel, si de vagis et errantibus agitur, paroeciae ipsius portus ubi navem conscenderunt. Necesse erit cappellanum deleganti illi singulas celebrationis notitias significare quae in matrimoniorum referantur librum.

VIII. § 1. Eadem autem competens auctoritas quae cappellanos designat, poterit diacono, vel laico viro vel etiam religioso, commendare munus agendi partes adiutrices apud Apostolatus Maritimi Operam. Opitulatur ille adiutor cappellano atque ad iuris regulam vices ipsius in ritibus gerit in quibus opus non est ministeriali sacerdotio.

§ 2. Morum integritate ac prudentia nec non fidei cognitione eminerere debent Apostolatus Maritimi Operae adiutores. Eos sane congruenter instrui decet diligenterque prius parari quam hoc concedatur iis officium.

TITULUS IV

IX. § 1. Singulas apud Episcopales Conferentias cum regionibus maritimis adsit oportet episcopus fautor munere auctus provehendi Operam Apostolatus Maritimi. Curabit eadem Episcoporum Conferentia illum fautorem episcopum nominandum, potissimum ex iis praesulibus quorum ditiones portus maritimos habent, officii declarans intervallum, quae omnia ad Pontificium Consilium de Spirituali Migrantium atque Itinerantium Cura perferet.

§ 2. Episcopus idem fautor idoneum eliget sacerdotem quem Episcopali Conferentiae exhibebit ut illa proprio decreto inscripto, ad certum temporis spatium eum Apostolatus Maritimi Operae nominabit nationalem moderatorem, cuius munera illa propria erunt de quibus sermo infra est sub numero XI, ipsiusque nomen et officii diuturnitatem Pontificio Consilio de Spirituali Migrantium atque Itinerantium Cura aperiet. Adiuvaré poterit moderatorem illum nationalem adiutor quoque apostolicus.

X. Episcopi fautoris haec sunt officia, ut:

1) monita moderatori nationali impertiat eiusque attento animo prosequatur opus et opportuna etiam consilia praebeat unde commendata sibi opera convenienter exsequi possit;

2) statutis temporibus et cum res opportuna videbitur rationem expetat de pastorali adiumento maritimis praebito deque moderatoris nationalis impensa navitate;

3) Episcopali Conferentiae eandem, de qua superius ad n. 2, transmittat rationem proprio cum iudicio, ceterosque Antistites ad peculiarem huius propriae pastoralis industriae curationem incitet;

4) commercium cum Pontificio Consilio de Spirituali Migrantium atque Itinerantium Cura sustineat omnibus iis in rebus quae Apostolatus Maritimi Operam respiciunt, tum etiam ad moderatorem nationalem communicationes receptas transferat;

5) annuam expositionem Pontificio Consilio de Spirituali Migrantium atque Itinerantium Cura de Apostolatus Maritimi Operae statu sua in natione tradat.

XI. Praecipua moderatoris nationalis officia haec sunt:

1) rationes necessitudinis habere cum propriae Nationis episcopis in omnibus illis negotiis quae ad spiritale maritimorum spectant commodum;

2) semel saltem in anno descriptionem transmittere status animarum atque pastoralis ministerii inter Nationis propriae maritimos ad episcopum fautorem: in ea exponere debet tum opera quae felicem habuerunt exitum tum illa quae fortasse minus prospere successerunt, tum etiam remedia adlata damnis sanandis, ac postremo quodcumque efficax visum erit ad Apostolatus Maritimi Operae dandum incrementum;

3) consentaneam provehere institutionem propriam qua muniantur oportet cappellani;

4) cappellanos Operae Apostolatus Maritimi dirigere, iure loci Ordinarii intacto;

5) efficere ut diligenter sua munia expleant cappellani atque Apostolicae Sedis praecepta observent nec non loci Ordinarii;

6) adsistente episcopo fautore atque temporis adiunctis permittentibus, instruere conventus exercitationesque spiritales pro omnium nationum cappellanis sive pro ipsis cappellanis aliisque fidelibus qui Apostolatus Maritimi Operae adlaborant;

7) singulari cura incitare explicareque laicorum apostolatam, dum eorum actuosam adiutricem industriam fovet, diversae tamen illorum mentis habita ratione;

8) communia commercia inire atque sustentare cum consociationibus et institutionibus adiutabilibus tam catholicorum quam non catholicorum, pariter cum institutis non publicis (ONG), quae etiam fines Apostolatus Maritimi Operae proprios consequi nituntur;

9) crebro invisere sedes ubi Operae Apostolatus Maritimi incepta peraguntur;

10) ad congruentem curiam episcopalem reddere verum exemplum ex libris baptizatorum et chrismate confirmatorum et mortuorum ab ipso confectum aut a cappellanis;

11) quam primum parochum domicilii hominum, quorum interest, de notitiis docere quae paroecialibus in libris scribendae sunt;

12) necessitudinem cum Opera Apostolatus Maritimi nationum finitimarum suscipere partesque propriae civitatis agere in ordine regionis aut totius continentis;

13) consortium frequentare commune cum moderatore totius regionis, de quo infra in art. XIII, § 1, 6.

XII. § 1. Ius episcopi dioecesani officiumque est studiosa sollicitudine adiumentum subministrare pastorale omnibus iis maritimis qui, licet etiam breve ad tempus, intra ipsius fines iurisdictionis commorantur.

§ 2. Ad dioecesanum episcopum pertinet:

- 1) aptiores rationes statuere pastoralis curationis maritimorum;
- 2) consentiente nationali moderatore, cappellanos Operae Apostolatus Maritimi nominare propria in dioecesi iisque necessarium concedere mandatum;
- 3) facultatem ac permissionem concedere ut quadam in nave sacellum construatur, quae tamen in publicum relata sit indicem in portu intra fines dicionis suae sito.

XIII. § 1. Pontificium Consilium de Spirituali Migrantium atque Itinerantium Cura, cuius est eximie gubernare Apostolatus Maritimi Operam, auctoritatem praecipuam habet ut:

1) instructiones, de quibus in can. 34 C.I.C., edat, et cohortationes ac monitiones promulget ad pastorale populi maris ministerium attinentes;

2) debita invigilet cum prudentia ut idem illud ministerium ad normam iuris dignoque ac fructuoso modo compleatur;

3) officia Apostolicae Sedis propria exsequatur in ipsa re consociationum coram aliis consociationibus intra Apostolatus Maritimi Operae circumscriptionem;

4) adiutricem praebeat operam suam illis omnibus qui in apostolico hoc versantur opere, eos confirmans et sustinens atque omnes qui fuerint abusus emendans;

5) intra maritimam provinciam animum foveat oecumenicum, eodemque tempore provideat ut idem oecumenicum studium fideliter congruens cum doctrina Ecclesiae disciplinaque explicetur;

6) ex sententia ipsorum episcoporum fautorum, destinet socium rerum ordinatorem pro regione plures Episcopales Conferentias complectente, eiusque definiat munia.

§ 2. Quo efficacior evadat meliusque disposita pastoralis curatio populi maris, Pontificium Consilium de Spirituali Migrantium atque Itinerantium Cura promoveat decet atque enucleet communem operam mutuamque coeptorum ordinationem cum Episcoporum Conferentiis cumque loci cuiusque Ordinario. Inibit idem Apostolicae Sedis Dicaste-

rium constantes necessitudines cum vitae consecratae Institutis tum etiam consociationibus et operibus quae in ordine publico internationali auxiliari poterunt Apostolatus Maritimi Operae.

Haec denique universa sempiternum valere iubemus sousque prorsus obtinere effectus, quibuslibet causis alienis haudquaquam obsistentibus.

Datum Romae, apud Sanctum Petrum, die XXXI mensis Ianuarii, anno MCMXCVII, Pontificatus Nostri undevicesimo.

Ioannes Paulus PP. II

Nota alla Lettera apostolica « motu proprio » sull'apostolato marittimo *Stella Maris*.

Introduzione.

La Lettera apostolica « motu proprio » sull'apostolato marittimo *Stella Maris* ⁽¹⁾ rappresenta una nuova tappa nella normativa universale della Chiesa che riguarda i fedeli che si trovano in circostanze peculiari e, più specificamente, la « gente del mare », termine più ampio dove vengono comprese anche le tradizionali categorie dei « marittimi » e dei « naviganti ». Come viene affermato all'inizio del documento, il « motu proprio » ha lo scopo di venire incontro alle esigenze della peculiare assistenza religiosa di cui ha bisogno la gente del mare, aggiornando le norme emesse nel corso di questo secolo. Si tratta, quindi, propriamente di un aggiornamento normativo, che si spiega da un duplice motivo: il primo di tipo tecnico, quale era il necessario adeguamento della precedente normativa, che risale al 1977 ⁽²⁾, al *Codice di Diritto Canonico* del 1983 e alla Cost. ap. *Pastor Bonus* del 1988; e l'altro di natura pastorale, vale a dire la necessità di offrire una risposta nuova ai cambiamenti operati nel mondo marittimo negli ultimi decenni ⁽³⁾.

⁽¹⁾ GIOVANNI PAOLO II, Lett. ap. m.p. sull'apostolato marittimo *Stella Maris*, 31 gennaio 1997, in AAS 89 (1997), pp. 209-216. Pubblicata nel numero degli AAS del 10 aprile, è entrata in vigore, a norma del can. 8 del CIC, il 10 luglio 1997.

⁽²⁾ PONTIFICIA COMMISSIONE PER LA PASTORALE DELLE MIGRAZIONI E DEL TURISMO, Decr. *Apostolatus maris* e *Norme e facoltà*, 24 settembre 1977, in AAS 69 (1977), pp. 737-746.

⁽³⁾ Per gli aspetti giuridico-canonici generali della pastorale della mobilità umana, cfr. AA.VV., *Migrazioni e Diritto ecclesiale: la pastorale della mobilità umana nel nuovo codice di diritto canonico* (a cura del Pontificio Consiglio della Pastorale per i Migranti e gli Itineranti), Padova 1992.

Alle tradizionali condizioni di vita dei marittimi — lontananza dall'ambiente familiare, impossibilità di accostarsi ai sacramenti durante lunghi periodi, sradicamento dalla propria comunità cristiana, ecc. — si sono aggiunte negli ultimi decenni nuove difficoltà, tra le quali possono essere indicate le seguenti:

— «La maggior parte dei marittimi e dei pescatori d'alto mare una volta navigavano su navi battenti bandiera del proprio Paese. Oggi quasi tutti navigano su navi battenti bandiera straniera e molto spesso sotto bandiera ombra.

— Gli equipaggi per la maggior parte sono multilingue, multinazionali, multiculturali e multireligiosi. Essi provengono in prevalenza dai Paesi in via di sviluppo.

— A causa dei contratti a lungo termine i marittimi imbarcati stanno lontani da casa più a lungo; queste lunghe assenze sono solo in parte compensate da una maggiore facilità di comunicazione.

— Grazie alle nuove tecnologie le operazioni di carico e scarico sono più celeri, il che significa che la permanenza nei porti non dura più giorni ma ore»⁽⁴⁾.

I problemi pastorali che derivano da questi nuovi condizionamenti sono stati così sintetizzati: «A causa della brevissima permanenza nei porti, il contatto con la Chiesa a terra è estremamente difficile. Bisogna che la pastorale del mondo marittimo si trasferisca quindi a bordo delle navi. Ma, non potendo il sacerdote far fronte a questo nuovo tipo di pastorale, è necessario che i marittimi stessi se ne facciano carico. Bisogna che essi si costituiscano in "Chiesa", vale a dire in comunità cristiane viventi atte a preservarne la fede e a ravvivarla»⁽⁵⁾.

D'altra parte, per valutare la portata del documento sono da considerare alcuni numeri sulla popolazione complessiva della gente del mare (marittimi, pescatori industriali e artigianali, operatori portuali, tecnici ed operai delle piattaforme petrolifere), che si aggira sui 50 milioni; e se vengono considerate anche le famiglie, si raggiunge la cifra dei 300 milioni. C'è anche il dato rilevato da un'inchiesta compiuta dall'ICMA (Associazione Internazionale Cristiana Marittima) nel 1987, dalla quale risultò che il 70% di marittimi sono cristiani (50% cattolici e 20% appartenenti ad altre confessioni cristiane), provenienti la grande maggioranza dei marittimi cattolici dalle Filippine e dall'America Latina. Per quanto riguarda i ministri ordinati impegnati nella pastorale dei marittimi, attualmente sono operanti 400 cappellani dell'*Apostolatus Maris* in più di 90 paesi, raggruppati in associazioni nazionali.

(4) Dalle parole di Mons. Giovanni Cheli, Presidente del Pontificio Consiglio della Pastorale per i Migranti e gli Itineranti, nella Conferenza stampa dell'11 marzo 1997 svoltasi nella Sala Stampa della Santa Sede.

(5) *Ibidem*.

Il documento nasce anche dal bisogno di determinare meglio a chi spetta la responsabilità di organizzare la cura pastorale della gente del mare, e di facilitare il coordinamento nazionale e internazionale delle associazioni di sacerdoti o di marittimi esistenti nel mondo. A questo fine è stata affidata al Pontificio Consiglio della Pastorale per i Migranti e gli Itineranti (PCPMI) l'alta direzione dell'Opera dell'Apostolato Marittimo (OAM) e l'esercizio delle funzioni proprie della Santa Sede in materia di associazioni nei confronti di quelle che possono esistere in quest'ambito.

In sintesi, il « motu proprio » *Stella Maris* (SM) cerca soprattutto di aggiornare la normativa precedente e, allo stesso tempo, intende richiamare l'attenzione della Chiesa su questa realtà che, per la sua stessa natura e di fronte ad altre urgenti necessità pastorali, rischiava di essere trascurata.

1. *Cenni storici.*

Sono necessari alcuni brevi cenni storici prima di esaminare la nuova normativa⁽⁶⁾. Se ci limitiamo agli atti della Santa Sede in questo secolo, il primo riferimento può essere fatto a S. Pio X, che nel 1905 approvò la Società dei Missionari dell'emigrazione di Sant'Antonio di Padova con lo scopo di assistere l'emigrante a bordo. Tuttavia bisogna attendere al 1922 per trovare un intervento indirizzato in modo specifico ai marittimi: l'approvazione da parte di Pio XI dei primi regolamenti o costituzioni dell'*Apostolatus Maris Internationale Concilium*, sorto a Glasgow due anni prima come iniziativa di Peter F. Anson, laico cattolico proveniente dall'anglicanesimo. Parallelamente, nel 1923, Pio XI diede impulso alla figura dei cappellani di bordo in diverse nazioni, in particolare quelli per gli emigranti italiani; che furono oggetto di alcune norme generali elaborate nel 1932 dalla Sacra Congregazione Consistoriale⁽⁷⁾.

⁽⁶⁾ Gli aspetti storici sono stati commentati abbondantemente da diversi autori, in particolar modo dopo la promulgazione nel 1952 della Cost. ap. *Exsul Familia* di Pio XII. Cfr. G. FERRETO, *Sua Santità Pio XII, provvido padre degli esuli e sapiente ordinatore dell'assistenza spirituale agli emigranti*, in « Apollinaris » 27 (1954), pp. 323-355; IDEM, *L'« Apostolatus Maris »*, in « Apollinaris » 34 (1961), pp. 319-331; J.I. TELLECHEA, *La cura pastorale de los emigrantes. Comentario a la Constitución Apostólica « Exsul Familia »*, in « Revista Española de Derecho Canónico » 8 (1953), pp. 539-578.

In occasione della pubblicazione del « motu proprio » *Stella Maris*, sono apparsi in numeri successivi dell'Osservatore Romano diversi contributi con numerosi riferimenti storici. Cfr. articoli di G. Cheli, F. Gioia, A.M. Garsia, E. Baura, in « L'Osservatore Romano », 12-16 marzo 1997.

⁽⁷⁾ Cfr. L.M. DE BERNARDIS, *La giurisdizione ecclesiastica sulle navi*, in « Il diritto marittimo » 42 (1940), pp. 403-417. Questo breve articolo è dedicato principalmente al

Due decenni dopo, nel 1952, Pio XII mediante la Cost. ap. *Exsul Familia* applicò anche al mondo marittimo una delle più significative novità giuridico-canoniche del suo pontificato, vale a dire, l'utilizzazione della giurisdizione cumulativa per risolvere differenti necessità pastorali⁽⁸⁾. Di fatto, la Cost. ap. *Exsul Familia*, affrontando la questione dell'attenzione pastorale dei migranti, e due anni dopo, riguardo i marittimi, le *Norme et Facultates* elaborate nel 1954 dalla Sacra Congregazione Consistoriale, attribuivano ai cappellani dell'*Opera Apostolatus Maris* facoltà cumulative con quelle dei parroci. Sono anche da segnalare le *Leges Operis Apostolatus Maris*, emanate nel 1957 dalla medesima Congregazione che riprendevano sostanzialmente le disposizioni precedenti e le aggregavano in un ordinamento particolare.

Da parte sua, il Concilio Vaticano II incoraggiò l'interessamento «per quei fedeli che, a motivo della loro condizione di vita, non possono godere a sufficienza della comune ordinaria cura pastorale dei parroci o ne sono privi del tutto» — tra questi, i marittimi — e affidò alle Conferenze Episcopali il compito di risolvere i problemi riguardanti quelle categorie di persone perché «con opportuni mezzi e direttive, in concordia di intenti e di sforzi, provvedano adeguatamente alla loro assistenza religiosa, tenendo presenti in primo luogo le disposizioni date o da darsi dalla sede apostolica, adattate convenientemente alle situazioni dei tempi, dei luoghi e delle persone»⁽⁹⁾.

