

IUS ECCLESIAE

RIVISTA INTERNAZIONALE DI DIRITTO CANONICO

Vol. X - Num. 1 - Gennaio-Giugno 1998

PONTIFICIO ATENEIO DELLA SANTA CROCE
GIUFFRÈ EDITORE

Pagina bianca

SOMMARIO

DOTTRINA

I. STUDI SULLA PERSONA NELL'ORDINAMENTO CANONICO.

- C.J. ERRÁZURIZ M., *La persona nell'ordinamento canonico: il rapporto tra persona e diritto nella Chiesa* 3
- J. OTADUY, *La comunidad como fuente de derecho (presupuestos eclesiológicos y sociales de la costumbre)* 37
- P. ERDÖ, *La partecipazione sinodale al governo della Chiesa. Problemi circa gli organi sinodali con potere di governo* 89

II. ALTRI STUDI.

- F. DANEELS, *Soppressione, unione di parrocchie e riduzione ad uso profano della chiesa parrocchiale* 111
- J.M. VIEJO-XIMÉNEZ, *La redacción original de la C.29 del Decreto de Graciano* 149

GIURISPRUDENZA

- SUPREMO TRIBUNALE DELLA SEGNAURA APOSTOLICA, *Suppressionis paroeciae et reductionis ecclesiae in usum profanum non sordidum*. Decreto definitivo. 4 maggio 1996. Em.mo Agustoni, Prefetto, Ponente 189
- SUPREMO TRIBUNALE DELLA SEGNAURA APOSTOLICA, *Reductionis ecclesiae in usum profanum*. Sentenza definitiva. 4 maggio 1996. Em.mo Agustoni, Prefetto, Ponente 196
- SUPREMO TRIBUNALE DELLA SEGNAURA APOSTOLICA, *Suppressionis paroeciae*. Decreto definitivo. 25 giugno 1994. Fagiolo, Ponente 204
- TRIBUNALE DELLA ROTA ROMANA, *Reg. Latii seu Romana*. Nullità del matrimonio. Esclusione dell'indissolubilità e della prole. Incapacità di assumere gli obblighi essenziali per cause di natura psichica. Sentenza definitiva.

22 febbraio 1996. Stankiewicz, Ponente (con <i>nota</i> di H. Franceschi F., <i>Il contenuto del « bonum prolis » e del « bonum fidei » alla luce del fenomeno della procreazione artificiale</i>)	207
---	-----

NOTE E COMMENTI

J. CANOSA, <i>La legislazione generale sul procedimento di formazione degli atti amministrativi nel Diritto canonico</i>	255
D.G. DUNCAN - C.R. WHALEY, <i>Lowering the wall of separation between Church and State in the United States</i>	275
F.J. RAMOS, <i>Considerazioni sulla necessità dell'intervento degli avvocati nei processi di dichiarazione di nullità del matrimonio canonico</i>	281

RASSEGNA DI BIBLIOGRAFIA

Recensioni.

AA.VV., <i>Os Sacramentos da Iniciação Cristã. Estudo interdisciplinar. III Jornadas de Direito Canónico. 23-26 de Abril de 1995 - Fátima</i> (A.S. Sánchez-Gil)	293
M. BARDI, <i>Il dolo nel matrimonio canonico</i> (T.J. Zárraga C.)	295
T. BLANCO, <i>La noción canónica de contrato. Estudio de su vigencia en el CIC de 1983</i> (E. Baura)	299
C. BURKE, <i>L'oggetto del consenso matrimoniale. Un'analisi personalistica</i> (C.J. Errázuriz M.)	304
V. CÀRCEL ORTÍ, <i>Mártires españoles del siglo XX</i> (J. Llobell)	312
Y. DE CHARTRES, <i>Prologue</i> (D. Le Tourneau)	315
L. CHIAPPETTA, <i>Il Codice di Diritto Canonico. Commento giuridico-pastorale</i> (J.I. Arrieta)	317
P. MAJER, <i>El error que determina la voluntad. Can. 1099 del CIC de 1983</i> (M. Gas i Aixendri)	319
V. MOSCA, <i>Alberto Patriarca di Gerusalemme. Tempo - Vita - Opera</i> (J.L. Gutiérrez)	324
A. NERI, <i>Nuove forme di vita consacrata</i> (Can. 605 C.I.C.) (A. Filipazzi)	326
V. PALESTRO, <i>Rassegna di giurisprudenza rotale nelle cause iurium e penali (1909-1993)</i> (V. Pacillo)	328
J.P. SCHOUPPE, <i>Elementi di diritto patrimoniale canonico</i> (J. Miñambres)	332
J.M. VÁZQUEZ GARCÍA-PEÑUELA - M. DEL M. MARTÍN - M.D. MARÍN, <i>Repertorio bibliográfico de Derecho eclesiástico español (1953-1993)</i> (M.A. Ortiz) ..	334

- A. VITALE, *Corso di diritto ecclesiastico. Ordinamento giuridico ed interessi religiosi*, 8^a ed. (L. Del Giudice) 336

DOCUMENTI

Atti della Santa Sede.

- CONGREGAZIONE PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, Regolamento per l'esame delle dottrine, 29 giugno 1997 (con *nota* di D. Cito) 341

- CONGREGAZIONE PER I VESCOVI - CONGREGAZIONE PER L'EVANGELIZZAZIONE DEI POPOLI, Istruzione sui Sinodi diocesani, 19 marzo 1997 (con *nota* di J. González-Ayesta) 352

Legislazione particolare.