Successivamente, le norme già citate del 1977, elaborate dalla Pontificia Commissione per la Pastorale delle Migrazioni e del Turismo, che configurarono l'*Apostolatus Maris* quale attività della Chiesa a favore dei marittimi e dei naviganti, con modalità simili a quelle che sono state adottate ora. Quindi, il *Codice di Diritto Canonico* del 1983, che, oltre a contenere la prima regolamentazione unitaria e organica di carattere universale della figura del cappellano (cfr. cann. 564-571), esorta la costituzione di cappellani per tutti quelli — anche i naviganti — che non possono godere dell'attenzione parrocchiale ordinaria (cfr. can. 568). E,

problema del concorso tra giurisdizione pontificia, giurisdizioni personali e giurisdizione speciale sulle navi. In esso L'Autore dà anche notizia dei *Regolamenti per i direttori dei cappellani di bordo e per i cappellani di bordo* della cosiddetta — secondo una terminologia adoperata dall'Autore, che può essere discutibile sotto il profilo giuridico-canonico — *Prelatura per l'Emigrazione Italiana*, costituita da un Prelato, con giurisdizione quasi-episcopale, e dai cappellani di bordo, con giurisdizione quasi-parrocchiale, che venivano formati nel *Pontificio Collegio per l'Emigrazione Italiana*, «seminario di questa specie di diocesi galleggiante» (p. 406).

(8) Cfr. C. SOLER, *Jurisdicción cumulativa*, in «Ius Canonicum» 28 (1988), pp. 131-180 (spec. p. 173).

(9) CONC. ECUM. VATICANO II, Decr. *Christus Dominus*, n. 18.

finalmente, la Cost. ap. *Pastor Bonus*, con l'affidamento al PCPMI dell'alta direzione dell'OAM⁽¹⁰⁾.

2. *Elementi di novità.*

Riguardo alle caratteristiche di questo aggiornamento normativo, bisogna rilevare che gli elementi di novità nei confronti delle disposizioni del 1977 non sono propriamente di carattere istituzionale. Si è cercato soprattutto, a quanto sembra, di rielaborare le precedenti norme per renderle conformi con il diritto comune vigente, senza adoperare — tranne in alcuni casi — soluzioni diverse a quelle che erano ormai in vigore. Le novità più significative sono invece d'impostazione di fondo, come si evince dalla struttura del documento, alquanto diversa di quella della normativa precedente, e dalla nuova dichiarazione dei fini dell'OAM. Risalta anche il fatto che si tratta di un atto «*motu proprio*» del Romano Pontefice, a differenza delle norme del 1977, che erano state elaborate da una commissione pontificia.

3. *Struttura del documento.*

Il documento è suddiviso in quattro titoli. Il primo contiene la definizione dell'OAM; il secondo riguarda la gente del mare; il terzo i cappellani; e il quarto la direzione dell'OAM a livello nazionale e internazionale. La normativa del 1977 era suddivisa, invece, in un *Decreto* introduttivo e in un secondo corpo dispositivo — denominato *Norme e Facoltà* —, suddiviso a sua volta in due parti: la prima con le norme riguardanti i compiti delle diverse autorità competenti sull'*Apostolatus Maris*, e la figura del cappellano; e la seconda con le speciali *Facoltà* attribuite ai cappellani dell'*Apostolato del Mare*, e i *Privilegi* concessi ai marittimi e ai naviganti.

⁽¹⁰⁾ Secondo l'articolo 150 della Cost. ap. *Pastor Bonus*, sono compiti del PCPMI, l'impegno «*perché nelle Chiese locali sia offerta un'efficace ed appropriata assistenza spirituale, se necessario anche mediante opportune strutture pastorali, sia ai profughi ed agli esuli, sia ai migranti, ai nomadi e alla gente del circo*» (§ 1); favorire «*presso le medesime Chiese la cura pastorale in favore dei marittimi sia in navigazione che nei porti, specialmente per mezzo dell'Opera dell'Apostolato del Mare, della quale esercita l'alta direzione*» (§ 2); lo stesso «*verso coloro che hanno un impiego o prestano il loro lavoro negli aeroporti o negli aerei*» (§ 3); e lo sforzo «*affinché il popolo cristiano, soprattutto in occasione della celebrazione della Giornata mondiale per i migranti e i profughi, acquisti coscienza delle loro necessità e manifesti efficacemente la sua solidarietà nei loro confronti*» (§ 4).

Oltre ad operare una consistente semplificazione, il «motu proprio» inverte la posizione della materia, mettendo in primo luogo la gente del mare, in secondo termine il cappellano dell'OAM, e infine la direzione dell'OAM.

4. *Fini dell'OAM.*

Per quanto riguarda i fini dell'OAM (cfr. SM, art. I), interessa osservare che vengono messi sullo stesso piano due fini con contenuti diversi: in primo luogo, la promozione dell'azione pastorale specifica rivolta alla gente del mare; e, in secondo luogo, il sostegno dell'impegno dei fedeli a testimoniare la loro vita cristiana nell'ambiente marittimo.

Nella precedente normativa l'*Apostolatus Maris* era concepito come una specifica attività della Gerarchia attraverso la quale si esprimeva e si organizzava la sollecitudine della Chiesa rivolta ai marittimi e ai naviganti, i quali non potevano usufruire dei consueti servizi della cura pastorale⁽¹¹⁾. Tuttavia il ruolo proprio dei fedeli laici non era considerato tra i fini dell'*Apostolatus Maris*; e, anche se all'interno del documento si faceva menzione della loro attività di apostolato, la terminologia adoperata faceva sì che questa sembrassi frutto più di una deputazione del cappellano, che dell'esercizio di una attività loro propria⁽¹²⁾.

Ora, invece, il sostegno dell'impegno dei fedeli laici nel mondo marittimo è indicato, accanto alla promozione della cura pastorale, come fine specifico dell'OAM. In realtà, l'oggetto dell'OAM non è più unicamente l'organizzazione della cura pastorale dei marittimi e dei naviganti, ma l'*apostolato marittimo*, vale a dire la stessa missione della Chiesa nel mondo marittimo, organicamente strutturata, per mezzo della funzione pastorale dei ministri ordinati e dell'attività apostolica dei fedeli laici, che vengono chiamati ad essere protagonisti dell'OAM.

Va pertanto sottolineato questo cambiamento d'impostazione, anche se esso non abbia significativi riflessi giuridico-canonici a livello di normativa universale, in quanto l'attività dei fedeli laici si svolge normalmente al margine delle disposizioni date dall'autorità ecclesiastica per organizzare le funzioni specificamente pastorali. Corrisponde dunque all'autonomia propria dei fedeli laici esercitare l'apostolato nel mondo marittimo, anche mediante la costituzione di associazioni di fedeli.

(11) Cfr. PONTIFICIA COMMISSIONE PER LA PASTORALE DELLE MIGRAZIONI E DEL TURISMO, *Norme e facoltà*, cit., art. 1.

(12) Era compito del cappellano dell'*Apostolatus Maris* «inter Maritimos ac praesertim inter sodales catholicorum Institutorum viros et mulieres deligere, qui maxime idonei sint, eosdemque ita in re morali et doctrinali instituere, ut actionem apostolicam, secundum dotes ac virtutes laicorum proprias, fructuose exercere valeant» (*Ibidem*, art. 9, 2).

5. *La gente del mare.*

Il Titolo II del «motu proprio» elenca le diverse categorie della «gente del mare». Con questo termine generico, che è nuovo peraltro nel Diritto canonico, vengono intesi, in primo luogo, i naviganti e i marittimi⁽¹³⁾; in secondo luogo il coniuge, i figli minorenni e tutte le persone che abitano nella stessa casa di un marittimo (anche se in pensione); e, in terzo luogo, coloro che collaborano stabilmente con l'OAM.

In questo modo viene ampliato considerevolmente, rispetto alla precedente normativa, il numero dei soggetti implicati dal documento. Tale ampliamento, che può destare a prima vista qualche perplessità, sembra giustificato da un'evidente ragione pastorale: che il nucleo familiare dei marittimi rimanga unito anche per quanto riguarda l'attenzione pastorale.

Come si diceva prima, sin dall'inizio del documento viene riconosciuto a *tutti* i laici presenti nel mondo marittimo il ruolo loro proprio di testimoniare la vita cristiana (cfr. SM, art. I). È anche significativa, in questo senso, la disposizione contenuta nel articolo II § 2, dove si chiede espressamente ai cappellani e alle autorità dell'OAM di riconoscere e promuovere «la missione che tutti i fedeli, e in particolare i laici, secondo la loro specifica condizione, esercitano nella Chiesa e nel mondo marittimo». Di conseguenza, la gente del mare non è più soltanto *soggetto passivo della cura pastorale* del cappellano, ma anche *soggetto attivo dell'apostolato marittimo*.

È rilevante anche il fatto che solo nei casi in cui si deve chiedere ad *alcuni* fedeli laici l'adempimento di *alcune* mansioni che sono collegate alle funzioni pastorali dei ministri ordinati — e che, pertanto, non sono funzioni specificamente proprie dei laici⁽¹⁴⁾ — viene considerata la funzione del cappellano di identificare e preparare quei marittimi che riuniscano le qualità necessarie per adempierle. Tra queste funzioni sono menzionate espressamente: costituire una comunità cristiana di bordo (cfr. SM, art. IV, § 4), essere ministri straordinari della Comunione eu-

(13) Mentre la definizione di *naviganti* è rimasta praticamente invariata, la definizione di *marittimi* è stata allargata per comprendere non solo coloro che in ragione del loro mestiere si trovano abitualmente sulle navi o gli allievi degli istituti nautici — che erano le persone comprese in questa categoria nelle disposizioni del 1977 — ma anche coloro che lavorano sulle piattaforme petrolifere, i pensionati di questi settori, e coloro che lavorano nei porti.

(14) Cfr. GIOVANNI PAOLO II, *Discorso ai partecipanti al 1° Simposio sulla collaborazione dei laici nel ministero pastorale dei presbiteri*, 22 aprile 1994, in «Sacrum Ministerium» 1 (1994), pp. 62-67. Cfr. anche CONGREGAZIONE PER IL CLERO, *Istruzione su alcune questioni circa la collaborazione dei fedeli laici al ministero dei sacerdoti*, 15 agosto 1997, in «L'Osservatore Romano», 14 novembre 1997, Supplemento.

caristica (cfr. SM, art. III, 4-5), nonché aiutare il cappellano e supplirle le sue assenze, a norma del diritto, nelle funzioni in cui non si richiede il sacerdozio ministeriale (cfr. SM, art. VIII, § 1). Per queste funzioni — in particolare, essere ministro straordinario della Comunione, e aiutare e supplire il cappellano — si richiede, comunque, un'adeguata formazione e l'incarico dell'autorità competente.

Non ci sono particolari novità nei privilegi tradizionalmente concessi dalla Sede Apostolica ai marittimi e ai naviganti. L'unica circostanza degna di nota è la restrizione ai soli naviganti — «coloro che al momento si trovano su navi mercantili o di pesca, e coloro che hanno intrapreso per qualsiasi motivo un viaggio in mare» (cfr. SM, art. II, § 1, a) — della dispensa della legge dell'astinenza e del digiuno (cfr. CIC, can. 1251), prima concessa non solo ai naviganti ma anche ai marittimi, anche se temporaneamente si trovavano a terra⁽¹⁵⁾.

6. *I cappellani dell'OAM.*

Il Titolo III considera la figura del cappellano dell'OAM, il quale viene definito come il sacerdote nominato, d'intesa con il direttore nazionale dell'OAM, dal Vescovo diocesano per attendere alla cura spirituale della gente del mare in una determinata diocesi, e al quale è conferito dallo stesso Vescovo diocesano il dovuto mandato (cfr. SM, art. IV, § 1, e XII, § 2). Nella normativa precedente il cappellano veniva nominato dall'Ordinario del luogo e il suo ufficio era svolto nei confronti dei marittimi e delle loro famiglie. Tra le diverse qualità che deve possedere il cappellano dell'OAM viene menzionata esplicitamente una buona conoscenza delle lingue (cfr. SM, art. IV § 2), e si richiede la ricezione di un'istruzione e preparazione adeguata prima di ricevere l'incarico pastorale (cfr. SM, art. IV, § 3). È anche definito il luogo dove il cappellano presta la sua assistenza spirituale: i centri «Stella Maris» e gli altri centri che accolgono i marittimi (cfr. SM, art. IV, § 6), come possono essere scuole, ospedali o altri istituti affini.

In forza dell'ufficio il cappellano dell'OAM può compiere nei confronti della gente del mare tutti gli atti che sono propri della cura d'anime con l'unica eccezione della materia matrimoniale (cfr. SM, art. V, § 1). Viene inoltre stabilito che le sue facoltà sono cumulative con quelle del parroco del territorio in cui sono esercitate, il quale rimane competente esclusivo in materia matrimoniale. Al cappellano dell'OAM si chiede di mantenere un fraterno collegamento con il parroco nello svolgimento del suo ministero pastorale (cfr. SM, art. V, § 2). È interessante

(15) Cfr. PONTIFICIA COMMISSIONE PER LA PASTORALE DELLE MIGRAZIONI E DEL TURISMO, *Norme e facoltà, cit., Privilegi, 2.*

notare che non si parla più di « giurisdizione » del cappellano o del parroco, ma semplicemente di « facoltà »⁽¹⁶⁾.

Non ci sono neanche grossi cambiamenti nelle facoltà speciali attribuite al cappellano dell'OAM, che sono state comunque semplificate. Rimangono invariate le facoltà concesse per la celebrazione della messa (cfr. SM, art. VI), e la facoltà di amministrare il sacramento della Confermazione nei viaggi a bordo di una nave, sempre che non sia presente a bordo un Vescovo in comunione con la Sede Apostolica (cfr. SM, art. VII, § 2). L'unica variazione, logica in quanto viene a colmare una lacuna di legge finora esistente⁽¹⁷⁾, è l'attribuzione al cappellano della possibilità di assistere al matrimonio durante il viaggio, a condizione che abbia ricevuto la delega dall'Ordinario o dal parroco competente (cfr. SM, art. VII, § 3).

7. *La direzione dell'OAM.*

L'ultimo Titolo è dedicato alla definizione delle autorità o direzioni dell'OAM. Essa è strutturata a diversi livelli: diocesano, nazionale e internazionale.

Nell'ambito diocesano viene riaffermato il diritto e il dovere del Vescovo diocesano di offrire l'assistenza pastorale alla gente del mare della propria diocesi, inclusi i marittimi che, sia pure per un tempo limitato, risiedono nell'ambito della sua giurisdizione. A lui compete, oltre che la nomina e il conferimento dell'ufficio ai cappellani dell'OAM che dovranno lavorare in diocesi, la determinazione delle forme più adatte per la cura pastorale dei marittimi, e dare le opportune licenze per la costruzione di oratori nelle navi che siano iscritte nel pubblico registro di un porto situato nel territorio della sua diocesi (cfr. SM, art. XII).

In ambito nazionale, vale a dire, in ciascuna Conferenza Episcopale con territorio marittimo, vengono confermate le figure del *Vescovo promotore* e del *direttore nazionale* dell'OAM, già previste dalla normativa precedente, con l'unica differenza che il compito del *Vescovo promotore* poteva prima essere svolto anche da un gruppo o commissione episcopale. Il *Vescovo promotore* è nominato dalla Conferenza Episcopale per un periodo di tempo determinato, e ha come compito principale favorire l'OAM (cfr. SM, art. IX, § 1). A lui spetta la scelta di un sacerdote adatto e la sua presentazione alla Conferenza Episcopale, la quale lo nominerà mediante decreto *direttore nazionale* dell'OAM per un de-

(16) Cfr. le precedenti *Norme e facoltà*, art. 8, § 5, che con una terminologia, ormai quasi superata, parlavano di « giurisdizione » del cappellano o del parroco.

(17) Cfr. E. BAURA, *L'Apostolato del Mare: profili giuridici della nuova normativa*, in «L'Osservatore romano», 16 marzo 1997, p. 10.

terminato periodo di tempo (cfr. SM, art. IX, § 2). Sia i compiti del *Vescovo promotore* (cfr. SM, art. X), sia quelli del *direttore nazionale* (cfr. SM, art. XI), sono sostanzialmente gli stessi che erano previsti dalla normativa del 1977.

In ambito internazionale, compete al PCPMI l'alta direzione dell'OAM. I compiti principali rimangono quelli di emanare istruzioni (cfr. CIC, can. 34), dare esortazioni, suggerimenti, ecc., relativi all'assistenza pastorale della gente del mare; e vigilare perché tale ministero sia svolto a norma del diritto e in maniera degna e fruttuosa; provvedendo anche a correggere eventuali abusi (cfr. SM, art. XIII, § 1, 1-2 e 4). Spetta anche al medesimo Dicastero favorire e sviluppare la cooperazione e coordinazione delle iniziative con le diverse Conferenze Episcopali e con gli Ordinari del luogo (cfr. SM, art. XIII, § 2). A questo fine è stato stabilito per il *Vescovo promotore* l'obbligo di presentare al PCPMI una relazione annuale sulla situazione dell'OAM nella sua nazione (cfr. SM, art. X, 5).

Sono nuovi compiti del PCPMI, oltre all'esercizio delle funzioni proprie della Santa Sede in materia di associazioni nell'ambito dell'OAM, favorire uno spirito ecumenico nell'ambiente marittimo, e la nomina, su proposta dei *Vescovi promotori* interessati, di un coordinatore per una regione comprendente varie Conferenze Episcopali (cfr. SM, art. XIII, § 1, 3-4 e 6).

8. *Natura dell'OAM.*

Prima di finire resta solo da fare qualche considerazione sulla natura giuridico-canonica dell'OAM. Nella definizione contenuta nel documento viene affermato che «pur non costituendo un'entità canonica autonoma con propria personalità giuridica, è l'organizzazione che promuove la cura pastorale specifica rivolta alla gente del mare e mira a sostenere l'impegno dei fedeli chiamati a dare testimonianza in questo ambiente con la loro vita cristiana» (SM, n. I).

Ci sarebbe, dunque, poco da aggiungere sulla natura istituzionale di una organizzazione — *institutio* — che viene definita solo per i fini che deve raggiungere, e di cui si afferma esplicitamente che non costituisce un'entità canonica autonoma. Tuttavia, a partire dall'esame dei fini e dei soggetti che intervengono nell'OAM, e dal fatto che non si tratta di un ente canonico autonomo con propria personalità giuridica, si può tentare di fare qualche considerazione sulla natura di tale «organizzazione»⁽¹⁸⁾.

(18) Con il termine di «organizzazione» si fa riferimento al rapporto tra persone e istituzioni che in forza del loro ufficio collaborano in modo organico, cioè or-

Per quanto riguarda i fini dell'OAM, abbiamo visto prima che sono due fini con contenuti diversi (la cura pastorale e l'impegno dei fedeli a testimoniare la vita cristiana). Tuttavia il raggiungimento di tali fini è perseguito per mezzo delle attività che hanno una caratteristica simile: da un lato, la *promozione* della cura pastorale, e, dall'altro, il *sostegno* dell'impegno dei fedeli che vivono nel mondo marittimo. Si può, infatti, distinguere il contenuto dei fini dell'OAM — la cura pastorale, che è affidata al cappellano dell'OAM, e l'impegno apostolico dei fedeli, che a loro compete per la propria vocazione cristiana — dalle attività indirizzate a loro raggiungimento, quali sono la *promozione* e il *sostegno*. Queste attività, che possono essere esercitate nella comunità ecclesiale da soggetti diversi, nella misura in cui sono esercitate dai ministri ordinati si configurano in ultima istanza come attività di natura propriamente *pastorale*, che sono oggetto della *potestà organizzativa* che i Pastori della Chiesa, titolari di un «ufficio capitale», esercitano nel proprio ambito di competenza. Questa potestà consiste nella capacità di configurare la struttura ecclesiastica nel modo che intende pastoralmente più adeguato, erigendo, innovando o sopprimendo gli uffici ecclesiastici che compongono un determinato ente⁽¹⁹⁾.

Nel presente caso, dove si tratta di *promuovere* la cura pastorale della gente del mare e di *sostenere* l'impegno dei fedeli nell'ambito marittimo, l'attività organizzativa a loro riguardo implicava potenzialmente fedeli di tutto il mondo, ragione per cui era opportuno che l'atto organizzativo fosse emanato dal Romano Pontefice, quale Pastore della Chiesa universale (cfr. CIC, can. 331).

Il risultato di tale atto del Romano Pontefice è, nel presente caso, l'OAM, una speciale organizzazione costituita da diversi soggetti — il Vescovo diocesano e il cappellano dell'OAM, il *Vescovo promotore* e il *direttore nazionale* dell'OAM, e il PCMI — che si prefigge il raggiungimento dei fini suddetti e che, per una espressa decisione del Romano Pontefice, non costituisce un'entità canonica autonoma con propria personalità giuridica⁽²⁰⁾. D'altra parte, i soggetti che inter-

dinato secondo funzioni diverse ma coordinate, nell'adempimento di un determinato scopo.

⁽¹⁹⁾ Cfr. J.I. ARRIETA, *Comentario al canon 148*, in VV.AA., *Comentario exegético al Código de Derecho Canónico*, vol. I, Pamplona 1996, p. 927. Per uno studio di insieme dell'organizzazione ecclesiastica, cfr. il recente lavoro: IDEM, *Diritto dell'organizzazione ecclesiastica*, Milano 1997.

⁽²⁰⁾ In riferimento ai soggetti giuridici senza personalità nel diritto canonico, Condorelli affermava: «si è infatti rilevato che nel diritto della Chiesa l'erezione formale in persona giuridica non sembra necessaria perché un'unità organica possa raggiungere autonomamente gli scopi per il conseguimento dei quali fu istituita», e concludeva: «la

vengono nell'OAM continuano a far parte delle normali strutture pastorali della Chiesa. Tale organizzazione, quindi, non costituisce una speciale struttura pastorale⁽²¹⁾, ma semplicemente uno speciale settore dell'organizzazione pastorale della Chiesa dedicato ad un determinato ambito della sua missione, quale è il mondo marittimo. A differenza, quindi di altri settori dell'organizzazione ecclesiastica dedicati ad altri ambiti della missione della Chiesa, i quali sono normalmente configurati come vere e proprie strutture pastorali — sia a livello universale o particolare, sia a quello centrale, diocesano o nazionale — e che solitamente godono di personalità giuridica autonoma.

Di conseguenza, per quanto riguarda la promozione della cura pastorale della gente del mare, si è preferito mantenere una scelta già fatta dalla Cost. ap. *Exsul Familia*, e cioè quella di stabilire semplicemente un'organizzazione pastorale con il fine di dare abilitazione giuridica e distribuire i cappellani per l'attenzione spirituale della gente del mare, i quali dovranno lavorare sotto la direzione dei Vescovi diocesani, sui quali ricade la responsabilità della cura pastorale della gente del mare presente nella propria diocesi (cfr. SM, art. XII). In ogni caso, sotto il profilo teorico niente sembra escludere che nel futuro possano essere create dalla Sede Apostolica strutture pastorali vere e proprie — a livello nazionale o regionale — nell'ambito dell'OAM, quando i Vescovi diocesani o le Conferenze Episcopali interessate lo ritengano conveniente o utile.

Per quanto concerne in genere l'*apostolato marittimo*, attività in cui sono protagonisti principali i fedeli laici che fanno parte della gente del mare, la realtà è destinata ad oltrepassare gli stretti termini di qualsiasi disposizione normativa. A tutte le persone che sono coinvolte in questo settore della missione della Chiesa spetta il compito di svolgere, approfittando dello strumento offerto con l'OAM, una rinnovata evangelizzazione del mondo marittimo.

Antonio S. Sánchez-Gil

personalità giuridica non esaurisce il novero dei soggetti di diritto diversi dalla persona fisica» (M. CONDORELLI, *Destinazione di patrimoni e soggettività giuridica nel diritto canonico*, Milano 1964, p. 137). Tuttavia, si deve notare che, nel caso dell'OAM, oltre a mancare la personalità giuridica, manca pure l'autonomia, in quanto dipende, a diversi livelli, da diverse autorità che appartengono alle normali strutture pastorali della Chiesa.

(21) L'espressione «struttura pastorale» si trova nel § 1 dell'art. 150 della Cost. ap. *Pastor Bonus*, quando chiede al PCPMI l'impegno «perché nelle Chiese locali sia offerta un'efficace ed appropriata assistenza spirituale, se necessario anche mediante opportune strutture pastorali, sia ai profughi ed agli esuli, sia ai migranti, ai nomadi e alla gente del circo». Nel § 2 si fa riferimento esplicito all'OAM, senza aggiungere altri particolari. Comunque, dalla regolamentazione fatta dal documento che stiamo commentando non sembra che si possa concludere che l'OAM sia propriamente una struttura pastorale.

ATTI DELLA SANTA SEDE

SEGRETERIA DI STATO. **Quinto Accordo Addizionale fra la Santa Sede e la Repubblica Austriaca alla Convenzione fra la Santa Sede e la Repubblica Austriaca per il Regolamento di Rapporti Patrimoniali del 23 giugno 1960**, 21 dicembre 1995 (BGBl 609/1996; finora non pubblicato negli AAS) (*)

Articolo I: La somma di 158 milioni di scellini, di cui all'Articolo II, Capov. 1, lettera *a*, della Convenzione fra la Santa Sede e la Repubblica Austriaca per il Regolamento di Rapporti Patrimoniali del 23 Giugno 1960 nella redazione dell'Accordo Addizionale 10 Ottobre 1989, verrà elevata a partire dall'anno 1996 a milioni 192 di scellini.

Articolo II: L'Articolo XXII, Capov. 2, del Concordato del 5 Giugno 1933 vale, per analogia, per la soluzione di difficoltà concernenti l'interpretazione del presente Accordo Addizionale.

Articolo III: Questo Accordo Addizionale, il cui testo italiano e tedesco sono ugualmente autentici, dev'essere ratificato e gli strumenti di ratifica devono essere scambiati al più presto in Roma. Esso entra in vigore il giorno dello scambio degli strumenti di ratifica.

In fede di che i Plenipotenziari hanno firmato il presente Accordo in doppio originale.

Fatto a Vienna, il 21 dicembre 1995

(... Seguono le firme)

L'Accordo Addizionale ⁽¹⁾ ha sostanzialmente lo scopo di modificare l'importo del contributo devoluto annualmente alla Chiesa Cattolica dalla Repubblica Austriaca, secondo quanto previsto dall'Articolo II, Capov. 1, lettera *a*, della Convenzione fra la Santa Sede e la Repubblica Austriaca per il Regolamento di Rapporti Patrimoniali del 23 Giugno 1960 ⁽²⁾ — in modo da compensare la diminuzione del valore reale della somma finora prevista.

(*) Vedi *nota* alla fine del documento.

⁽¹⁾ A norma Art. III dell'Accordo, questo è entrato in vigore il giorno dello scambio degli strumenti di ratifica, cioè il 14 ottobre 1996.

⁽²⁾ AAS 52 (1960) 933-941; BGBl 195/1960.

La Convenzione del 1960 che è la base dell'Accordo del 1995 regola taluni rapporti di natura giuridico-patrimoniale fra la Chiesa Cattolica e lo Stato Austriaco, modificando alcune disposizioni del Concordato del 5 Giugno 1933 (e del Protocollo Addizionale)⁽³⁾ tuttora in vigore.

Nello sviluppo delle relazioni tra la Chiesa Cattolica e lo Stato Austriaco la Convenzione del 1960 ha avuto una particolare importanza specialmente sotto due punti di vista⁽⁴⁾:

a) *Risarcimento dei danni patrimoniali.*

Il trattato offre una riparazione per i danni causati dai provvedimenti presi dal regime nazista, ovvero il venir meno della dotazione del clero stabilita in passato dalla legislazione sulla *congrua*, la cessazione dei Patronati di diritto pubblico e degli oneri relativi alla manutenzione degli edifici ecclesiastici⁽⁵⁾, l'espropriazione e la nazionalizzazione del patrimonio dei cosiddetti «*Fondi di Religione*»⁽⁶⁾.

Il «*Trattato di Stato*» circa il ristabilimento di una Austria indipendente e democratica del 15 maggio 1955 (BGBl 152: Staatsvertrag 1955) prevedeva nella sua parte V (Art. 26) — fra l'altro — il risarcimento relativamente ai diritti ed interessi legittimi, che erano stati lesi o soppressi da misure del regime nazista a causa della religione del proprietario, cioè a danni patrimoniali arrecati da persecuzioni per motivi religiosi. In esecuzione del Art. 26, la legge federale del 20.12.1955 (BGBl 269/1955) ha riconosciuto a favore delle Chiese cristiane e di altre comunità religiose le richieste presentate sulla base del Art. 26. Questa legge è stata quasi una promessa di un ulteriore provvedimento legisla-

(3) AAS 26 (1934) 249-282; BGBl II 2/1934.

(4) Cfr. JOSEF RIEGER, *Die vermögensrechtlichen Beziehungen zwischen Kirche und Staat auf Grund der Konvention vom Jahre 1960*, ÖAKR 15 (1964) 42-69; HANS PAARHAMMER, *Die vermögensrechtlichen Beziehungen zwischen Kirche und Staat auf der Grundlage des Konkordatsrechtes*, in: HANS PAARHAMMER (ed.), *Kirchliches Finanzwesen in Österreich. Geld und Gut im Dienste der Seelsorge*, Thaur/Tirol 1989, 189-252, 194-229.

(5) Per un elenco completo di diritti sottratti alle Chiese: ERWIN MELICHAR, *Die Rückstellungsansprüche der gesetzlich anerkannten Kirchen in Österreich*, ÖAKR 7 (1956) 76-90; PETER LEISCHING, *Ansprüche der katholischen Kirche im Rahmen des Staatsvertrages und ihre Grundlagen*, ÖAKR 8 (1957) 81-112; i Vescovi austriaci presentarono nel 1955 un libro bianco («*Weißbuch*»), intitolato «*Kirche und Staat in Österreich*», nel quale sostenevano la necessità che venissero risarciti i danni patrimoniali arrecati alla Chiesa cattolica e richiamavano allo stesso tempo l'attenzione su altre questioni aperte fra Chiesa e Stato, specialmente in relazione al matrimonio e alla scuola (scuole cattoliche private, insegnamento della religione cattolica nelle scuole pubbliche): Hans Paarhammer, *Beziehungen* (nota 4) 197-199.

(6) I «*Fondi di Religioni*» furono fondati nel 1782 di patrimonio della Chiesa al fine del sostentamento del clero e per provvedere a altri bisogni della Chiesa.

tivo che precisasse più concretamente le condizioni formali e materiali del risarcimento. I primi passi in questa direzione sono stati le leggi federali del 17/12/1958 (BGBl 294/1958) e del 18/12/1959 (BGBl 300/1959), che hanno stabilito a favore delle tre Chiese cristiane danneggiate (Chiesa cattolica, Chiesa Vetero-cattolica, Chiese evangeliche) prestazioni annuali da parte dello Stato. Per la Chiesa Cattolica è stata fissata la somma di 100.000.000 scellini all'anno (1959 e 1960).

Per quanto riguarda la Chiesa Cattolica⁽⁷⁾, la Convenzione del 1960 ha regolato in via definitiva la riparazione prevista dal Trattato di Stato (1955): «... vengono soddisfatte in via definitiva tutte le richieste finanziarie della Chiesa Cattolica e delle sue Istituzioni derivanti dalla parte V del Trattato di Stato circa il ristabilimento di una Austria indipendente e democratica del 15 Maggio 1955, ed in modo speciale anche tutte le richieste derivanti da già esistenti o futuri regolamenti di risarcimento da parte della Repubblica Austriaca per danni reali causati da persecuzioni. La Chiesa Cattolica riconosce che la Repubblica Austriaca non deve adempiere, oltre alle prestazioni stabilite con la presente Convenzione, ad altri impegni di carattere finanziario nei settori in essa trattati» (Art. VIII. 1j)⁽⁸⁾.

b) *La questione concordataria.*

La Convenzione del 1960 risolveva anche la questione concordataria. La questione della validità del concordato del 1933/34 era stato molto discussa nel decennio successivo alla seconda guerra mondiale. La soluzione pattizia dei problemi patrimoniali non solo conduceva al riconoscimento della validità del Concordato del 1933/34⁽⁹⁾, ma apriva

(7) Per le altre comunità religiose la riparazione è stata regolata da leggi speciali negli anni seguenti: legge federale del 6/7/1961 per le Chiese protestante; legge federale del 26/10/1960 per la Chiesa Vetero-cattolica e la comunità israelitica.

(8) Sotto un certo punto di vista questa regolamentazione definitiva è molto simile alle disposizioni della Convenzione Finanziaria che fa parte dei Patti Lateranensi del 1929: «La Santa Sede dichiara di accettare quanto sopra a definitiva sistemazione dei suoi rapporti finanziari con l'Italia in dipendenza degli avvenimenti del 1870» (Art. 2). Cfr. ALBERTO DE LA HERA, *Comentario a la convención entre la Santa Sede y la República Austriaca para la regulación de sus relaciones patrimoniales de 23 de junio de 1960*, *Ius Canonicum* 1 (1961) 535-544, 538 s.

(9) Nota diplomatica del 21/12/1957: Cfr. JOSEF RIEGER, *Vermögensrechtliche Beziehungen* (nota 4) 50.

Il riconoscimento della validità del Concordato del 1933/34 era implicito, perché le disposizioni della Convenzione del 1960 presuppongono la validità del suddetto concordato: Cfr. Art. I, VIII, IX della Convenzione del 1960.

L'art. II (4) della Convenzione del 1960 conferma i diritti della Chiesa in materia del tributo ecclesiastico («Kirchenbeitrag»): «Le tasse ecclesiastiche continueranno ad

anche la strada alla Convenzione del 1962 che avrebbe regolato le questioni ancora aperte in materia scolastica⁽¹⁰⁾.

Una delle disposizioni della Convenzione del 1960⁽¹¹⁾ che riguardano l'indennità dovuto alla Chiesa cattolica è l'Art. II. Capov. 1) il quale stabilisce che

« *la Repubblica Austriaca verserà alla Chiesa Cattolica ogni anno a partire dal 1961:*

- a) *una somma di 50 milioni di scellini;*
- b) *il controvalore delle retribuzioni volta a volta in vigore di 1250 impiegati ecclesiastici, prendendo come base una retribuzione media; tale viene considerato lo stipendio corrente di un impiegato statale del gruppo A, IV classe di servizio, 4° scatto, più i pagamenti straordinari e le indennità di caro vita ».*

Mentre le prestazioni a norma di Capov. 1, lettera *b*, sono di valore stabile, la somma indicata nella lettera *a*) è un importo fisso che perde di valore a causa dell'inflazione. Di qui la necessità di aumentare l'ammontare della somma stabilita per compensare il deprezzamento del valore reale — in modo da tenere fermo il valore reale stabilito inizialmente nell'anno 1960.

Analoghi adattamenti della somma di cui sopra alla lettera *a*) sono stati fatti nei seguenti quattro Accordi Addizionali:

I. Accordo Addizionale del 29/9/1969, entrato in vigore il 23/2/1970 (aumento a 67 milioni di scellini)⁽¹²⁾;

II. Accordo Addizionale del 9/1/1976, entrato in vigore il 14/5/1976 (aumento a 97 milioni di scellini)⁽¹³⁾;

III. Accordo Addizionale del 24/7/1981, entrato in vigore il 21/1/1982 (aumento a 128 milioni di scellini)⁽¹⁴⁾;

essere percepite... ». Le tasse ecclesiastiche, incluso l'aiuto dello Stato, già erano previste nel art. XIV del concordato del 1933/34: Cfr. HANS HEIMERL/HELMUTH PREE, *Handbuch des Vermögensrechts der katholischen Kirche unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsverhältnisse in Bayern und Österreich*, Regensburg 1993, 169 s.