- ITALIA, Norme circa il regime amministrativo dei Tribunali ecclesiastici regionali italiani e l'attività di patrocinio svolta presso gli stessi, emanate dalla Conferenza Episcopale Italiana, 18 marzo 1997 (con *nota* di F. Lozupone) 378

- PARAGUAY, Norme complementari al CIC, emanate dalla Conferenza Episcopale del Paraguay, 12 novembre 1994 (con *note* di J.T. Martín de Agar) 396

Pagina bianca

COLLABORATORI DI QUESTO FASCICOLO

- JAVIER CANOSA, Docente di Diritto canonico - Pontificio Ateneo della Santa Croce
- FRANS DANEELS, O. PRAEM, Promotore di Giustizia del Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica
- DWIGHT G. DUNCAN, Associate Professor - Southern New England School of Law, North Dartmouth, Massachusetts (Stati Uniti)
- PÉTER ERDŐ, Ordinario di Diritto canonico - Facoltà di Teologia, Pázmány Péter R.K. Hittudományi Akadémia, Budapest
- CARLOS JOSÉ ERRÁZURIZ M., Ordinario di Teoria Fondamentale del Diritto canonico - Pontificio Ateneo della Santa Croce
- JAVIER OTADUY, Professore Aggregato di Parte Generale e Diritto della persona - Università di Navarra
- FRANCISCO JOSÉ RAMOS, O. P., Docente di Diritto canonico - Pontificia Università di San Tommaso d'Aquino
- JOSÉ M. VIEJO-XIMÉNEZ, Titolare di Diritto canonico - Università di Las Palmas de Gran Canaria (Spagna)

Hanno collaborato anche: J.I. ARRIETA, E. BAURA, D. CITO, L. DEL GIUDICE, A. FILIPAZZI, H. FRANCESCHI F., M. GAS I AIXENDRI, J. GONZÁLEZ-AYESTA, J.L. GUTIÉRREZ, D. LE TOURNEAU, F. LOZUPONE, J. LLOBELL, J.T. MARTÍN DE AGAR, J. MIÑAMBRES, M.A. ORTIZ, V. PACILLO, A.S. SÁNCHEZ-GIL, C.R. WHALEY, T.J. ZÁRRAGA C.

Pagina bianca

Dottrina

I. Studi sulla persona nell'ordinamento canonico

Pagina bianca

CARLOS J. ERRÁZURIZ M.

LA PERSONA NELL'ORDINAMENTO CANONICO:
IL RAPPORTO TRA PERSONA E DIRITTO NELLA CHIESA

1. Contrapposizione tra persona e diritto nella Chiesa? — 2. Gli approcci di Pedro Lombardía e di Eugenio Corecco sul tema dell'armonia tra persona e diritto nella Chiesa. — 3. Verso un approfondimento della centralità della persona umana nel diritto canonico. — 4. La dissoluzione di alcune false antinomie: persona e istituzione, bene personale e bene comune, privato e pubblico, persona e autorità gerarchica.

Il tema della persona nell'ordinamento canonico è talmente vasto e in qualche modo onnicomprensivo che la sua trattazione nei limiti di una relazione impone di compiere delle scelte ben precise. La stessa natura dell'argomento mi ha indotto ad adottare una prospettiva di taglio nettamente fondamentale, incentrata sulla questione concernente il rapporto tra persona e diritto nella Chiesa. Ciò può certamente dare l'impressione di lontananza rispetto ai problemi concreti della vita giuridica ecclesiale; sono però convinto che tale attenzione ai principi si riveli indispensabile ai fini di risolvere in modo veramente giusto le questioni giuridico-canoniche. Inoltre, cercherò di offrire alcune esemplificazioni che mostrino il rilievo pratico delle considerazioni esposte.

1. *Contrapposizione tra persona e diritto nella Chiesa?*

Ogni concezione del diritto comporta una determinata visione del rapporto tra la persona e il diritto. Questo tema, così rilevante nella problematica giuridica generale dei nostri tempi, ha richiamato l'attenzione della canonistica della seconda metà del secolo XX per quel che concerne il ruolo della persona in relazione alle esigenze specifiche della Chiesa e del suo diritto. Mi pare che sia uno dei fili

conduttori più importanti nei dibattiti di questi ultimi decenni sulla fondazione del diritto canonico. Nel contempo alcune delle sue conseguenze operative, soprattutto quelle riguardanti i diritti dei fedeli, sono state e sono tuttora al centro delle preoccupazioni della scienza canonica.

Nel quadro diversificato delle posizioni dottrinali sul problema del rapporto persona-diritto, si possono individuare due tendenze contrapposte di carattere estremo: quella secondo cui le esigenze oggettive del diritto canonico impedirebbero qualsiasi rilevanza della persona come soggetto di diritti, e quella che propugna la prevalenza delle esigenze soggettive della persona al di sopra di quelle istituzionali del diritto.

Come succede normalmente con le dottrine di segno unilaterale, questo oggettivismo non personalistico e questo personalismo non oggettivistico non si danno di solito allo stato puro; rappresentano piuttosto delle linee di tendenza, che rivelano entrambe la presenza di una tensione dialettica non risolta armonicamente. Della prima visione vi è però nel panorama canonistico una voce molto nitida e costante: quella di Pio Fedele, che per la sua stessa coerenza è diventata classica⁽¹⁾. Com'è noto, il suo rifiuto di ogni autonomia privata e di ogni diritto soggettivo nell'ordinamento canonico provengono da una decisa affermazione della *salus animarum* quale orizzonte teleologico esclusivo del diritto della Chiesa, il quale tenderebbe in ogni situazione ad evitare il peccato⁽²⁾.