⁽¹⁰⁾ AAS 54 (1962) 641-652.

⁽¹¹⁾ Convenzione tra la Santa Sede e la Repubblica Austriaca per il regolamento dei rapporti patrimoniali: AAS 52 (1960) 933-941; BGBl 195/1960; in vigore dal 13.8.1960.

Testo (tedesco) con note esplicative da parte del legislatore Austriaco, con indicazioni bibliografiche e giurisprudenziali: Inge Gamp/Richard Potz/Brigitte Schinkele, *Österreichisches Staatskirchenrecht. Gesetze, Materialien, Rechtssprechung*, Vol. 1, Wien 1990, 201-207. Cfr. Hugo Schwendenwein, *Österreichisches Staatskirchenrecht (Münsterischer Kommentar zum Codex Iuris Canonici. Beiheft 6)*, Essen 1992, 668-680.

⁽¹²⁾ AAS 62 (1970) 163 s.; BGBl 107/1970.

⁽¹³⁾ AAS 68 (1976) 422-424; BGBl 220/1976.

⁽¹⁴⁾ AAS 74 (1982) 272-274; BGBl 49/1982.

IV. Accordo Addizionale del 10/10/1989, entrato in vigore il 26/1/1990 (aumento a 158 milioni di scellini) ⁽¹⁵⁾.

Il quinto Accordo Addizionale del 21/12/1995 ⁽¹⁶⁾ è per il momento l'ultimo adattamento. Esso è una espressione della *collaborazione* tra la Chiesa cattolica e lo Stato Austriaco ed una conferma, almeno implicita, della *posizione di diritto pubblico* delle comunità religiose « riconosciute » (Cfr. art. 15 StGG 1867), specialmente della Chiesa cattolica nell'ordinamento giuridico austriaco: *Collaborazione e posizione di diritto pubblico* sono due tratti tipici nelle relazioni fra Chiesa e Stato in Austria e stupisce piuttosto che lo Stato non ne tenga conto in tutte le materie, come si vede per esempio dal fatto che lo Stato si rifiuta di collaborare alla registrazione dei cittadini cattolici tenuti a pagare il tributo ecclesiastico (« Kirchenbeitrag ») ⁽¹⁷⁾.

Helmuth Pree

⁽¹⁵⁾ AAS 82 (1990) 230-232; BGBl 86/1990.

⁽¹⁶⁾ Vedi nota 1.

L'art. II del V. Accordo Addizionale fa riferimento alla clausola dell'art. XXII, Capov. 2 del Concordato del 5 Giugno 1933, disponendo che questa norma, per analogia, vale per la soluzione di difficoltà concernenti l'interpretazione del presente Accordo Addizionale.

L'art. XXII Capov. 2 del Concordato di 1933/34 afferma: « Se in avvenire sorgesse qualche difficoltà sulla interpretazione dei precedenti articoli, o si rendesse necessario il regolamento di questioni relative a persone o cose ecclesiastiche non trattate in questo Concordato, che toccano anche la sfera dello Stato, la Santa Sede ed il Governo Federale procederanno, di comune intelligenza, ad un'amichevole soluzione od accordo ».

⁽¹⁷⁾ Questo fatto è sorprendente perché è in contrasto con l'art. XIV. del citato Concordato del 1933/34, che garantisce alla Chiesa Cattolica l'aiuto dello Stato per l'esazione dei tributi ecclesiastici.

Cfr. HANS PAARHAMMER, *Probleme des Kirchenbeitragswesens*, in: HANS PAARHAMMER/Franz POTOTSCHNIG/ALFRED RINNERHALER (ed.), *60 Jahre Österreichisches Konkordat (Veröffentlichungen des Internationalen Forschungszentrums für Grundfragen der Wissenschaften Salzburg. Neue Folge Band 56)*, München 1994, 545-561, specialmente 554 s.; ALFRED KOSTELECKY, *Das Kirchenbeitragsgesetz. Seine Entstehung und Auswirkung bis heute*, in: HANS PAARHAMMER (ed.), *Kirchliches Finanzwesen in Österreich* (nota 4) 123-135, specialmente 132-134.

SEGRETERIA DI STATO, Norme per la procedura di ricorso contro le delibere della Commissione disciplinare dello Stato della Città del Vaticano, 2 febbraio 1996 (AAS - Supplemento 67 (1996) p. 10-14) (*)

Il Santo Padre Giovanni Paolo II, nell'Udienza concessa al sottoscritto Cardinale Segretario di Stato il giorno 2 febbraio 1996, ha approvato le Norme per la procedura di ricorso contro le delibere della Commissione disciplinare dello Stato della Città del Vaticano.

Il Santo Padre ha disposto la promulgazione delle suddette Norme nel supplemento degli «Acta Apostolicae Sedis», stabilendo che esse entrino in vigore con la pubblicazione.

Dal Vaticano, il 3 febbraio 1996

Angelo Card. Sodano
Segretario di Stato

**NORME PER LA PROCEDURA DI RICORSO CONTRO LE DELIBERE
DELLA COMMISSIONE DISCIPLINARE DELLO STATO
DELLA CITTÀ DEL VATICANO**

ART. 1. — Il ricorso alla Corte di Appello dello Stato della Città del Vaticano contro il provvedimento emesso in applicazione della delibera della Commissione Disciplinare può essere interposto entro trenta giorni dalla notificazione del medesimo.

Il ricorso non sospende l'esecuzione del provvedimento.

ART. 2. — Il ricorso deve essere presentato simultaneamente al Delegato Speciale della Pontificia Commissione per lo Stato della Città del Vaticano e alla Cancelleria della Corte di Appello, con allegata copia del provvedimento impugnato.

Il Delegato Speciale provvederà a trasmettere immediatamente alla Corte di Appello copia integrale degli atti del procedimento disciplinare, di cui agli artt. 3, 4 e 5 del Regolamento della Commissione.

ART. 3. — Nel procedimento di ricorso contro i provvedimenti disciplinari sia l'Amministrazione sia la parte ricorrente dovranno sempre essere rappresentate e difese da Avvocati, scelti fra coloro che sono iscritti nell'albo degli abilitati a patrocinare dinanzi ai Tribunali dello Stato della Città del Vaticano.

Qualora la parte ricorrente non abbia provveduto a nominarsi il proprio difensore, entro il termine di cui all'art. 5, ovvero richieda, comprovandone il diritto, il patrocinio gratuito, il Presidente della Corte provvederà con decreto a nominare un avvocato d'ufficio.

(*) Vedi *nota* alla fine del documento.

Nel procedimento dovrà sempre intervenire il Promotore di Giustizia, secondo le disposizioni previste in queste norme.

ART. 4. — In qualsiasi momento del procedimento il Presidente della Corte, su richiesta di una o di entrambe le parti o del Promotore di Giustizia ovvero d'ufficio, potrà disporre, con relativo decreto, che le udienze si svolgano a porte chiuse o che gli atti, in tutto o in parte, siano posti sotto segreto nei confronti di quanti non siano parte in causa.

ART. 5. — Il Presidente della Corte di Appello, ricevuti il ricorso e gli atti, di cui all'art. 2, disporrà sollecitamente che le parti siano invitate a nominarsi il rispettivo rappresentante e difensore entro venti giorni, qualora non vi abbiano già provveduto.

Con lo stesso decreto, il Presidente stabilirà la composizione del Collegio giudicante, indicando anche il relatore e assegnando i ricorsi, secondo l'ordine del ruolo di causa, ai Giudici della Corte.

I ricorsi dovranno essere sempre istruiti e definiti da Collegi di tre Giudici, fra i quali possibilmente vi sarà un laico.

ART. 6. — Trascorso il termine di cui all'art. 5 cpv. 1, il Presidente con decreto ordinerà l'immediata trasmissione degli atti al Promotore di Giustizia ed insieme fisserà la data dell'udienza preliminare, invitando contestualmente i difensori delle parti e il Promotore a depositare presso la Cancelleria della Corte, almeno dieci giorni prima, le rispettive scritture preparatorie sia circa il merito del ricorso sia circa eventuali richieste istruttorie.

ART. 7. — L'udienza preliminare è ordinata:

1°) alla lettura della relazione di causa fatta dal Giudice a ciò designato;

2°) alla esposizione e discussione delle ragioni di fatto e di diritto dei difensori delle parti;

3°) alle richieste conclusive del Promotore di Giustizia circa il merito del ricorso;

4°) alla decisione di accoglimento o reiezione di richieste istruttorie documentali e testimoniali;

5°) alla definizione di questioni preliminari o eccezioni proposte dalle parti o d'ufficio.

Ai difensori delle parti e al Promotore il Presidente può dare facoltà di replica prima di chiudere l'udienza.

ART. 8. — A seguito dell'udienza preliminare la Corte, entro dieci giorni, con ordinanza del Presidente, non impugnabile dalle parti né dal Promotore ma revocabile in sede di dibattimento, definirà eventuali pregiudiziali o eccezioni proposte, deciderà circa le richieste istruttorie e stabilirà il giorno dell'udienza dibattimentale.

ART. 9. — Nel corso dell'udienza preliminare le parti o il Promotore di Giustizia potranno presentare rinuncia al dibattimento e chiedere l'immediata decisione sul ricorso.

Qualora la rinuncia sia concordemente formulata e formalmente proposta dalle parti e dal Promotore, la Corte, nella ordinanza di cui all'art. 8, dichiarerà l'accettazione della rinuncia stessa e si convocherà entro trenta giorni per deliberare circa il ricorso, in giorno da notificare ai difensori delle parti e al Promotore di Giustizia.

ART. 10. — Nell'udienza dibattimentale si procederà alla acquisizione di documenti, presentati dalle parti o dal Promotore, nonché alla audizione del ricorrente e dei testi indotti, secondo quanto sarà stato disposto nella ordinanza di cui all'art. 8 ed analogamente alle norme vigenti nella procedura penale dello Stato.

Conclusa l'istruttoria si passerà immediatamente alla discussione, così che espongano le rispettive ragioni in fatto e in diritto dapprima la difesa dell'Amministrazione, indi la difesa del ricorrente e infine il Promotore di Giustizia. Nello stesso ordine interverranno i medesimi per la replica, concessa facoltà per la dichiarazione conclusiva alla parte ricorrente, se personalmente presente all'udienza.

ART. 11. — Dichiarata conclusa l'udienza dibattimentale, il Presidente riunirà immediatamente i congiudici in camera di consiglio per deliberare sulla sentenza.

La sentenza, motivata in diritto e in fatto, dovrà essere depositata in Cancelleria dal Giudice designato all'estensione entro trenta giorni dalla conclusione della udienza dibattimentale.

ART. 12. — 1. In conformità all'art. 68 del Regolamento generale per il personale dello Stato della Città del Vaticano, nonché all'art. 6 del Regolamento della Commissione disciplinare, la Corte di Appello giudica sulla legittimità del provvedimento impugnato e si pronuncia, se del caso, sull'obbligo del risarcimento dei danni.

2. La Corte, qualora ne dichiari la illegittimità, ne dà notifica alla competente Autorità dello Stato della Città del Vaticano perché provveda alla revoca totale o alla modifica parziale dell'atto impugnato.

ART. 13. — A cura della Cancelleria si provvederà alla tempestiva notifica della decisione, con copia della sentenza, ai rappresentanti dell'Amministrazione e della parte ricorrente, nonché al Promotore di Giustizia.

La decisione non è soggetta ad impugnativa.

Città del Vaticano, 2 febbraio 1996.

Norme per la procedura di ricorso contro le delibere della Commissione disciplinare dello Stato della Città del Vaticano.

1. *Introduzione.*

Con data 25 marzo 1996 sono state pubblicate sul Supplemento degli *Acta Apostolicae Sedis*, insieme a un Rescritto del Card. Segretario di Stato con data 3 febbraio 1996 (Prot. N. 381.884), le *Norme per la procedura di ricorso contro le delibere della Commissione disciplinare dello Stato della Città del Vaticano* ⁽¹⁾. Se dovessimo dare una qualifica formale a queste *Norme*, diremmo che, oltre alla denominazione, esse presentano, a nostro avviso, le caratteristiche proprie delle leggi. Parliamo di legge per riferirci, ovviamente, ad una legge dello Stato della Città del Vaticano, non ad una legge canonica. Una legge, cioè, approvata dal Santo Padre quale supremo legislatore di questo Stato ⁽²⁾. Legge tipicamente processuale, poiché con essa s'intende, come vedremo in seguito, provvedere alla regolamentazione di un ricorso che è giudiziario e non amministrativo.

Per quanto riguarda il rescritto del Segretario di Stato che accompagna la pubblicazione, esso ha un valore soltanto dichiarativo e informativo. Dichiara l'avvenuta approvazione di questa legge da parte del Santo Padre, durante l'udienza del 2 febbraio 1996. Informa, inoltre, che la modalità di promulgazione disposta dal Pontefice è la pubblicazione nel supplemento degli *Acta Apostolicae Sedis*, e che con essa avviene anche l'entrata in vigore delle *Norme*.

Pensiamo che per un'adeguata comprensione di questa legge sia necessario fare riferimento al procedimento per l'applicazione delle sanzioni disciplinari, previsto negli artt. 61-68 del *Regolamento generale per il personale dello Stato della Città del Vaticano* ⁽³⁾.

È chiaro che il contenuto delle *Norme* riguarda un ricorso contro un provvedimento del delegato speciale della Pontificia Commissione per lo Stato della Città del Vaticano ⁽⁴⁾ che pone fine al procedimento amministrativo disciplinare ⁽⁵⁾. Tuttavia, questo procedimento ammini-

⁽¹⁾ AAS-Supplemento 67 (1996) pp. 10-14. In seguito le denomineremo semplicemente *Norme*.

⁽²⁾ Cfr. art. 1 della *Legge fondamentale della Città del Vaticano*, 7 giugno 1929, in AAS-Supplemento, 1 (1929) pp. 1-4.

⁽³⁾ Pontificia Commissione per lo Stato della Città del Vaticano, *Regolamento generale per il personale dello Stato della Città del Vaticano*, 3 maggio 1995, in AAS-Supplemento 66 (1995) pp. 11-56. Di seguito verrà citato RGPV.

⁽⁴⁾ Cfr. *Norme*, art. 1; RGPV, art. 68.

⁽⁵⁾ Cfr. RGPV, artt. 61 e 65, in collegamento con l'art. 50. Come risulta da questi articoli, il ricorso alla Corte di appello non ha luogo nel caso dell'ammonizione orale,

strativo disciplinare si presenta come procedimento complesso, poiché all'interno di esso c'è l'intervento della Commissione disciplinare dello Stato della Città del Vaticano⁽⁶⁾. Vediamo, quindi, pur brevemente, lo svolgersi del procedimento disciplinare.

2. *Lo svolgimento del procedimento disciplinare.*

Il delegato speciale, una volta che ha ricevuto segnalazione, con opportuna documentazione, di fatti soggetti a sanzione disciplinare deve contestare per iscritto gli addebiti al dipendente, dandogli un termine per presentare le sue giustificazioni (art. 62 RGPV). Trascorso inutilmente questo termine, o nell'evenienza che le giustificazioni addotte non siano soddisfacenti, il delegato trasmette gli atti alla Commissione disciplinare (art. 63 RGPV). Essa, espletate eventuali nuove indagini, dà comunicazione al dipendente dei fatti contestati, invitandolo a difendersi (art. 3 § 3 RCDV). Da rilevare che in ogni caso il dipendente ha sempre il diritto di essere sentito dalla Commissione (art. 4 RCDV). Il presidente della Commissione, dopo aver trasmesso la documentazione ai membri, convoca una riunione per esaminare collegialmente tale documentazione (art. 4 § 1 RCDV) e deliberare, a maggioranza dei presenti, se e quale delle sanzioni disciplinari previste agli artt. 55-60 del RGPV debba applicarsi nel caso concreto (art. 4 § 2 RCDV). Il testo della delibera, insieme al verbale della riunione, è trasmesso al Delegato Speciale, che provvederà ad applicare, secondo le modalità fissate nel RGPV la sanzione deliberata dalla Commissione (art. 5 RCDV).

Pertanto, dal punto di vista formale pare che l'atto che pone fine al procedimento sia un atto del delegato speciale. Dal punto di vista sostanziale, invece, il contenuto dell'atto sarebbe da attribuire alla Com-

che è una sanzione inflitta al dipendente dal Direttore (cfr. anche l'art. 62 dello stesso regolamento).

⁽⁶⁾ La Commissione disciplinare appare nel RGPV all'art. 95, Titolo X, intitolato «Organi collegiali». Vi è, inoltre, un proprio regolamento di questa Commissione: il *Regolamento della Commissione disciplinare dello Stato della Città del Vaticano*, dell'11 luglio 1995 (cfr. AAS-Supplemento 66 [1995] 83-86); di seguito citato RCDV. Tale Commissione è ordinariamente presieduta da un giudice della Rota Romana, ed è composta da altri quattro membri: tre nominati dalla Pontificia Commissione per lo Stato della Città del Vaticano più il Capo dell'Ufficio legale, che è membro di diritto (cfr. art. 95 § 1, RGPV; art 1 § 4 RCDV). All'art 1 § 1 del regolamento s'indica che la Commissione *esamina tutte le questioni riguardanti la condotta dei dipendenti dello Stato della Città del Vaticano ad essa deferite ed in particolare le proposte di sanzioni disciplinari, la cui applicazione è di competenza del Delegato Speciale della Pontificia Commissione per lo Stato della Città del Vaticano.*

missione disciplinare. Perciò non deve stupire che nel citato Rescritto del Segretario di Stato, nonché nell'intestazione delle *Norme* stesse, si parli di *procedura di ricorso contro le delibere della Commissione disciplinare dello Stato della Città del Vaticano*. Va però sottolineato che tecnicamente sembra più preciso parlare di ricorso contro il provvedimento del delegato speciale emesso in applicazione della delibera della Commissione disciplinare⁽⁷⁾.