Senza una presa di posizione così esplicita, mi pare che sussista ancora non di rado l'inclinazione a considerare il diritto canonico come mero strumento dell'autorità ecclesiastica. In tale contesto la persona avrebbe rilevanza giuridica nella Chiesa nella misura in cui le vengono attribuite determinate prerogative da parte delle norme positive. Nell'attualità questa concezione rappresenta non tanto una posizione dottrinale quanto piuttosto uno stato di opinione. Nonostante gli approfondimenti di questi anni dopo il Concilio Vati-

(1) È da notare il senso di rispetto e di ammirazione con cui le tesi di Fedele erano ascoltate da uno come Pedro Lombardía, che si trovava proprio agli antipodi. La sua apertura di mente e di cuore traspare con forza nel suo omaggio commosso a Fedele in occasione della consegna degli scritti in suo onore: cfr. *Pio Fedele, Maestro di canonisti e di ecclesiasticisti*, in *Il diritto ecclesiastico*, 96 (1985), I, pp. 659-670.

(2) Il suo celebre *Discorso generale sull'ordinamento canonico* (Padova 1941) resta un modello eccezionale di visione unitaria del diritto canonico in quest'ottica peculiare.

cano II sull'essere del diritto nella Chiesa, mi sembra che continui a darsi all'interno della compagine ecclesiale una sua rappresentazione concettuale che lo identifica con l'insieme delle norme positive emanate dall'autorità competente. In certi casi questa idea può essere accompagnata dall'aspirazione a rivalutare l'autorità nella Chiesa, ma ritengo che il più delle volte serva soprattutto a giustificare certi atteggiamenti di insofferenza nei confronti della legislazione canonica.

Con ciò constatiamo quanto siano di fatto legate tra di loro le due posizioni estreme sulla nostra questione. In effetti, alcuni «personalismi» canonici che difendono il primato della persona sulle istituzioni assumono non di rado un concetto di diritto che comprende unicamente le norme positive poste dalla Gerarchia. Intendono naturalmente superare tale concetto di diritto, ma senza riuscire a concepire delle esigenze giuridiche veramente oggettive della persona. Le rivendicazioni sono invece di stampo soggettivistico, e tendono ad assolutizzare la libertà della persona, che sarebbe ostacolata dal diritto oggettivo. Come manifestazioni concrete di questa mentalità si pensi alle argomentazioni favorevoli ad introdurre il *favor personae* o *libertatis* quale principio chiave del diritto matrimoniale canonico, capovolgendo così l'«istituzionalistico» *favor matrimonii*; oppure alla contrapposizione tra diritti dei fedeli e attribuzioni della Gerarchia, nel senso che la crescita degli uni comporterebbe la diminuzione delle altre e viceversa.

2. *Gli approcci di Pedro Lombardía e di Eugenio Corecco sul tema dell'armonia tra persona e diritto nella Chiesa.*

Nell'accostare i nomi di Pedro Lombardía e di Eugenio Corecco va evitato qualunque tentativo di ingenuo eclettismo, che pretenda di ignorare o di sottovalutare le loro profonde diversità nella concezione sul diritto e sulla scienza canonica. Ciononostante, penso che al di là di tante sostanziali differenze riscontrabili nelle loro posizioni, sia Pedro Lombardía sia Eugenio Corecco abbiano compiuto sforzi notevoli verso un superamento della tensione tra persona e diritto nella Chiesa.

Javier Hervada, da coprotagonista dell'itinerario intellettuale di Lombardía, ci ha offerto un'ottima sintesi di quel percorso, evidenziando l'esistenza di due «conversioni metodologiche» nel pensiero di Lombardía. Entrambe riguardano certamente il metodo della scienza canonica, ma si fondano su determinate concezioni circa la realtà stessa del diritto della Chiesa. La prima conversione di Lom-

bardía concerne la nozione stessa di diritto: superando il fondo positivistico inerente alla teoria della *canonizatio* di Del Giudice, Lombardía approda ad una visione del diritto che, tentando di assumere il meglio della moderna scienza giuridica, concepisce il diritto naturale e il diritto divino positivo come veri diritti, senza la mediazione del diritto umano. La seconda conversione attiene molto direttamente al nostro tema, poiché significa passare da una concezione del diritto canonico quale disciplina instaurata dai sacri Pastori per l'ordine della Chiesa ad un'altra visione che, senza negare quanto di vero c'è nell'anzidetta concezione, la integra mediante una considerazione dei diritti dei fedeli e degli ambiti di libertà di cui essi godono per attuare i loro carismi ricevuti direttamente dallo Spirito Santo nella Chiesa. In questo modo nel diritto canonico, che è non solo diritto di disciplina ma anche diritto di libertà, vengono armonizzati l'autorità e i carismi, la libertà e l'autorità, i diritti dei fedeli e l'esercizio della giurisdizione⁽³⁾. Queste due conversioni sono poi intimamente connesse tra di loro, nella misura in cui la prima rende possibile la seconda, in quanto spezza il vincolo tra giuridicità ed esercizio della giurisdizione, consentendo pertanto di fondare i diritti delle persone anzitutto sullo stesso diritto divino.

Muovendo da una concezione ben diversa e a mio parere non condivisibile sulla natura del diritto ecclesiale e della scienza canonica, anche in Corecco si osserva un orientamento di fondo tendente ad evidenziare l'armonia tra persona e diritto nella Chiesa. L'identità ontologica e giuridica della persona è vista da lui nell'ottica del concetto di comunione come immanenza reciproca. Essendo presente nel cristiano il Cristo con il suo Corpo mistico, vi è una reale immanenza reciproca tra ogni battezzato e la comunità cristiana⁽⁴⁾. D'altra

⁽³⁾ Seguo da vicino la sintesi tracciata da J. HERVADA, *Personalidad científica de Pedro Lombardía*, in *Ius Canonicum*, 26 (1986), pp. 492-493.

⁽⁴⁾ «La personalità del cristiano, in quanto uomo nuovo che ha abbandonato l'uomo vecchio, è determinata dalla comunione. La sua identità metafisica e giuridica è data dal fatto che in forza del battesimo l'uomo è stato radicato strutturalmente, e non solo dal profilo etico, nel Cristo. Il cristiano rappresenta il Cristo poiché in lui è presente tutto il Cristo con il suo Corpo Mistico. Il cristiano non può perciò essere concepito come una entità individuale contrapposta a quella collettiva, ma come soggetto al quale tutta la comunità dei cristiani è misteriosamente, ma realmente, immanente. Sul piano giuridico il rapporto con tutti gli altri membri della comunità cristiana — anche con quelli che esprimono la funzione di servizio dell'Autorità — cambia strutturalmente. Non esiste più come rapporto di polarità concorrenziale» (E. CORECCO, *Consi-*

parte, egli sottolinea sia l'indole istituzionale di ogni cristiano nella Chiesa, sia il carattere personale della funzione gerarchica⁽⁵⁾.

Tuttavia, è indubbio che proprio in relazione al problema dell'armonia tra persona e diritto, insieme a comuni intenti di fondo che portano a rifuggire dalle posizioni estreme, esistono diversità molto accentuate tra l'impostazione di Lombardía e quella di Corecco. Ritengo che vale la pena di soffermarsi un po' su di esse, in quanto mi sembrano utili allo scopo di cercare di andare oltre nell'approfondimento dell'armonia tra persona e diritto della Chiesa.

Nel dialogo fra questi due autori l'argomento emerge sotto l'angolatura del rapporto tra *communio* e diritti dei fedeli. Entrambi ovviamente ravvisano la sintonia di fondo tra questi due aspetti, ma sussiste una significativa diversità di accento. Lombardía apprezza il tentativo di costruire la nozione di diritto fondamentale del fedele nella prospettiva della *communio*⁽⁶⁾, soprattutto in quanto si tenta così di evitare che i diritti fondamentali possano essere visti « non al servizio dell'autodonzazione, ma come strumenti di affermazione egolatrica ed insolidaristica »⁽⁷⁾. Ciononostante egli preferisce considerare la comunione come uno dei fattori da cui derivano diritti e doveri dei fedeli, insieme alla libertà, la partecipazione attiva e la sottomissione⁽⁸⁾.

derazioni sul problema dei diritti fondamentali del cristiano nella Chiesa e nella società, in AA.VV., I diritti fondamentali del cristiano nella Chiesa e nella società (Atti del IV Congresso Internazionale di Diritto Canonico, Fribourg-Suisse, 6-11 ottobre 1981), a cura di E. CORECCO - H. HERZOG - A. SCOLA, Fribourg (Suisse) - Freiburg i. Br. - Milano 1981, p. 1224).

⁽⁵⁾ « (...) a differenza del modello sociale statale, quello ecclesiale non è fondato sul rapporto persona-istituzione, in cui l'istituzione, in quanto potere pubblico organizzato, sovrasta il diritto privato e l'individuo, bensì sul rapporto istituzione-istituzione, che coincide con il rapporto persona-persona, poiché tutti i fedeli appartengono all'istituzione della Chiesa e tutti la rappresentano, sia pure in modo diverso » (E. CORECCO, *Il catalogo dei diritti-doveri del fedele nel CIC*, in AA.VV., *I diritti fondamentali della persona umana e la libertà religiosa* (Atti del V Colloquio giuridico dell'Università Lateranense, Roma, 8-10 marzo 1984), Roma 1985, p. 117).

⁽⁶⁾ In *Los derechos fundamentales del cristiano en la Iglesia y en la sociedad*, in AA.VV., *I diritti fondamentali del cristiano nella Chiesa e nella società*, cit., pp. 27-28, egli cita il lavoro, realizzato sotto la direzione di Corecco, di P. HINDER, *Grundrechte in der Kirche. Eine Untersuchung zur Begründung der Grundrechte in der Kirche*, Freiburg (SZ) 1977.

⁽⁷⁾ P. LOMBARDÍA, *Los derechos fundamentales del cristiano en la Iglesia y en la sociedad*, cit., p. 29. La traduzione è mia.

⁽⁸⁾ « (...) para mí resulta más clara la posición doctrinal [di Hervada] que hace

Da parte sua, Corecco, nell'avversare l'applicazione della categoria della fundamentalità ai diritti dei cristiani nella Chiesa, sostiene che la costituzione della Chiesa non ha come obiettivo quello di garantire i diritti dei fedeli, bensì quello di tutelare l'autenticità della Parola e del Sacramento⁽⁹⁾.