3. *Sulla natura del ricorso presso la Corte di appello.*

Passando all'esame delle *Norme* occorre, anzitutto, sottolineare che questo ricorso alla Corte di appello dello Stato della Città del Vaticano è, come abbiamo già anticipato, un ricorso giudiziale, non amministrativo. In primo luogo, perché la Corte è un tribunale non un organo amministrativo. In secondo luogo perché in questo caso la Corte è chiamata a risolvere una controversia tra due parti che si trovano in posizione di uguaglianza e di pari opportunità nel far valere le proprie ragioni. La Corte invece agisce da una posizione *super partes* e, quindi, con l'indipendenza caratteristica del giudice, che manca invece nei procedimenti amministrativi. Concretamente, poiché si giudica sulla legittimità di un atto amministrativo (art. 12 *Norme*), si tratta di un ricorso contenzioso-amministrativo.

Parte convenuta in questo processo sarà sempre l'amministrazione, dalla quale procede il provvedimento impugnato; mentre che parte ricorrente sarà colui che ha subito tale provvedimento disciplinare⁽⁸⁾. Ambedue queste parti debbono essere rappresentate e difese da avvocati, scelti tra coloro che sono abilitati a patrocinare dinanzi ai tribunali dello Stato della Città del Vaticano. In più, si può segnalare che, oltre alle parti e ai giudici, in questo processo interviene anche necessariamente il promotore di giustizia (art. 3 *Norme*).

(7) Questa, tra l'altro, è la terminologia che appare sia nell'art. 6 del RCDV sia nell'art. 1 delle *Norme*. Sarebbe senz'altro interessante, a questo punto, domandarsi se il delegato speciale, ricevuta la delibera della Commissione disciplinare, goda di una qualche discrezionalità in ordine a non applicare o a modificare la sanzione. A nostro avviso, pare che dal disposto degli artt. 5 RCDV e 65 REPV, la risposta debba essere, in linea di massima, negativa.

(8) In realtà, le *Norme* parlano sempre della «parte ricorrente», senza ulteriori specificazioni. Il che potrebbe eventualmente far pensare che il ricorso possa essere anche inoltrato da una terza persona qualora essa senta che la sanzione inflitta al dipendente leda anche i suoi diritti: ad esempio se nell'indagine portata a termine dalla Commissione disciplinare siano stati accertati dei comportamenti scorretti da parte di terzi soggetti, che come tali siano poi passati anche alla motivazione della sanzione.

4. *L'oggetto del ricorso.*

Vogliamo adesso considerare l'oggetto di questo ricorso. Premettendo che l'argomento presenta aspetti alquanto complessi — basti pensare alla diversità di sistemi esistenti negli Stati⁽⁹⁾ —, ci limiteremo a sottolineare alcuni punti.

Oggetto del ricorso, dal punto di vista materiale, è il provvedimento che infligge la sanzione disciplinare. Perciò, al momento della presentazione del ricorso si deve allegare copia di tale provvedimento (art. 2 *Norme*). Dal punto di vista formale l'oggetto del ricorso è, invece, la legittimità dell'atto impugnato (art. 12 § 1 *Norme*). Il problema, allora, è chiarire che cosa debba intendersi per «giudizio di legittimità»⁽¹⁰⁾. A nostro avviso, possono essere di aiuto a tale scopo le seguenti considerazioni:

a) La Corte non potrebbe revocare né modificare l'atto impugnato, bensì soltanto dichiarare la legittimità o l'illegittimità. Da una parte perché lo vieta l'art. 15 della Legge Fondamentale dello Stato della Città del Vaticano, alla quale rinvia l'art. 68 RGPV⁽¹¹⁾. Dall'altra perché la Corte, qualora dichiari l'illegittimità dell'atto, ne dà notifica alla competente Autorità dello Stato della Città del Vaticano affinché provveda alla revoca totale o alla modifica parziale (art. 12 *Norme*).

b) L'esistenza all'interno del ricorso di una fase istruttoria, con possibilità, quindi, di accertare i fatti e di acquisire nuove prove (art. 7, 4° e art. 10 *Norme*), starebbe ad indicare che il «giudizio di legittimità», in questo caso, non si limiterebbe all'esistenza o meno dell'*error iuris*⁽¹²⁾. L'operato della Corte sembra, invece, più prossimo al giudizio sulla conformità o difformità dell'atto impugnato rispetto alla norma giuridica, o, detto in altre parole, al giudizio per violazione di legge *in procedendo vel in decernendo*⁽¹³⁾.

⁽⁹⁾ Cfr., ad esempio, E. LABANDEIRA, *Trattato di Diritto Amministrativo Canonico*, Milano 1994 pp. 497-506 e 522-536.

⁽¹⁰⁾ Cfr. *ibidem*, in particolare pp. 529-530 e 533-534.

⁽¹¹⁾ *Quando un atto amministrativo leda un diritto, è ammessa l'azione davanti l'autorità giudiziaria, la quale tuttavia, anche se lo riconosce illegittimo, non può revocarlo né modificarlo... (Legge Fondamentale..., cit., art. 15).*

⁽¹²⁾ Per il resto, è logico che sia così, perché il diritto alla giustizia da parte di un giudice indipendente comporta che l'organo giudiziario possa e debba anche verificare i fatti contestati, mentre nel caso in specie, tale accertamento era stato fatto soltanto dalla Commissione disciplinare, e quindi nell'ambito del procedimento amministrativo.

⁽¹³⁾ Questa ultima formulazione è quella che appare nell'art. 123 § 1 della cost. ap. Pastor Bonus, dove parlando del Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica si dice: *Inoltre, esso giudica dei ricorsi [...] contro singoli atti amministrativi [...] tutte le volte che si discuta se l'atto impugnato abbia violato una qualche legge, nel deliberare o nel*

c) Il tribunale potrebbe inoltre pronunciarsi anche sull'obbligo del risarcimento dei danni, sempre a richiesta del ricorrente e come questione subordinata a quella dell'illegittimità dell'atto e non in modo indipendente (art 12 § 1 *Norme*).

Si potrebbe dunque affermare che, da una parte, il tribunale non avrebbe competenza per un «giudizio di merito» sul provvedimento, nel senso che non potrebbe giudicare la convenienza o l'opportunità, ne revocarlo o modificarlo. Ma, d'altra parte, sarebbe ugualmente vero che, in un certo senso, la Corte potrebbe entrare anche nel «merito», sia perché essa potrebbe giudicare sui fatti, sia perché il giudizio sull'obbligo del risarcimento dei danni comporterebbe, in qualche modo, un giudizio di merito⁽¹⁴⁾.

5. *Lo svolgimento del ricorso.*

Per il resto, nello svolgimento di questo processo, si possono individuare i seguenti momenti ed atti. In primo luogo, la presentazione del ricorso, che deve essere fatta simultaneamente al Delegato Speciale e alla Cancelleria della Corte di Appello (artt. 1 e 2 *Norme*). Ad essa segue l'invito, rivolto alle parti, a nominare il proprio rappresentante e difensore e la costituzione, mediante decreto del Presidente della Corte di Appello, del collegio giudicante (art. 5 *Norme*). Poi, con un nuovo decreto il Presidente dispone la trasmissione degli atti al promotore di giustizia, e fissa la data dell'udienza preliminare (artt. 6 e 7 *Norme*). In seguito ad essa, la Corte, con ordinanza del Presidente, definirà eventuali pregiudiziali o eccezioni proposte, deciderà circa le richieste istruttorie e stabilirà il giorno dell'udienza dibattimentale (art. 8 *Norme*), tranne nel caso che le parti rinuncino formalmente al dibattimento (art. 9 *Norme*). L'udienza dibattimentale si compone di una parte istruttoria — se richiesta e accettata — e dalla discussione delle ragioni in fatto e in diritto (art. 10 *Norme*). Finita questa udienza, i giudici si riuniscono in camera di consiglio per deliberare (art. 11 *Norme*). E, quindi, entro trenta giorni deve essere depositata la sentenza (art. 11), che non è soggetta ad impugnazione (art 13 *Norme*).

6. *Conclusioni.*

In conclusione, con queste *Norme* di procedura si determina la possibilità per un ricorso contenzioso-amministrativo contro i provvedi-

procedere; invece nel § 2 dello stesso articolo si parla dell'illegittimità: in questi casi, oltre al giudizio di illegittimità, esso può anche giudicare [...] circa la riparazione di danni recati con l'atto illegittimo.

⁽¹⁴⁾ Cfr., J. LLOBELL, *Il «petitum» e la «causa petendi» nel contenzioso-amministrativo canonico*, in *Ius Ecclesiae*, 3 (1991), pp. 144-149.

menti disciplinari del Delegato Speciale della Pontificia Commissione per lo Stato della Città del Vaticano, già previsto all'art. 68 del RGPV. Queste *Norme*, insieme a quelle emanate per il ricorso contro le decisioni del Collegio di Conciliazione e Arbitrato dell'Ufficio del Lavoro della Sede Apostolica⁽¹⁵⁾, costituiscono significativi passi avanti verso la creazione, all'interno dell'ordinamento giuridico dello Stato Vaticano, di un sistema di giustizia amministrativa in senso pieno⁽¹⁶⁾. Cioè, di un sistema nel quale, oltre ai ricorsi amministrativi (di cui tratta, ad esempio, il RGPV nel titolo IX, art. 93, e anche l'art. 10 dello Statuto dell'Ufficio del Lavoro), esistano anche dei rimedi con tutte le garanzie proprie del processo per fare valere i propri diritti.

Juan González-Ayesta

(15) Cfr. Allegato 2 dello *Statuto definitivo dell'Ufficio del lavoro della Sede apostolica*, promulgato da Giovanni Paolo II, AAS 86 (1994) 841-850.

(16) In materia, vid., P. CIPROTTI, *La giustizia amministrativa nell'ordinamento giuridico vaticano*, in *Ius Ecclesiae*, 2 (1989), 449-467.

SUPREMO TRIBUNALE DELLA SEGNETURA APOSTOLICA, **Decreto particolare** «**Exercitii ministerii sacerdotalis**», 25 marzo 1996, Prot. N. 24693/93 C.A. (*)

Epistolis dierum 30 martii, 15 maii et 15 iunii 1992 Exc.mus Episcopus N. Rev.mum X amovit ab officiis quibus in dioecesi N.ungebatur et revocavit omnes facultates, quibus idem sacerdos gaudebat, permissa sola celebratione S. Eucharistiae nemine adstante. Quas decisiones Rev.mus X. tempore opportuno minime impugnavit.

Exc.mus vero Episcopus etiam instituit ut Rev.mus X. sese examini psychologico et therapiae submitteret apud unum ex duobus institutis ab eodem Episcopo indicatis et epistola diei 13 iulii 1992 ei iniunxit ne amplius habitum ecclesiasticum deferret nec amplius se uti sacerdotem dioecesis N. praesentaret.

Instantiis dierum 30 iulii et 25 augusti 1992 Rev.mus X. ab Exc.mo Episcopo revocationem petiit «sanctionum» de quibus in epistola diei 13 iulii et, responsione Exc.mi Episcopi diei 1 septembris 1992 recepta, die 14 septembris 1992 ad Congregationem pro Clericis recurrit, praesertim contra dispositiones diei 13 iulii 1992, sed etiam — uti videtur — contra praeceptum subeundi examen psychologicum et revocationem facultatum, uti supra expositum.

Congregatio pro Clericis die 9 octobris 1993 hoc respondit: «Having studied the material and with the votum of one consultor, this Dicastery has determined that the matter is in the process of judicial investigation. The suspension is an application of Canon 1722 ... and, therefore, ... your petition seeking recourse is precipitous...».

Qua responsione recepta, Rev.mus X. die 29 octobris 1993 ad hoc Supremum Forum provocavit, quod in Congressu diei 28 februarii 1995 decrevit: «Recursum admittendum esse ad disceptationem coram Em.mis et Exc.mis Iudicibus» atque auspiciis expressit ut contentio potius per aequam solutionem dirimeretur.

Hoc decreto rite notificato, Congregatio pro Clericis, binis litteris diei 20 martii 1995, propriam decisionem diei 9 octobris 1993 de facto revocavit et rem Exc.mo Episcopo remisit ut in re — si et quatenus — ad normam iuris canonici procederet.

Cum proinde, attento art. 123, § 1, Const. Ap. *Pastor bonus*, non amplius haberetur materia contentionis coram hoc Supremo Tribunali, haec Signatura Apostolica die 5 iulii 1995 «litem finitam» declaravit.

Hac autem declaratione a Rev.mo X. impugnata, et re sedulo discussa inter Cl.mos Patronos partium et Rev.mum Promotorem Iustitiae deputatum,

(*) Vedi *nota* alla fine del documento.

SUPREMUM SIGNATURAE APOSTOLICAE TRIBUNAL

Praemisso quod:

— *Recursum hierarchicus* coram Congregatione pro Clericis tantum respicere poterat decisiones Exc.mi Episcopi tempore opportuno et servatis iure servandis impugnatas;

— In casu eiusmodi impugnatio rite proposita solummodo habebatur contra dispositiones seu «sanctiones» ab Exc.mo Episcopo epistola diei 13 iulii 1992 datas...;

Perpenso quod binae litterae a Congregatione pro Clericis die 20 martii 1995 ad Exc.mum Episcopum et ad Rev.mum X. datae *quoad rem* intellegi nequeunt nisi uti revocatio tam decisionis eiusdem Congregationis diei 9 octobris 1993 quam «sanctionum», de quibus in epistola Exc.mi Episcopi diei 13 iulii 1992;

Visis litteris ab hac Signatura Apostolica die 26 septembris 1995 ad Rev.mum X. datis;

Cum proinde, perspecto art. 123, § 1, Const. Ap. *Pastor bonus*, non amplius habeatur materia contentions coram hoc Supremo Tribunale;

Animadverso quoque quod Rev.mus X., si et quatenus et servatis iure servandis, contra novas decisiones Exc.mi Episcopi intra terminos iure statutos recurrere potest;

Re sedulo examini subiecta in Congressu, die 28 martii 1996 coram infrascripto Card. Praefecto habito,

decrevit:

In decisis diei 5 iulii 1995, ideoque recursum Rev.mi X. diei 29 octobris 1993 non admitti ad disceptationem coram Em.mis et Exc.mis Iudicibus ob defectum materiae contentions coram hac Signatura Apostolica.

Datum Romae, e sede Supremi Signaturae Apostolicae Tribunalis, die 28 martii 1996.

+ Gilberto Agustoni, Praefectus
+ Zenon Grocholewski, a Secretis

Il presente decreto del Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica, pur nel suo svolgimento abbastanza lineare, giacché la Segnatura rigetta il ricorso del 29 ottobre 1993 in quanto non ravvisa materia del contendere dal momento che la Congregazione per il Clero ha revocato le sanzioni inflitte dal Vescovo, offre tuttavia lo spunto per qualche breve riflessione sulle possibilità che la vigente normativa canonica latina concede agli Ordinari di intervenire efficacemente nel caso di delitti commessi da chierici.

Questi brevi cenni non si basano ovviamente sulla conoscenza dei fatti ma soltanto sul testo del decreto; non entrano quindi nel merito

delle valutazioni operate nel corso del procedimento, ma si limitano a sottolineare come il CIC offra degli strumenti sufficienti affinché questa dimensione della funzione pastorale dei Vescovi, ancorché dolorosa ma peraltro necessaria quando è in gioco la tutela del bene ecclesiale, possa essere svolta in modo rapido e tempestivo al fine di ottenere « la riparazione dello scandalo, il ristabilimento della giustizia, l'emendamento del reo » (cf. c. 1341).

Infatti, nonostante il c. 1342 accordi una preferenza al processo giudiziario, che pare senz'altro lo strumento più idoneo a raggiungere la certezza morale garantendo al contempo un pieno esercizio del diritto alla difesa, giuste cause possono consigliare di seguire la più spedita procedura amministrativa, soprattutto quando si è in presenza di fatti che di per sé rivestono carattere di certezza (cf. c. 1720). Tale procedura, inoltre, è vietata solamente nel caso di inflizione di pene perpetue (cf. c. 1342 § 2) ma può essere utilmente esperita nelle altre fattispecie. D'altro canto, il c. 1336 prevede un'ampia gamma di pene espiatorie, eventualmente integrabili con legge, non con precetto, ai sensi del c. 1312 § 2; ciò consente all'Ordinario di determinare, in concreto, quali eventuali pene risultino più adeguate tenuto conto delle diverse circostanze che concorrono nella fattispecie. Nel caso in esame, attraverso tre successivi provvedimenti, il Vescovo ha ritenuto opportuno rimuovere il sacerdote dall'ufficio e privarlo poi di tutte le altre facoltà ad eccezione della celebrazione eucaristica in forma privata.

Peraltro non va dimenticato, come ha sottolineato la Congregazione per il Clero nella risposta del 9 ottobre 1993, che il c. 1722 concede all'Ordinario, in qualunque stadio del processo udito il promotore di giustizia e citato l'accusato, di poter adottare provvedimenti molto ampi per prevenire eventuali scandali o tutelare il corso della giustizia, quali l'allontanamento dal ministero sacro o da un ufficio o compito ecclesiastico ecc. Sono provvedimenti transitori che possono essere revocati venendo meno la causa che li ha giustificati.