Un altro aspetto che certamente influisce molto sul rispettivo approccio alla tematica persona-diritto in questi due maestri riguarda la loro concezione circa il rapporto tra il diritto secolare e il diritto canonico. Sotto questi profili le loro sensibilità sono quanto mai divergenti: mentre Lombardía insiste sulla continuità tra entrambi questi ordini giuridici come ordini di giustizia, e sulla comune fondazione dei diritti umani e dei diritti fondamentali del fedele nel mistero del Verbo incarnato⁽¹⁰⁾, Corecco si caratterizza proprio nel marcare le distanze tra i due diritti, sostenendo la sua ben nota tesi dell'analogia, che tra l'altro comporta la contestazione della stessa distinzione tra giustizia e carità nell'ambito ecclesiale⁽¹¹⁾.

Tuttavia, la visione armonica sostenuta da Lombardía si basa esplicitamente sull'antropologia teologica che è alla base del magistero ecclesiastico di questa seconda metà del secolo, la quale contempla la dignità della persona umana alla luce del mistero dell'Incarnazione e della Redenzione, tenendo conto pertanto delle realtà del peccato e della grazia⁽¹²⁾. Inoltre, Lombardía naturalmente riconosce la specificità dell'ordine giuridico ecclesiale, ed esplicitamente sostiene che le titolarità dei diritti fondamentali del fedele «acqui-

derivar de la *conditio communionis* un grupo de situaciones jurídicas — derechos y deberes fundamentales —, pero sin pretender que tal perspectiva agote la totalidad de la materia, puesto que además hay que tener en cuenta las situaciones derivadas de la “*conditio libertatis*”, la “*conditio activa*” y la “*conditio subiectionis*” » (*ibidem*, p. 28).

⁽⁹⁾ « (...) la struttura costituzionale della Chiesa non ha come *telos* quello di garantire la realizzazione dei diritti dei fedeli. (...) Come è sottolineato da Antonio Rouco Varela, la costituzione della Chiesa ha come scopo primario quello di dare la garanzia che la Parola e il Sacramento celebrati oggi nella Chiesa siano ancora la stessa Parola e lo stesso Sacramento istituiti da Cristo » (E. CORECCO, *Considerazioni sul problema dei diritti fondamentali del cristiano nella Chiesa e nella società*, cit., p. 1221).

⁽¹⁰⁾ Cfr. P. LOMBARDÍA, *Los derechos fundamentales del cristiano en la Iglesia y en la sociedad*, cit., pp. 20-25.

⁽¹¹⁾ Cfr. E. CORECCO, *Considerazioni sul problema dei diritti fondamentali del cristiano nella Chiesa e nella società*, cit., pp. 1218-1219 e 1230.

⁽¹²⁾ Cfr. P. LOMBARDÍA, *Los derechos fundamentales del cristiano en la Iglesia y en la sociedad*, cit., pp. 22-23.

stano il loro pieno senso in Cristo. Perciò, la loro natura sarà necessariamente vicaria e la loro finalità sarà in funzione del servizio alla comunità»⁽¹³⁾. Da parte sua, Corecco riconosce l'influsso della vigorosa affermazione magisteriale della dignità della persona umana sulla considerazione dei diritti dei fedeli quali diritti da promuovere attivamente nell'ambito canonico⁽¹⁴⁾, e, pur differenziandola nettamente dall'autonomia secolare, riconosce l'esistenza di una autonomia propria del cristiano⁽¹⁵⁾ nonché l'operatività tipicamente giuridica dei diritti dei fedeli⁽¹⁶⁾.

Mi sia consentito evocare due ricordi personali che mostrano quanta attenzione riservassero questi due illustri canonisti agli aspetti che nelle loro dottrine erano stati forse meno trattati. Prima di recarmi a Roma per lavorare in quello che attualmente è il Pontificio Ateneo della Santa Croce visitai a Pamplona Lombardía, che avevo avuto come maestro nel corso 1982-1983, per chiedergli dei suggerimenti su possibili campi di ricerca nel diritto canonico. Tra gli altri, egli mi indicò proprio quello concernente la parola di Dio e i sacramenti, segnalandomi in particolare l'allora recente articolo di Hervada sulle radici sacramentali del diritto canonico⁽¹⁷⁾. Il secondo ri-

⁽¹³⁾ Cfr. ID., *Los derechos fundamentales del fiel*, in ID., *Escritos de Derecho Canónico*, Vol. III, Pamplona 1973, p. 55. La traduzione è mia. Nello stesso senso, cfr. la netta affermazione di P.J. VILADRICH (la cui nota monografia sui diritti fondamentali dei fedeli — *Teoría de los derechos fundamentales del fiel: presupuestos críticos*, Pamplona 1969 — è stata così spesso citata e lodata da Lombardía): «Il fondamento ecclesiale dei diritti fondamentali del fedele è strettamente cristologico e sacramentale: risiede nella cristoconformazione battesimale» (*La distinzione essenziale sacerdozio comune - sacerdozio ministeriale e i principi di uguaglianza e di diversità nel diritto costituzionale canonico moderno*, in *Il diritto ecclesiastico*, 83 (1972), I, p. 133).

Un'altra monografia di grande rilievo sul tema, ricordata anch'essa sovente da Lombardía, è quella di A. DEL PORTILLO, *Fieles y laicos en la Iglesia*, 3ª ed., Pamplona 1991 (la prima edizione è del 1969, di cui c'è trad. ital.: *Laici e fedeli nella Chiesa*, Milano 1969).

⁽¹⁴⁾ Cfr. E. CORECCO, *Il catalogo dei diritti-doveri del fedele nel CIC*, cit., p. 125.

⁽¹⁵⁾ Cfr. ID., *Considerazioni sul problema dei diritti fondamentali del cristiano nella Chiesa e nella società*, cit., p. 1222.

⁽¹⁶⁾ Ciò è ben chiaro in affermazioni di questo tipo: «(...) le disposizioni concernenti i diritti dei fedeli non si pongono solo come norme di garanzia negativa rivolte a impedire atti lesivi, ma attribuiscono ad essi una funzione di garanzia anche positiva, così programmatica, che impegna gli altri soggetti e il potere, a un "facere", non solo nel momento esecutivo e giudiziario, ma anche in quello legislativo» (E. CORECCO, *Il catalogo dei diritti-doveri del fedele nel CIC*, cit., p. 125).

⁽¹⁷⁾ Cfr. J. HERVADA, *Las raíces sacramentales del derecho canónico*, in *Estudios de*

cordo riguarda Mons. Corecco. Quando gli inviai una nota bibliografica che avevo dedicato ai suoi scritti riuniti⁽¹⁸⁾, mi rispose con una lettera molto cordiale, in cui, facendosi eco delle osservazioni che gli rivolgevo, diceva che se avesse avuto tempo ed energie sufficienti avrebbe desiderato consacrarli allo studio del diritto naturale (va notato che era già stato colpito dalla malattia che gli avrebbe tolto la vita).

Ritengo che per mettere a fuoco quale ruolo ha la persona nel diritto della Chiesa sia imprescindibile adottare l'ottica ecclesiale della comunione, all'interno della quale trova spazio la dimensione giuridica concepita come dimensione di giustizia che nessuna immenza reciproca elimina dalla vita ecclesiale. Su queste basi tenterò di procedere nelle seguenti pagine.

3. *Verso un approfondimento della centralità della persona umana nel diritto canonico.*

La centralità della persona negli ordinamenti giuridici della società civile è chiaramente insegnata dal magistero sociale della Chiesa, che ha individuato un nesso essenziale tra bene comune della società e diritti e doveri della persona⁽¹⁹⁾. Poiché la Chiesa possiede un suo proprio ordine giuridico interno, è logico porsi la domanda sul significato della centralità della persona nell'ambito del diritto canonico. Ebbene, mi sembra che tale centralità stenti ad essere rece-

Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico en homenaje al profesor Maldonado, Madrid 1983, pp. 245-269.

⁽¹⁸⁾ *Brevi annotazioni circa il pensiero di Eugenio Corecco (A proposito del libro di E. CORECCO, «Théologie et droit canon. Écrits pour une nouvelle théorie générale du droit canon»)*, in *Ius Ecclesiae*, 5 (1993), pp. 753-762.

⁽¹⁹⁾ Cfr. GIOVANNI XXIII, enc. *Pacem in terris*, 11 aprile 1963, in AAS, 55 (1963), pp. 273-274; CONCILIO VATICANO II, cost. past. *Gaudium et spes*, n. 26; GIOVANNI PAOLO II, enc. *Redemptor hominis*, 4 marzo 1979, n. 17, in AAS, 71 (1979), p. 299.

A proposito del bene comune della società civile, va notato che esso non può ridursi al bene pubblico dello Stato, e che pertanto deve essere superata qualunque forma di statualismo, che soffoca la legittima libertà delle persone e degli altri raggruppamenti sociali. In questo senso va ricordata la luminosa distinzione di Rosmini tra bene pubblico e bene comune: «Il bene comune è il bene di tutti gli individui che compongono il corpo sociale, e che sono soggetti di diritti; il bene pubblico all'incontro è il bene del corpo sociale preso nel suo tutto, ovvero preso, secondo la maniera di vedere d'alcuni, nella sua organizzazione» (A. ROSMINI, *Filosofia del Diritto*, vol. V, Padova 1969, n. 1644, p. 1223).

pita nella comprensione dell'ordinamento giuridico ecclesiale, il che probabilmente spiega perché ancora non sia pacifica la sutura tra il soggetto umano nella Chiesa e le esigenze giuridiche derivanti dal suo rapporto con la Chiesa. Serpeggia con insistenza la dialettica persona-diritto sotto varie forme: libertà-autorità, individuo-comunità, ecc. Mettere al centro la persona nell'ambito canonico sembrerebbe comportare il rischio di convalidare ogni sorta di individualismo, soggettivismo, contestazione delle istituzioni ecclesiastiche sulla base di presunti diritti dei fedeli⁽²⁰⁾, e via dicendo. Insomma, il legame fra la comunione come idea chiave dell'ecclesiologia conciliare e pertanto del diritto della Chiesa e l'affermazione delle situazioni giuridiche delle persone — specie i loro diritti — appare tuttora poco consolidato. L'idea della centralità della persona sembra in contrapposizione con quella della centralità della comunione.

Tuttavia, siffatta tensione sembra risolta nei suoi fondamenti quando lo stesso magistero indica l'uomo come «la prima strada che la Chiesa deve percorrere nel compimento della sua missione: egli è la prima e fondamentale via della Chiesa, tracciata da Cristo stesso, via che costantemente passa attraverso il mistero dell'Incarnazione e della Redenzione»⁽²¹⁾. La *mens* di quell'affermazione può essere ulteriormente illuminata ricorrendo allo scritto in cui Karol Wojtyła presenta la dottrina del Concilio Vaticano II. Egli apre il capitolo IV, sulla coscienza della Chiesa come popolo di Dio, con un paragrafo circa la vocazione della persona nella comunità. Considerando la *Gaudium et spes* quale documento complementare della *Lumen gentium*, egli sostiene che «Nella dottrina del Vaticano II bisogna pertanto percepire l'evidente rapporto fra la realtà del popolo di Dio e la vocazione dell'uomo come persona, che è anche vocazione nella comunità»⁽²²⁾. A questo proposito l'autore ricorda ciò che gli è tanto a cuore: la realizzazione personale dell'uomo attraverso il dono di sé⁽²³⁾, sia nel rapporto con Dio che in quello con gli altri.