Una considerazione a parte merita l'ingiunzione fatta dal Vescovo al sacerdote di sottoporsi ad un esame psicologico presso uno dei due istituti indicati dallo stesso Vescovo. La questione è certamente molto delicata, tuttavia occorre inquadrarla alla luce del diritto-dovere del pastore di seguire con particolare sollecitudine i presbiteri affinché adempiano fedelmente gli obblighi del loro stato (c. 384). In presenza di fatti che potrebbero comportare una non idoneità a svolgere determinati compiti o uffici od anche ad un impedimento ad esercitare gli ordini sacri ai sensi del c. 1044 § 2, 2°, il Vescovo ha senz'altro la possibilità di far sottoporre il presbitero agli accertamenti, anche clinici, del caso; il rifiuto da parte del presbitero può comportare motivo di rimozione dall'ufficio.

Davide Cito

PONTIFICIO CONSIGLIO per l'INTERPRETAZIONE DEI TESTI LEGISLATIVI, **Note explicativa, 8 novembre 1996 e 12 settembre 1996** (*Communicationes* 28 (1996), p. 177-186) (*)

A

Responsum datum ad quemdam Legatum Pontificum qui ab hoc Dicasterio explanationes expetiverat:

Prot. 5309/96

ASSOLUZIONE GENERALE
SENZA PREVIA CONFESSIONE INDIVIDUALE

(Circa il canone 961 CIC)

I. La normativa del can. 961 relativa all'assoluzione generale, deve essere interpretata e correttamente applicata nel contesto dei canoni 960 e 986 § 1.

Il canone 960 recita: « Individualis et integra confessio atque absolutio unicum constituunt modum ordinarium, quo fidelis peccati gravis sibi conscius cum Deo et Ecclesia reconciliatur; solummodo impossibilitas physica vel moralis ab huiusmodi confessione excusat, quo in casu aliis quoque modis reconciliatio haberi potest ».

Il canone sancisce l'obbligo della confessione individuale, con la relativa assoluzione, come « unico mezzo ordinario » per ottenere la riconciliazione con Dio e con la Chiesa. Tale modo ordinario viene qualificato come di « diritto divino » dal Concilio di Trento (cf. DS 1707). Il canone accenna ad altre possibili forme di riconciliazione, ma che possono aver luogo — ovviamente con carattere straordinario — soltanto quando c'è una impossibilità fisica o morale di realizzare la « individualis et integra confessio atque absolutio ».

L'obbligo sancito dal can. 960 trova riscontro e conferma con la norma stabilita nel can. 986, § 1 che recita così: « Omnis cui animarum cura vi muneris est demandata, obligatione tenetur providendi ut audiantur confessiones fidelium sibi commissorum, qui rationabiliter audiri petant, utque iisdem opportunitas praebeatur ad confessionem individuaem, diebus ac horis in eorum commodum statutis, accedendi ». È questo, infatti, un diritto fondamentale dei fedeli ed un grave dovere di giustizia dei « sacri pastores » (cf. cann. 213 e 843).

L'obbligo della confessione individuale sancito dal canone 960 come « unico mezzo ordinario » per la riconciliazione, è stato sottolineato e riaffermato più volte dal Legislatore anche successivamente alla pro-

(*) Vedi *nota* di J. Otaduy nella sezione Note e Commenti.

mulgazione del CIC del 1983. Ad esempio, nella Esortazione Apostolica postsinodale «*Reconciliatio et Paenitentia*» così si esprimeva: «*singularis et integra peccatorum confessio cum absolutione pariter singulari unicum ordinarium modum constituit quo fidelis, peccati gravis conscius, reconciliatur Deo atque Ecclesiae*» (AAS, LXXVII, 1985, p. 270).

Dalla normativa suddetta si deduce che quanto è prescritto nel can. 961 circa l'assoluzione generale riveste il carattere di *eccezionalità*, e rimane sottoposta al dettame del canone 18: «*leges quae... exceptionem a lege continent, strictae subsunt interpretationi*»; essa pertanto deve essere strettamente interpretata.

Giovanni Paolo II, nella stessa Esortazione Apostolica, è tornato a sottolineare espressamente questo carattere di eccezionalità: «*Reconciliatio plurium paenitentium cum confessione et absolutione generali naturam prae se fert exceptionis neque proinde permittitur liberae electioni, sed disciplina regitur ad hoc instituta*» (Esortazione Apostolica «*Reconciliatio et Paenitentia*» (AAS, LXXVII, 1985, p. 267).

II. Il can. 961, § 1, nn. 1-2, presentando il modo straordinario dell'assoluzione collettiva, fissa due condizioni tassative che indicano i soli casi in cui tale assoluzione è lecita:

1) che vi sia un pericolo di morte («*immineat periculum mortis*») e per il sacerdote o i sacerdoti non vi sia tempo sufficiente per l'ascolto della confessione individuale (riferimento questo, al motivo originario della concessione dell'assoluzione generale nel periodo bellico delle due guerre mondiali);

2) che vi sia una grave necessità («*adsit gravis necessitas*»). Lo stato di necessità, spiega il canone, si verifica quando il numero di penitenti e la scarsità di sacerdoti fa sì che i fedeli, senza loro colpa, rimangono privi, durante un tempo notevole, della grazia sacramentale o della santa comunione.

Perché si verifichi tale stato di «grave necessità» devono *concorrere congiuntamente due elementi*: primo, che vi sia scarsità di sacerdoti e gran numero di penitenti; secondo, che i fedeli non abbiano avuto o non abbiano la possibilità di confessarsi prima o subito dopo. In pratica, che essi non siano responsabili, con la loro trascuratezza, dell'attuale privazione dello stato di grazia o dell'impossibilità di ricevere la santa comunione («*sine propria culpa*») e che questo stato di cose si protrarrà prevedibilmente a lungo («*diu*»).

La riunione però di grandi masse di fedeli non giustifica *per se* l'assoluzione collettiva. Perciò è precisato nella stessa norma canonica: «non è considerata necessità sufficiente, quando i confessori non possono essere disponibili, a motivo del solo grande concorso di penitenti, quale si può avere in qualche grande festività o pellegrinaggio».

III. Il canone 961 § 2 stabilisce inoltre che spetta al Vescovo diocesano determinare se nel caso concreto, alla luce dei criteri «concordati con gli altri membri della Conferenza episcopale», si verificano le condizioni per impartire l'assoluzione generale.

Il Vescovo diocesano ha, pertanto, nei casi concreti e alla luce dei criteri fissati dalla Conferenza episcopale, il ruolo di verificare la presenza o meno delle condizioni stabilite dal Codice di Diritto Canonico. Egli non può stabilire i criteri e non ha in alcun modo il potere di modificare, aggiungere o togliere le condizioni già stabilite nel Codice e i criteri concordati con gli altri Membri della Conferenza episcopale.

Il Supremo Legislatore ha ricordato più volte, nei suoi interventi, la delicatezza di questa norma ed ha più volte richiamato la responsabilità dei Pastori delle diocesi all'osservanza di essa.

Già Paolo VI di v.m., in un discorso ad alcuni Vescovi degli Stati Uniti, ebbe a dire: «Ordinaries were not authorized to change the required conditions, to substitute other conditions for those given, or to determine grave necessity according to their personal criteria, however worthy» (AAS, LXX, 1978, p. 330).

Giovanni Paolo II nella citata Esortazione Apostolica ha ribadito questo grave dovere: «Episcopus ergo, cuius solius est, intra fines suae diocesis, aestimare utrum condiciones reapse habeantur... hoc iudicium faciet *graviter onerata conscientia* pleneque observata lege et praxi Ecclesiae necnon ratione habita criteriorum et mentium directionis... cum ceteris membris Conferentiae Episcopalis convenerit» (Esortazione Apostolica «Reconciliatio et Paenitentia», AAS, LXXXVII, 1985, p. 270).

IV. Anche l'iter della redazione del canone 961, sottoposto a suo tempo alla consultazione dell'Episcopato, evidenzia il carattere di eccezionalità della riconciliazione mediante l'assoluzione generale, come si può rilevare attraverso lo studio degli atti pubblicati sulla rivista «Communicationes».

Emblematico, al riguardo, è il passaggio da una iniziale formulazione che prevedeva positivamente la possibilità dell'assoluzione generale, ad una formulazione che, al contrario, proibisce direttamente l'assoluzione generale prevedendola soltanto come eccezione.

Nello schema «De Sacramentis» del 1975, l'attuale canone 961, che figurava con il numero 132, § 1, appariva redatto in forma positiva: «Firmis praescriptis can. 133, absolutio pluribus insimul paenitentibus, sine praevia individuali confessione, generali modo impertiri «potest, immo vel debet...».

La possibilità dell'assoluzione collettiva prevista in questa forma positiva rimane immutata anche dopo l'esame delle osservazioni fatte nella prima consultazione (cf. *Communications* 9, 1978, 52-54), e nella stessa forma appare nello «Schema CIC» del 1980, sotto il canone 915 § 1.

La modifica venne introdotta in seguito alle osservazioni fatte allo Schema del 1980 dai Padri della Commissione, come risulta dalla relazione pubblicata relativamente a questi lavori:

«Ad § 1: 1. Praefertur ut § 1 ita redigatur»: Absolutio pluribus insimul paenitentibus sine praevia individuali confessione, generali modo *ne impertiat; nisi...* (Alter Pater).

2. Dicatur: «*Absolutio... impertiri non potest: 1) nisi immineat periculum mortis... 2) nisi adsit pergravis necessitas...*». Formulatio negativa, suppressio verbi «*vel debet*» et substitutio «*gravis*» cum «*pergravis*» sunt omnino necessariae ad abusos vitandos, qui revera iam fere habentur.

Formula in textu proposita permulta damna infert vitae spirituali fidelium et vocationibus, quia fideles fere numquam peccata sua confitentur (Tertius Pater)».

R. *Admittantur: et textus § 1 erit: «Absolutio... impertiri non potest, nisi: 1) immineat... 2) adsit gravis...2»* (Relatio complectens Synthesim Animadversionum..., in *Communicationes*, 15, 1983, p. 205).

Nello «*Schema novissimum*» del 1982, il canone 961 è redatto nella forma negativa, che viene definitivamente sancita dal Legislatore nel CIC del 1983.

V. La corretta applicazione delle norme relative all'assoluzione generale esige inoltre l'osservanza di quanto prescrivono i successivi canoni 962 e 963.

Il canone 962 § 1 stabilisce un ulteriore obbligo specifico relativo all'assoluzione generale. Perché l'assoluzione generale impartita secondo i criteri canonici *sia valida*, si richiede, oltre le disposizioni necessarie per la confessione nel modo ordinario, il proposito di confessare in maniera individuale tutti i peccati gravi che non si sono potuti confessare a causa dello stato di grave necessità.

In una allocuzione ai Penitenzieri delle Basiliche Romane, Giovanni Paolo II ha fatto cenno a questo aspetto: «*Ma voglio richiamare la scrupolosa osservanza delle condizioni citate, ribadire che, in caso di peccato mortale, anche dopo l'assoluzione collettiva, sussiste l'obbligo di una specifica accusa sacramentale del peccato e confermare che i fedeli hanno diritto alla propria confessione individuale*» (AAS, LXXIII, 1981, p. 203).

Nell'Esortazione Apostolica «*Reconciliatio et Peanitentia*», dopo aver ricordato che la confessione individuale è l'unico mezzo ordinario della riconciliazione, scrive «*Ex hac confirmatione Ecclesiae doctrinae consequitur manifesto ut omne peccatum grave semper sit declarandum... in confessione singulari*» (AAS, LXXVII, 1985, p. 270).

Il canone 963, sebbene non determini in forma specifica un tempo preciso entro cui effettuare questa confessione individuale, stabilisce però criteri normativi chiari: la confessione individuale deve essere fatta prima di un'altra eventuale confessione generale e deve essere effettuata «*quam primum*», cioè non appena terminate le circostanze eccezionali che hanno provocato il ricorso all'assoluzione collettiva.

Dal Vaticano, 8 novembre 1996.

+ Julian Herranz, Arcivescovo tit. di Vertara, Presidente
+ Bruno Bertagna, Vescovo tit. di Drivasto, Segretario

B

Quaedam Congregatio tres quaestiones de obligatione Episcoporum in dioecesi residendi proposuerat: «... sul preciso significato del disposto codiciale e, in particolare, circa la portata delle eccezioni previste al § 2 del canone 395: "Praeterquam causa... Episcoporum conferentiae, quibus interesse debet, aliusve officii sibi legitime commissi". Ci si chiede altresì, se nel computo del mese si debba calcolare o meno il tempo di vacanze».

En textus responsorum:

Prot. n. 5125/96

OBBLIGO DEL VESCOVO DI RISIEDERE IN DIOCESI

(Circa il canone 395 CIC)

1. La norma che obbliga il Vescovo a risiedere personalmente in diocesi è molto antica nella disciplina ecclesiastica. È già contenuta nel Decreto di Graziano (C. 19-21, 25-26, C. VII, q. 1) e la si ritrova anche nelle Decretali di Gregorio IX (X, III, 4, 9).

Numerosi, però, sono stati gli interventi dell'Autorità per richiamare i Vescovi all'osservanza di detto obbligo. [...]

Il Concilio di Trento segna una tappa fondamentale nella storia della norma riguardante l'obbligo di residenza. I Padri conciliari, dopo ampie e vivaci discussioni che toccarono anche la natura di tale obbligo, vi ritornarono sopra con due Decreti successivi (Sessione VI, 13 giugno 1547: *De residentia episcoporum et aliorum inferiorum*; Sessione XXIII, 15 luglio 1563: *de reformatione*, cap. 1).

Il CIC del 1917, accogliendo le normative conciliari e la tradizione che si era formata al riguardo, confermò la disciplina nel can. 338.

2. Il CIC del 1983 ha apportato alcune modifiche che ribadiscono la norma della residenza adattandola alle mutate esigenze della organizzazione ecclesiastica.

La normativa del can. 395 non sembra porre problemi la cui soluzione richieda una interpretazione autentica. Essa appare abbastanza chiara nella sua formulazione e le questioni sollevate da codesta Congregazione riguardano piuttosto la retta applicazione della legge.

Tre sono le domande poste. Le prime due riguardano l'esatto significato della terminologia del canone in merito alle eccezioni che giustificano l'assenza del Vescovo dalla Diocesi:

a) la prima eccezione concerne il dovere del Vescovo di assistere alle riunioni della Conferenza episcopale. In merito si fa notare che gli statuti e i regolamenti delle Conferenze determinano quando la partecipazione è necessaria o grandemente utile. Ogni singolo Vescovo conosce la forza obbligante della norma che gli impone la propria presenza alle singole riunioni. Pertanto l'assenza dalla diocesi a causa della parte-

cipazione alle varie possibili riunioni della Conferenza Episcopale sarà giustificata soltanto se a norma degli statuti il singolo Vescovo *deve* prendere parte a quella riunione;

b) neanche l'altra eccezione cui si riferisce la Congregazione — «*aliusve officii sibi legitime commissi*» — dovrebbe originare dubbi di interpretazione. Non si tratta, infatti, di qualsiasi ufficio o ministero ma soltanto di quello che al Vescovo sia stato *affidato legittimamente*. Il Vescovo, oltre che per le riunioni della Conferenza, potrà assentarsi anche per svolgere le mansioni legate a quell'*ufficio* che gli è stato *conferito dall'Autorità a lui superiore*.

In questo contesto sembra necessario evidenziare che alcune attività ministeriali od accademiche in sé certamente buone, ma che non sono direttamente rivolte alla cura pastorale della Diocesi, non possono essere ricomprese tra quegli altri uffici legittimamente affidati di cui si è ora parlato. Il tempo impiegato per tali attività extra-diocesane che non sono state richieste dalla superiore Autorità deve, pertanto, essere conteggiato nel mese di vacanza. Solo a titolo di esemplificazione, e non per proporre un elenco esauritivo, sembrano rientrare tra queste attività: gli esercizi spirituali predicati fuori Diocesi e diretti a persone non diocesane o che non abbiano particolari legami con la Diocesi, i corsi di lezioni o conferenze, gli «*incontri*» regionali o nazionali con varie categorie di persone (associazioni, movimenti, ecc.), le missioni al popolo fuori della propria Diocesi, la guida di pellegrinaggi non diocesani organizzati a scopo religioso e culturale, ecc. Si sa, infatti, che l'odierna facilità di comunicazione rende facili e frequenti queste attività, con possibile pregiudizio della necessaria stabilità in Diocesi.

3. In tutti i casi elencati nel can. 395, § 2 l'assenza del Vescovo è legittima e, perciò, giustifica. Tuttavia non sfugge la constatazione che lo sviluppo di queste nuove strutture dell'organizzazione ecclesiastica a livello sopradiocesano — cui si aggiungono in molte nazioni le conferenze o riunioni dei Vescovi della stessa provincia o regione ecclesiastica — renderebbe problematico l'obbligo della residenza dei Vescovi in Diocesi, se non si ha la prudenza di limitare al *minimo strettamente necessario* queste convocazioni dei Vescovi diocesani fuori della propria Diocesi.

4. Si potrebbe porre, inoltre, il problema relativo al conferimento ai Vescovi diocesani di incarichi extra-diocesani o sopradiocesani, che devono essere sempre proporzionati ai primari doveri diocesani, specie se si tratta di Diocesi con particolari problemi pastorali: mancanza di vocazioni sacerdotali, crisi disciplinari nel clero, scarsa formazione catechetica dei fedeli, penetrazione delle sette e proselitismo da parte di aderenti ad altre religioni, ecc. Questo, però, è un problema di governo che sembra richiamare piuttosto ad un coraggioso senso di responsabilità, anche per l'esempio che i Vescovi sono chiamati a dare ai presbiteri diocesani, particolarmente a quelli che sono pure essi tenuti al dovere di residenza per analoghi motivi (cf. can. 533 § 2; § 3).