⁽²⁰⁾ Ad es. è assai facile impostare la questione dell'ammissione delle donne al sacerdozio ministeriale sulla base della promozione ecclesiale dei diritti della donna; oppure relativizzare il celibato dei chierici facendo leva sul diritto dei fedeli a ricevere i beni salvifici quando scarseggia il clero.

⁽²¹⁾ GIOVANNI PAOLO II, enc. *Redemptor hominis*, cit., n. 14, pp. 284-285.

⁽²²⁾ K. WOJTYŁA, *Alle fonti del rinnovamento: studio sull'attuazione del Concilio Vaticano II*, trad. it., Città del Vaticano 1981, p. 105.

⁽²³⁾ Cfr. CONCILIO VATICANO II, cost. past. *Gaudium et spes*, n. 24c.

E riferendosi alla comunione fraterna specificamente ecclesiale instaurata da Cristo⁽²⁴⁾, Wojtyła scrive: «La realtà del corpo mistico indica e preannuncia a tutti gli uomini — ciascuno dei quali porta in sé la vocazione alla dignità propria della persona — la riscoperta e il compimento di sé attraverso il “dono sincero” agli altri; dono che, essendo fatto ad una moltitudine di persone, anche se immensa, imprime ad essa un carattere di “comunione”»⁽²⁵⁾.

Questa comprensione personalista dell'ecclesiologia dovrebbe essere perfettamente applicabile alla dimensione giuridica della Chiesa. Ma per rendersene conto conviene rivedere le nozioni chiave del problema, a cominciare da quelle di persona e di diritto.

Agli effetti del presente discorso considero decisivo mettere in evidenza una caratteristica della persona, che consente di cogliere in profondità il suo rapporto con il diritto. Si tratta della sua relazionalità, di cui Cotta con la sua abituale lucidità giustamente ribadisce che «è determinazione ontologica e pertanto è condizione intrascendibile dell'esistenza umana»⁽²⁶⁾. Anche nella comunione fraterna ecclesiale la persona è ontologicamente e strutturalmente relazionale sul piano soprannaturale, non per arbitrio proprio o altrui. E lo è secondo una varietà di forme della coesistenza, per usare ancora espressioni di Cotta⁽²⁷⁾, tra le quali all'interno della Chiesa certamente assume la priorità quella della carità, ma senza che questa escluda o elimini per assorbimento quella del diritto, che costituisce un'autentica forma della coesistenza ecclesiale, o se si preferisce una delle dimensioni dell'unica coesistenza in cui consiste la Chiesa. Alla coesistenza ecclesiale secondo diritto sono perfettamente applicabili queste parole dello stesso autore sulle forme coesistenziali in generale: «(...) tutte determinano ambiti di reciproca comprensione, riconoscimento e accoglienza; ciascuna si colloca, *pro modo suo* e con risultati diversi, dal lato dell'apertura dell'io all'altro da sé e contrasta la possibilità di chiusura presente nell'esistente (e totale nella modalità del solipsismo: *ipse solus*), superando l'ambivalenza del mero-essere fattuale. Pertanto, tutte si rivelano forme autentiche del vivere

⁽²⁴⁾ Cfr. *ibidem*, n. 32d.

⁽²⁵⁾ K. WOJTYŁA, *Alle fonti del rinnovamento*, cit., pp. 110-111.

⁽²⁶⁾ S. COTTA, voce *Persona* (*filosofia del diritto*), in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXIII, Milano 1983, p. 169.

⁽²⁷⁾ Cfr. S. COTTA, *Il diritto nell'esistenza. Linee di ontofenomenologia giuridica*, 2ª ed., Milano 1991, pp. 97-159.

secondo relazione, poiché rispondono sul piano esistenziale alle esigenze della struttura ontologica dell'uomo»⁽²⁸⁾.

La relazionalità giuridica della persona si basa sulla stessa natura umana della persona (nel senso classico, metafisico, del termine « natura »), e in particolare sulla sua intrinseca socialità. Ciò fonda l'oggettività delle situazioni giuridiche delle persone⁽²⁹⁾. Nella Chiesa la relazionalità giuridica specificamente ecclesiale della persona, assumendo quella naturale, poggia sull'essere stesso della condizione di cristiano, che è ontologicamente comunionale. Ne consegue che la giuridicità intraecclesiale appare quale realtà costitutivamente legata alle persone nei loro rapporti di comunione.

Il posto della persona nel diritto è più chiaro qualora si tenta di individuare l'indole specifica della relazionalità giuridica. Fra i tantissimi approcci possibili a questo problema, devo dire che nessuno mi sembra più convincente di quello che concepisce il diritto in funzione della giustizia, e più precisamente quale realtà oggettiva costituente la materia dei rapporti di giustizia. Si tratta di quella classica *res iusta*, che in ambito canonistico è stata ripresentata in tempi recenti dal « secondo Hervada », per dirlo con l'efficace espressione che qualche volta adoperava Lombardía⁽³⁰⁾.