5. Altre utili indicazioni e considerazioni per la retta applicazione della normativa codiciale possono essere tratte se il can. 395 lo si interpreta e lo si applica nel contesto della responsabilità pastorale che è propria e personale del Vescovo nei confronti della Diocesi. Il Concilio Vaticano II ha sì indicato le funzioni episcopali in una triplice direzione — in relazione al bene comune della Chiesa universale, con le altre Chiese particolari e con le istituzioni supradiocesane — ma ha anche affermato il diverso grado di responsabilità e di impegno con cui tali funzioni devono essere sviluppate.

La «sollecitudine per tutte le Chiese» non può diventare il motivo giustificante gli eccessivi impegni extradiocesani del Vescovo. Essa, infatti, non significa una chiamata del Vescovo ad uscire dalla propria Diocesi per provvedere altrove al bene di tutta la Chiesa. Per diritto divino il Vescovo è posto a capo di una delle porzioni di Popolo di Dio «in quibus et ex quibus» vive e si manifesta la Chiesa universale. È innanzitutto reggendo la sua Chiesa particolare, in comunione con il Collegio episcopale, che il Vescovo diocesano partecipa alla sollecitudine per tutte le Chiese. Il Concilio, infatti, afferma che «hoc suum episcopale munus, quod per consecrationem episcopalem susceperunt, Episcopi, sollicitudinis omnium Ecclesiarum participes, in comunione et sub auctoritate Summi Pontificis exercent» (*Christus Dominus*, 3). In relazione a tale ministero, però, il testo così prosegue: «illud exercent singuli quoad assignatas sibi dominici gregis partes, unusquisque Ecclesiae particularis sibi commissae curam gerens aut quandoque aliqui coniunctim necessitatibus quibusdam diversarum Ecclesiarum communibus providentes» (*ibidem*).

Pertanto, se da una parte c'è da salvaguardare una forma di esercizio della potestà episcopale che si proietta sull'intero Popolo di Dio, questa non può prevalere sul primario compito del Vescovo diocesano che è quello di attendere ai bisogni della sua Diocesi dove è stato posto perché adempia al suo dovere di Maestro della dottrina, Sacerdote del culto sacro e Ministro del governo (cf. can. 375, § 1). A questo scopo il Vescovo riceve la pienezza dei poteri necessari per l'esercizio nella sua Diocesi dei «tria munera» (cf. can. 381). I singoli Vescovi diocesani «sono il visibile principio e fondamento di unità nelle loro Chiese particolari» ed «esercitano il loro pastorale governo sopra la porzione del Popolo di Dio che è stata loro affidata, non sopra le altre Chiese né sopra la Chiesa universale» (*Lumen Gentium*, 23).

6. La terza domanda posta da codesta Congregazione è «se nel computo del mese si debba calcolare o meno il tempo di vacanze». Sembra, infatti, che così lo richieda una retta applicazione del canone perché:

a) dallo studio degli atti relativi all'*iter* di revisione dal can. 338 del CIC 17 risulta che, del periodo di assenza, sebbene sia stato ridotto ad un mese, se ne parlava in un contesto che riguardava soprattutto le vacanze (divieto di cumulare l'assenza con le vacanze dell'anno successivo).

Il nuovo CIC, così come del resto il CIC 17, oltre alle predette cause specifiche indica come motivo che giustifica l'assenza (« non ultra mensem, sive continuum sive intermissum ») una generica « aequa de causa ». L'espressione, che è stata ripresa dalla precedente legislazione, era già stata considerata dai commentatori del CIC 17 come riassuntiva di tutte le possibili giuste motivazioni di assenza, tra cui le vacanze. Scriveva, per esempio, il Cappello: « aequa causa quaecumque intelligitur iusta et rationalis, etiam levis, v.g. recreatio animi, solatium corporis, etc. » (F. CAPPELLO, *Summa Iuris Canonici*, Roma, 1932, vol. I, p. 462). Così il Regatillo: « abesse possunt: ... d) alia iusta causa, verbi gratia, vacationis » (E. REGATILLO, *Institutiones Iuris Canonici*, Santander, 1963⁷, vol. I, p. 347);

b) le vacanze sono certamente una « giusta causa » e, atteso che per il Vescovo diocesano esse non vengono menzionate in altra parte del CIC, bisogna concludere che il Legislatore vi abbia provveduto proprio con questa normativa, come fece nel diritto precedente (cf. in merito il criterio interpretativo stabilito nel can. 6, § 2). Pensare invece che il Vescovo diocesano abbia diritto ad un supplemento di giorni di assenza dalla Diocesi per le vacanze è una tesi che manca di fondamento. Ciò, infatti, oltre a non trovare riscontro in una norma del CIC e nella tradizione disciplinare della Chiesa, sarebbe contraria allo spirito della legge che impone al Vescovo il grave dovere pastorale di risiedere nella propria Diocesi;

c) l'analogia, infine, con quanto stabilito per i parroci nel can. 533 richiede, per evitare una grossa incongruenza, che anche per i Vescovi il periodo di vacanza non sia superiore al mese.

Città del Vaticano, 12 settembre 1996.

+ Julian Herranz, Arcivescovo tit. di Vertara, Presidente
+ Bruno Bertagna, Vescovo tit. di Drivasto, Segretario

PONTIFICIO CONSIGLIO PER L'INTERPRETAZIONE DEI TESTI LEGISLATIVI, **Dichiarazione, 19 maggio 1997** (L'Osservatore Romano, 21 maggio 1997, p. 1)

Atteso che in qualche nazione un gruppo di fedeli, appellandosi al prescritto can. 1335, seconda parte, del Codice di Diritto Canonico, ha richiesto la celebrazione della Santa Messa a sacerdoti che hanno attentato il matrimonio, è stato domandato a questo Pontificio Consiglio se sia lecito ad un fedele o comunità di fedeli chiedere per una *giusta causa* la celebrazione dei sacramenti o dei sacramentali ad un chierico che, avendo attentato il matrimonio, sia incorso nella pena della sospensione « *latae sententiae* » (cf. can. 1394, § 1 CIC), la quale però non sia stata dichiarata.

Questo Pontificio Consiglio, dopo attento e ponderato studio della questione, dichiara che tale modo di agire è del tutto illegittimo e fa notare quanto segue:

1) l'attentato matrimonio da parte di un soggetto insignito dell'Ordine sacro costituisce una grave violazione di un obbligo proprio dello stato clericale (cf. can. 1087 del Codice di Diritto Canonico e can. 804 del Codice dei Canoni delle Chiese Orientali) e perciò determina una situazione di oggettiva inidoneità per lo svolgimento del ministero pastorale secondo le esigenze disciplinari della comunione ecclesiale. Tale azione, oltre a costituire un delitto canonico la cui commissione fa incorrere il chierico nelle pene recensite nel can. 1394, § 1 CIC e can. 1453, § 2 CCEO, comporta automaticamente l'irregolarità ad esercitare gli ordini sacri ai sensi del can. 1044, § 1, 3° CIC e can. 763, 2° CCEO. Questa irregolarità ha natura perpetua, ed è quindi indipendente anche dalla remissione delle eventuali pene.

Di conseguenza, al di fuori dell'amministrazione del sacramento della Penitenza ad un fedele che versi in pericolo di morte (cfr. can. 976 CIC e can. 725 CCEO), al chierico che abbia attentato il matrimonio, non è lecito in alcun modo esercitare i sacri ordini, e segnatamente celebrare l'Eucaristia; né i fedeli possono legittimamente richiederne per qualsiasi motivo, tranne il pericolo di morte, il ministero.

2) Inoltre, anche se non sia stata dichiarata la pena — cosa che peraltro il bene delle anime consiglia in questa fattispecie, eventualmente attraverso la procedura abbreviata stabilita per i delitti certi (cfr. can. 1720, 3° CIC) — nel caso ipotizzato non esiste la giusta e ragionevole causa che legittima il fedele a chiedere il ministero sacerdotale. In effetti, tenuto conto della natura di questo delitto che, indipendentemente dalle sue conseguenze penali, comporta un'oggettiva inidoneità a svolgere il ministero pastorale, ed atteso anche che nella fattispecie è ben conosciuta la situazione irregolare e delittuosa del chierico, vengono a mancare le condizioni per ravvisare la *giusta causa* di cui al can. 1335 CIC. Il diritto dei fedeli ai beni spirituali della Chiesa (cfr. can. 213 CIC e 16 CCEO) non può essere concepito in modo da giustificare una simile pretesa dal momento che tali diritti debbono essere esercitati entro i limiti e nel rispetto della normativa canonica.

3) Quanto ai chierici che sono stati dimessi dallo stato clericale a norma del can. 290 CIC e can. 394 CCEO e che abbiano o meno contratto matrimonio in seguito ad una dispensa dal celibato concessa dal Romano Pontefice, è noto che viene loro proibito l'esercizio della potestà di ordine (cfr. can. 292 CIC e can. 395 CCEO). Per tanto, e salva sempre l'eccezione del sacramento della Penitenza in pericolo di morte, nessun fedele può legittimamente domandare ad essi un sacramento.

Il Santo Padre ha approvato in data 15 maggio 1997 la presente Dichiarazione e ne ha ordinato la pubblicazione.

Dal Vaticano, 19 maggio 1997

+ Julian Herranz, Arcivescovo tit. di Vertara, Presidente
+ Bruno Bertagna, Vescovo tit. di Drivasto, Segretario

LEGISLAZIONE PARTICOLARE

KENYA EPISCOPAL CONFERENCE, **Complementary Norms**, 30 novembre 1996 (*)

DECREE

Guided by the spirit of the Code of Canon Law promulgated on 25.1.1983 and which officially came into effect on 27.11.1983, we the members of the Kenya Episcopal Conference gathered for the Plenary Assembly, on 5.11.1996, have approved the General Norms according to the spirit of Canon 455.

We further entrust them to all the faithful in all the Dioceses of Kenya as an expression of our concern and support of various pastoral initiatives.

Given at the Kenya Catholic Secretariat on 30.11.1996.

These Decrees shall become effective from 1.1.1997, the Feast of Mary, Mother of God.

+ Zaccheus Okoth
Archbishop of Kisumu
Chairman K.E.C.
Rev. Michael Charo Ruwa, I.C.I.
Secretary General K.E.C.

COMPLEMENTARY NORMS OF THE KENYA EPISCOPAL CONFERENCE

Can. 230, 1. (*Lector and Acolyte Ministers on a Stable Basis*). — In accordance with Can. 230, 1 KEC decrees that lay men, not less than eighteen years of age, who excel in the necessary knowledge, prudence, and uprightness (c. 228, 2), who live an active Catholic life, and are accepted with respect by their Christian Community, as Christian leaders, catechists, teachers, doctors, etc... can be conferred on a stable basis the ministries of Lector and Acolyte, having been recommended by their

(*) Vedi *nota* alla fine del documento.

proper Parish Priest or Local Ordinary, after consulting their Christian Community, Parish Council, if necessary.

Can. 496. (*Presbyterial Council*). — In accordance with Can. 496, KEC decrees that after consulting the priests in its various regions, each Diocese will draw up its own set of statutes for the Council of Priests, making sure that the different agegroups be represented as well as the different forms of ministry and the different regions of the diocese. KEC also states that *ex officio* members of the Priests' Council be the Financial Administrators, Vocation Directors, Superiors of Clerical International and Local (Diocesan) Religious Institutes (c. 497, n. 2, 3).

Can. 522. (*Parish Pastors' Term of Office*). — In accordance with Can. 522, KEC permits that Parish Priests may be appointed for a period of six years, renewable.

Can. 535. (*Parish Registers*). — Apart from the Parish Books prescribed by the Code of Canon Law:

— (c. 535, 1) Baptism, Marriage and Death Registers;

— (c. 958, 1) Mass Offerings Record Books;

— (c. 1294, 2 n. 7) Parish Account Books;

— (c. 1307, 2) Individual Pious Foundations Obligations and their fulfilment books,

KEC decrees that there also be:

— Confirmation books;

— Marriage Banns Books;

— Marriage Cases Books;

— Marriage Certificate Records Books, to be kept accurately, neatly and up-to-date in the Parish Offices (c. 535, 1).

They are also to be well catalogued and kept in a safe place at the Parish Office (c. 486, 1).

Copies of the same Books are to be kept in the Diocesan Archives (c. 491, 1).

All these Books are subject to inspection by the Diocesan Bishop (c. 535, 4).

Can. 538, 3. (*Residence and Board for Retired Diocesan Clerics*). — In accordance with Can. 538, 3 KEC decrees that the Diocesan Bishop shall provide appropriate Residence and Board for the retired, aged or physically incapacitated Parish Priests and other Diocesan Clerics who have depended for their support on the Diocese, as stated in Can. 281, 2. KEC prescribes that all Diocesan priests must join the «Opus Securitatis» after their retirement at the age of 75 in form of pension.

Can. 766. (*Admission of Lay People to Preach on Certain Occasions*). — In accordance with can. 766, KEC decrees that non-ordained persons: Seminarians in Theological Studies, Approved Catechists,

Members of Consecrated or Apostolic Life, who have undergone basic theological preparation, through courses, seminars, workshops, and are of exemplary Christian life, recommended by their proper Parish Priest, if necessary after consultation with the parish council, may be authorised to preach in a Church or Oratory, after obtaining such a faculty from the Local Ordinary of the place. The faculty may be granted also in the following cases:

- when no ordained minister is available for Scripture Service;
- when Seminarians who have started their theology are sent to parishes as part of their Pastoral Formation;
- when the Diocesan Bishop considers it appropriate.

The homily during Mass is always reserved to a Priest or Deacon. For the Children's Masses however, the norms in the Directory on Children's Masses continue to apply.

Can. 772, 2. (*Christian Doctrine Talks through Social Media*). — In accordance with the prescriptions of Can. 772, 2 KEC decrees that in each Diocese, selected persons, from among the clerics, religious and laity, who have proper basis of Catholic doctrinal knowledge and have received training, be utilised in the field of the national Radio and Television Broadcasts, for programmes concerning Doctrinal, Moral, and Catechetical Formation (c. 779), approved by the KEC (c. 831, 1).

Can. 804, 1. (*Implementation of Catholic Formation and Religion in Schools, other Institutes of Learning and through the Media*). — In accordance with Can. 804, 1 KEC states that in every Diocese in Kenya the Diocesan Bishop constitutes a team of experts, with a basic grounding in theology, to assist him in dealing with Catholic Religious Formation and Education in Schools and through the Media.

KEC decrees that each Diocesan Bishop appoints a qualified Diocesan Official to supervise the teaching of Catholic Religion in the Diocese.

The duties of the Diocesan Supervisor is to visit Schools and other Institutes of Learning within the Diocese, assisting the Diocesan Bishop in being vigilant over the Pastoral Programme and seeing to it that those who teach it are properly prepared through regular courses, seminars and workshops, and following up to certify that it is properly taught and implemented. The Pastoral Programme is to be implemented only after the Diocesan Bishop has examined it and given his consent. The Pastoral Programme to include:

- Basic Catholic Doctrines of Faith;
- Catholic Moral Principles pertaining to Social Order as required by the Fundamental Rights of the human person or the "Salus Animarum";
- Catholic Prayer, Liturgy and Sacraments;
- Vocations; Catholic Life Style and Family life.

Can. 831, 2. (*National Communications' Panel to deal with Catholic Programmes on Radio and Television*). — In accordance with Can. 831, 2 KEC has decreed and has established a panel to deal with programmes on issues concerning Catholic Teachings and Morals to be broadcast on Radio and Television.

Qualifications for membership of the National Communications Panel:

- qualified in the art of Social Communications;
- be mature and exemplary in Christian life;
- be recommended by their proper Pastors, their Parish Priests, if necessary after consultation with the Parish Council or the Christian Community;
- appointed in the diocese and recommended for the National Panel by their Local Ordinary in accordance with the statutes laid down by the Communications Committee of KEC.

Composition of the National Communications Panel:

- the Bishop Chairman for Communications;
- 3 Priests;
- 2 Religious Men;
- 2 Religious Women;
- 3 Lay Persons.

Competence of the National Communications Panel:

- to co-ordinate prepared Catholic Teaching and Catechetical programmes prepared from the various Dioceses in Kenya before their broadcast;
- to be vigilant that such programmes are in line with the Catholic position in Doctrine, Morals and Discipline;
- to promote Radio and Television Apostolate both on the National and Diocesan level;
- to clarify and make known the Catholic position in burning current questions concerning Social, Cultural, Moral Religious Teachings or Political Issues in the Nation, through the Media best reaching out.

Can. 844, 4. (*Administration of Sacraments to Non-Catholic Christians by Catholic Ministers*). — In accordance with Can. 844, 4, KEC decrees that the Sacraments of Penance, Eucharist, Anointing of the Sick may be administered to Baptised non-Catholic Christians by the Catholic Minister, if danger of death is present or in any other grave necessity, under the following conditions:

- the Non-Catholic Christians have been Baptised by True Water and the required Form of Words in their Church;
- the Non-Catholic have a proper disposition for the reception of these Sacraments, having spontaneously requested to receive the Sacrament(s);
- impossibility of access to the proper Minister of their Church;

— the Non-Catholic Christians be in grave need of the Sacraments (danger of death, in prison, distance from their own community).

Can. 851, 1. (*Rite of Preparation for Adult Baptism*). — In accordance with Can. 851, n. 1, KEC decrees that the Rite of Christian Initiation which has been drawn by KEC and has been approved by the Holy See, is to be applied, making due allowance for the long standing established legitimate customs.

Can. 1067, 1. (*Premarital Inquiries and Marriage Banns*). — In accordance with the prescriptions of Can. 1067, 1, KEC decrees that a standard Marriage Enquiry Form be used for all Kenya. This form requires:

— that a recent copy of Baptism Certificate has been produced by each of the parties;

— that Marriage Banns have been called three times in the domicile of their parents, in their church of baptism, in the domicile and quasi domicile where the parties reside, and in the church where the marriage is to be celebrated.

The Form instructs the priest who is to assist at the marriage to examine the couple on the following points before the celebration on their matrimony:

— each of the parties to be questioned separately on whether he or she is marrying freely, with consent without external compulsion;

— minors (girls before completing the age of 16 years, and boys before completing the age of 18 years), for licitness have to have the consent of their parents;

— dowry situation to be noted;

— both parties have been instructed, and indicate that they know the teachings of the Church on marriage (Unity and Indissolubility);

— are they both canonically free to contract the marriage? Do they have any impediment to marry?

— has either man or woman any natural obligation arising from a previous union?

All this enquiry procedure to be done within three months before the day of the Church marriage celebration.

Can. 1127, 2. (*Dispensation from Canonical and Liturgical Form*). — In accordance with Can. 1127, 2, KEC decrees that the dispensation from the «*Forma Canonica*» should be given only for specific marriages, to take place on a specific date, in a specific place and that there should be present a «*Testis Qualificatus*», an official witness of the Church, a Priest, a Deacon or a Lay Person (as prescribed by Canon Law). Two other witnesses as prescribed by Canon Law (c. 1108, 1) should co-operate with the Catholic spouse in notifying the Local Ordinary who granted the dispensation, and the priest who carried out

the pre-marital enquiries concerning the freedom to marry, that the marriage has taken place.

This priest should enter the marriage in the appropriate Marriage Register.

Situations where Canonical Form may be dispensed are:

— taking into consideration that in most cultural settings in Kenya (which are mostly patrilineal), where the marriage has to take into account the male partner's conditions, the woman getting married has to be incorporated into the situation of the husband, which often includes his religion;

— when one of the members insists or their family insists that the marriage is to take place in another Church or place rather than the Catholic Church (e.g. in the case of staunch Protestants or other non-Catholic Christians, wanting their daughter or son be married in their Church, or in areas predominantly Protestant, Islamic).

Can. 1292, 1. (*Maximum and Minimum Sum for alienation by a Diocesan Bishop*). — In accordance with Can. 1292, 1, KEC decrees that the maximum sum for alienation is Kshs. 1,000,000.00. The minimum sum is Kshs. 100,000.00.

Can. 1425, 4. (*Establishment of First Tribunal with One Judge*). — In accordance with the prescription of Can. 1425, 4, KEC permits, as long as the impossibility to establish a collegiate tribunal of three judges persists, in the nullity cases, that the cases may be entrusted to a sole clerical judge, who where possible, shall be assisted by an assessor and an auditor.

The Kenya Episcopal Conference (KEC) brings together bishops of twenty dioceses distributed in four metropolitans. There is also a Military Ordinariate as well as an Apostolic Vicariate. So far the statutes of the Kenya Episcopal Conference are *ad quinquennium* of 7 December 1976.

The complementary general norms issued by KEC on November 1996 in the light of can. 455 are pastoral in character and touch on several areas of doctrine, morals and discipline of the Church. Behind these norms are the bishops' concern for the proper interpretation and divulgation of the Word of God through the social Media. Similarly with over 200 Christian sects and a Protestant presence comprising 50% of the Kenyan population, KEC has issued norms governing the administration of the sacraments to non-catholic Christians.

In conformity with the legal age in Kenya, KEC has established that lay men not less than 18 years of age, can be conferred on stable basis the ministries of Lector and Acolyte as stipulated in can. 230. The emphasis laid on their acceptance by the Christian Community is

very important. The establishment of small christian communities is widespread in Kenya and it is assumed that such leaders are members of these communities. It might be recommendable that the community itself forwards such people for they can guarantee the prudence and uprightness of these laymen. It should be pointed out that due to the high rate of illiteracy, especially in the rural areas where the majority of the faithful are, these laymen offer great service in reading the word of God and in the catechetical formation of the faithful.

The norms of both can. 230 and can. 766, are meant to alleviate the present situation whereby because of shortage of ordained ministers, the faithful are left for a long time without the nourishment of the Word and Holy Communion. It is interesting to note that the bishops have not mentioned anything about extraordinary ministers of Holy Communion envisaged in can. 910, § 2. This is a point which needs to be considered since acolytes and deputed lay people can assume such a service. The bishops seem not have addressed themselves also to issue of married deacons which, given the situation and the need in Kenya, can be deemed to be relevant. The bishops seem to have limited the role of laymen to reading the word of God only while allowing the function of preaching, with the necessary faculty, to theology seminarians, approved Catechists and members of consecrated or Apostolic life.

The norms on the presbyterial council, can. 496, are meant to ensure that the council represents the interest of every group and region in the diocese. Being aware that among the clergy there are the local as well as the missionaries, religious as well as diocesan, young and old, the bishops are concerned that the presbyterial council is a reflection of this diversity. Similarly most of the dioceses are composed of different ethnic groups. The bishops have not ignored this delicate reality which can be a source of tension even among priests. It is interesting to note how the bishops have used the term age-group. The term embodies the african respect for the elderly and the communitarian value of the brotherhood of those who belong to the same age-group. The presbyterial council is seen as an encounter between the various age-groups and the different composite of the clerical presence in the diocese in order to foster the sacramental brotherhood among the clergy working in the diocese.

It is appropriate that KEC has established a period of six years for a parish priest's appointment (can. 522). Random changes of parish priests in the past was frequent to the extent that the notion of «parish priest» was replaced by that of the «father-in-charge» seen as more representative of the uncertainty in the duration of the appointment.

The norms on parish registers are very important. Complaints of improper recording have not been infrequent. As such there is the obligation on those concerned to be more diligent in having and cataloging

well the mentioned registers. Similarly it is expected that response to information requested be prompt.

The decree on the provision of residence and board for retired diocesan clergy (can. 538, § 3) is a due one. Up to now, the need had not been felt because the majority of the clergy were young. It is however debatable whether a «old people's home» is the appropriate answer to the need. Given the fact that generally in Kenya, the family and the extended family is still a very strong institution, the issue could be studied and a solution within the context of the family be sought.

The retirement pension «Opus Securitatis» provides the security for old age. What is not clear is whether it will be seen as sufficient for old age needs of the priests. This issue is tied up with the delicate but important issue of the remuneration of the clergy. It seems that up to now there is no program on the national level dealing with the issue. For a long-term solution, it seems KEC has to devise a local scheme for the support of the clergy now and in their retirement.

The bishops have paid great attention to the use of mass or social media. A national communication panel drawn from the whole spectrum of the faithful is proposed. Most of the broadcasted religious programs at present are dominantly protestant and it seems the bishops are determined, as is evident from the norms of can. 772 § 2, 804 § 1, can. 831 § 2, that the Catholic fundamental principles of faith, doctrine, morals and discipline are diffused through the mass media. Already the Episcopal Conference has a monthly magazine called «Mwananchi» (Citizen). In addition, as the need arises, the bishops frequently have been issuing pastoral letters which have proved to be effective in conscientizing the faithful on the social-political stand of the Kenyan Church in line with the social teachings of the Church.

Because of the mushrooming of various christian sects in Kenya, KEC has justly, in accordance with can. 844, § 4, issued norms on the administration of the sacraments to non-catholics by catholic ministers. The condition that the non-catholics should be validly baptized ought to be verified since there are some sects who do not incorporate these traditional baptismal elements in their baptism.

The challenge which the bishops face in regard to incorporating long standing established legitimate customs in the Rite of Christian Initiation (can. 851, § 1) is how to make it representative of the multiple ethnic groupings in Kenya.

Genuine inculturation is a task which also touches on marriage. The issue of dowry is a very sensitive issue during premarital inquiries and marriage banns (can. 1067, § 1). Tribal customs are still binding and for pastoral reasons, the bishops have stated that the dowry situation is to be noted. The bishops have established the canonical age for marriage as 16 years for girls and the age of 18 years of boys.

For licitness, the consent of the parents is required. The bishops are taking into account the fact that marriage in Africa is a family affair.

The bishops have also indicated situations where canonical form may be dispensed in accordance with can. 1127, § 2. These conditions take account of the local cultural setting.

As regards the maximum and minimum sum of alienation by a diocesan bishop (can. 1292, § 1), the estimative sum in USD is \$ 20,000.00 and \$ 2,000.00 respectively.

Very few dioceses have enough personnel to establish a collegiate tribunal. Thus the bishops have given their permission to the establishment of first instance tribunal with one judge in accord with can. 1425, § 4.

Thus with the issuing of these complementary norms it is hoped that the Church in Kenya, which is only 100 years old, will be given more vigor in its pastoral activities.

Dominic Kimengich

Pagina bianca

SOMMARIO DEL VOL. 9. GENNAIO-DICEMBRE 1997

DOTTRINA

	pag.
J.S. CASTILLO-ILLINGWOTH, <i>La misión diplomática de Mons. Pedro Gasparri en el Ecuador. Las Conferencias de Santa Elena</i>	509
D. CITO, <i>La remissione della pena canonica</i>	117
G. GÄNSWEIN, <i>Baptismo homo Ecclesiae Christi incorporatur - Zur Rezeption und Interpretation der rechtlichen Bestimmungen über die Kirchengzugehörigkeit im Codex Iuris Canonici von 1983</i>	47
Z. GROCHOLEWSKI, <i>La certezza morale come chiave di lettura delle norme processuali</i>	417
J. HERRANZ, <i>Il diritto dell'uomo alla vita</i>	547
D. LE TOURNEAU, <i>La mission ad extra des représentant pontificaux</i>	486
M.A. ORTIZ, <i>La competenza dei tribunali periferici secondo il grado di giudizio</i>	451
N. SCHÖCH, <i>Le « animadversiones » del difensore del vincolo nelle cause di incapacità consensuale</i>	81
R. SOBANSKI, <i>Immutabilità e storicità del diritto della Chiesa: diritto divino e diritto umano</i>	19
P. VALDRINI, <i>Unité et pluralité des ensembles législatifs. Droit universel et droit particulier. D'après le code de droit canonique latin</i>	3
A. VITALE, <i>Regolamentazione della libertà religiosa</i>	575

GIURISPRUDENZA

SUPREMO TRIBUNALE DELLA SEGNETURA APOSTOLICA. <i>Iurium</i> . Sentenza definitiva. 4 maggio 1996. Davino, Ponente (con <i>nota</i> di D. Cito)	595
TRIBUNALE DELLA ROTA ROMANA. <i>Mexicana</i> . Nullità del matrimonio. Incapacità di assumere gli obblighi essenziali per cause di natura psichica. Incapacità « relativa ». Sentenza definitiva. 2 marzo 1993. Civili, Ponente (con <i>nota</i> di H. Franceschi)	145
TRIBUNALE DELLA ROTA ROMANA. <i>Romana</i> . Nullità del matrimonio. Simulazione totale. Difetto di discrezione di giudizio. Dolo. Condizione. Impotenza. Sentenza definitiva. 17 marzo 1993. De Lanversin, Ponente (con <i>nota</i> di J. Carreras)	600

NOTE E COMMENTI

	pag.
C.J. ERRÁZURIZ M., <i>Riflessioni circa il diritto canonico nell'ottica del dualismo cristiano</i>	303
L. GRAZIANO, <i>Potestà e sacerdozio nella Chiesa</i>	695
J. LLOBELL, <i>Sulla promulgazione delle norme processuali proprie della Congregazione per la dottrina della fede in materia penale</i>	289
G. MONTALVO, <i>La Pontificia Accademia Ecclesiastica e la missione diplomatica della Santa Sede nel mondo</i>	203
L. NAVARRO, <i>La tutela giudiziaria dei soggetti senza personalità giuridica canonica</i>	265
J. OTADUY, <i>Sobre las «notas explicativas» del Consejo pontificio para la interpretación de los textos legislativos</i>	633
A. PAMPILLON, <i>Priestly celibacy: gift and law</i>	647
A. SÉRIAUX, <i>Un Code pour l'univers: réflexions sur la codification du droit canonique</i>	683
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

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
AA.VV., <i>Derecho Eclesiástico del Estado Español</i> (Carmelo de Diego-Lora)	715
AA.VV., <i>Error, ignorancia y dolo en el consentimiento matrimonial canónico</i> (M. Gas i Aixendri)	721

	pag.
A. AL-AHMAR - A. KHALIFÉ - D. LE TOURNEAU (Eds.), <i>Acta Symposii Internationalis circa Codicem Canonum Ecclesiarum Orientalium, Kaslik 24-29 aprilis 1995</i> (P. Gefaell)	726
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. Daneels, O. Praem.)	332
J.I. ARRIETA - J. CANOSA - J. MIÑAMBRES, <i>Legislazione sull'organizzazione centrale della Chiesa</i> (A. Bettetini)	734
K. BHARANIKULANGARA, <i>Particular Law of the Eastern Catholic Churches</i> (A. Nóbrega)	736
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
F. D'AGOSTINO, <i>Il Diritto come problema teologico</i> (J.M. Pommarès, O.S.B.)	739
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
G. DAMMACCO, <i>Sistema concordatario e patrimonio ecclesiastico</i> (G. Piomelli)	743
P. ERDÖ, <i>Teologia del diritto canonico. Un approccio storico-istituzionale</i> (C.J. Errázuriz M.)	746
B. ESPOSITO, <i>Il riconoscimento civile dei titoli accademici ecclesiastici in Italia: studio per la realizzazione di un pieno pluralismo</i> (D. Cito)	751
G. GÄNSWEIN, <i>Kirchengliedschaft - Vom Zweiten Vatikanischen Konzil zum Codex Iuris Canonici. Die Rezeption der konziliaren Aussagen über die Kirchengzugehörigkeit in das nachkonziliare Gesetzbuch der lateinischen Kirche</i> (A. Cattaneo)	753
F. GIL HELLÍN, <i>Il matrimonio e la vita coniugale</i> (C.J. Errázuriz M.)	346
W. GÓRALSKI, <i>Lud Bozy. Koscielne prawo osobowe (Il popolo di Dio. Diritto personale della Chiesa)</i> (T. Rozkrut)	348
J.W.M. HENDRICKS, <i>Huwelijksrecht. Canon 1055-1165 van het wetboek van canoniek recht</i> (J.-P. Schoupe)	756
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

	<i>pag.</i>
F. PÉREZ-MADRID, <i>La tutela penal del factor religioso en el Derecho español</i> (M. Salido)	357
ROTAE ROMANAE TRIBUNAL, <i>Decreta selecta inter ea quae anno 1983 prodierunt cura eiusdem Apostolici Tribunalis edita, vol. 1</i> , (J.Llobell)	757
M. RUESSMANN, <i>Exclaustration, its nature and use according to current law</i> (A. Filipazzi)	761
J.-M. SWERRY, <i>Aumôneries catholiques dans l'enseignement public. Un renouveau de la laïcité?</i> (D. Le Tourneau)	762
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 concesor 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
J. VERNAY, <i>Le droit dans l'Église catholique. Initiation au droit canonique</i> (D. Le Tourneau)	765
A. VITALE, <i>Appunti di diritto canonico</i> (L. Del Giudice)	370
W.H. WOESTMAN, <i>Sacraments: Initiation, Penance, Anointing of the Sick</i> (P. Hayward)	766

DOCUMENTI

Atti di Giovanni Paolo II.

Discorso alla Rota Romana, 27 gennaio 1997 (con <i>nota</i> di J. Carreras)	771
Lettera apostolica « <i>motu proprio</i> » sull'apostolato marittimo <i>Stella Maris</i> , 31 gennaio 1997 (con <i>nota</i> di A.S. Sánchez-Gil)	783

Atti della Santa Sede.

SEGRETERIA DI STATO, Rescritto « <i>ex audientia Sanctissimi</i> » di conferma di alcune « <i>facoltà straordinarie</i> » al Decano della Rota Romana, 30 settembre 1995 (con <i>nota</i> di J. Canosa)	377
SEGRETERIA DI STATO, Quinto Accordo Addizionale alla Convenzione fra la Santa Sede e la Repubblica Austriaca per il Regolamento dei Rapporti Patrimoniali del 23 giugno 1960, 21 dicembre 1995 (con <i>nota</i> di H. Pree)	801
SEGRETERIA DI STATO, Norme per la procedura di ricorso contro le deliberazioni della Commissione disciplinare dello Stato della Città del Vaticano, 3 febbraio 1996 (con <i>nota</i> di J. Gozález-Ayesta)	806

	<i>pag.</i>
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
SUPREMO TRIBUNALE DELLA SEGNETURA APOSTOLICA, Decreto particolare « <i>Exercitii ministerii sacerdotalis</i> », 25 marzo 1996 (con <i>nota</i> di D. Cito).....	815
PONTIFICIO CONSIGLIO PER L'INTERPRETAZIONE DEI TESTI LEGISLATIVI, Note esplicative « <i>Assoluzione generale senza previa confessione individuale</i> », 8 novembre 1996, « <i>Obbligo del Vescovo di risiedere in diocesi</i> », 12 settembre 1996	818
PONTIFICIO CONSIGLIO PER L'INTERPRETAZIONE DEI TESTI LEGISLATIVI, Dichiarazione, 19 maggio 1997	825
 <i>Legislazione particolare.</i>	
CONSIGLIO DELLE CONFERENZE DEI VESCOVI D'EUROPA (CCEE), Statuto, 2 dicembre 1995 (con <i>nota</i> di J. González-Ayesta).....	391
KENIA, Norme complementari al CIC emanate dalla Conferenza Episcopale, 30 novembre 1996 (con <i>nota</i> di D. Kimengich)	827
NUOVA ZELANDA. Norme complementari al CIC emanate dalla Conferenza Episcopale, 1 ottobre 1994 (con <i>nota</i> di J.T. Martín de Agar)	403