In quest'ottica della relazionalità secondo giustizia, le persone compaiono in maniera costitutivamente e strettamente correlativa quali soggetti di diritto e di dovere giuridico⁽³¹⁾. Da un lato, la per-

(28) *Ibidem*, p. 97.

(29) È significativa l'insistenza con cui GIOVANNI PAOLO II, nell'enc. *Redemptor hominis*, qualifica come « oggettivi » i diritti dell'uomo (cfr. cit., n. 17, pp. 296-297 e 299).

(30) È l'HERVADA dell'*Introduzione critica al diritto naturale*, trad. it., Milano 1990, che poi ha applicato la medesima concezione al diritto canonico a partire dal già ricordato articolo *Las raíces sacramentales del derecho canónico*. Un'esposizione d'insieme in questa prospettiva si trova nei suoi *Pensamientos de un canonista en la hora presente*, Pamplona 1989, pp. 27-63. Naturalmente il « primo Hervada » è quello della nozione del diritto canonico come ordinamento giuridico che struttura la Chiesa. Peraltro ovviamente la prima prospettiva non è stata annullata dalla seconda: per lui il concetto di ordinamento canonico continua ad essere valido quale concetto sistematico di carattere scientifico-tecnico, non di livello fondamentale (cfr. *ibidem*, p. 75).

Per una visione dei diritti delle persone nella Chiesa nell'ottica della *res iusta*, cfr. J.I. ARRIETA, *I diritti dei soggetti nell'ordinamento canonico*, in *Lex Nova* (dal secondo volume: *Fidelium iura*), 1 (1991), pp. 9-46, specialmente pp. 18-25.

(31) Sulla « corrispondenza tra diritti e doveri » come elemento strutturale della giustizia, cfr. S. COTTA, *Il diritto nell'esistenza*, cit., p. 214.

sona è titolare attivo di certi beni che sono *suoi*, posti cioè in una relazione di oggettiva appartenenza all'ambito di vita e d'azione della persona. Tali beni della persona costituiscono diritti nella misura in cui appartengono ad un soggetto e risultano dipendenti nel loro effettivo godimento dal comportamento di altri soggetti. La persona riappare dunque dall'altra parte della relazionalità giuridica, quale soggetto di un dovere che è specificamente giuridico in quanto correlativo ai diritti altrui⁽³²⁾.

Sia per essere titolare del diritto che per esserlo del corrispettivo dovere appare come fondamentale la condizione di persona. Le basi antropologiche della realtà giuridica rappresentano un tema interessantissimo⁽³³⁾. Ma in questa sede, proprio per evidenziare meglio la funzione della persona in ambito giuridico, mi accontento di un'osservazione quasi banale, ma non per questo meno rilevante per il nostro discorso: la relazionalità giuridica, compresa quella canonica, implica per definizione una pluralità di persone — almeno due, nelle

La prevalenza del dovere sul diritto, facendo sì che quest'ultimo appaia come mezzo per l'adempimento del primo, è stata vista quale tratto distintivo dell'esperienza giuridica ecclesiale rispetto a quella secolare. È la posizione di P. BELLINI, *Diritti fondamentali dell'uomo. Diritti fondamentali del cristiano*, in *Ephemerides iuris canonici*, 34 (1978), pp. 211-246. Sotto quel profilo questo articolo è stato citato con grande interesse da E. CORECCO, *Considerazioni sul problema dei diritti fondamentali del cristiano nella Chiesa e nella società*, cit., p. 1225-1226. Per Corecco vi è una differenza strutturale tra i diritti derivanti dal diritto naturale, in cui prevale il diritto, e quelli provenienti dal diritto divino positivo, nei quali è il dovere ad essere prioritario, essendo il corrispondente diritto solo una conseguenza necessaria per il suo adempimento (Cfr. E. CORECCO, *Theological Justifications of the Codification of Latin Canon Law*, in AA.VV., *Le nouveau Code de Droit Canonique*, Actes du V^e Congrès International de Droit Canonique tenu à l'Université Saint-Paul d'Ottawa, 19-25 août 1984, a cura di M. THÉRIAULT - J. THORN, vol. I, Ottawa 1986, pp. 91-93).

Mi pare che questi schemi sono dovuti alla tendenza volta a contrapporre l'ordine giuridico naturale e quello soprannaturale, il che comporta accettare una visione del diritto secolare in cui non si tiene sufficientemente conto dell'indole oggettiva e dunque intrinsecamente limitata dei diritti delle persone; e implica anche non evidenziare abbastanza la distinzione tra doverosità giuridica e doverosità morale all'interno della Chiesa.

⁽³²⁾ La persona può essere considerata anche sotto un altro profilo, in quanto con la sua attività decisionale influisce decisamente sulla dinamica — creazione, configurazione, modifica, estinzione — dei rapporti giuridici.

⁽³³⁾ Si tratta di una tematica in ultima analisi metafisica. Nell'ambito della canonistica G. LO CASTRO l'ha trattata negli ultimi anni con grande profondità e ampiezza: tra i suoi lavori, cfr. *Il soggetto e i suoi diritti nell'ordinamento canonico*, Milano 1985; *L'uomo e la norma*, in *Ius Ecclesiae*, 5 (1993), pp. 159-194.

vesti di titolare del diritto e del correlativo dovere —. Si badi che non si tratta di una qualunque pluralità, bensì di una pluralità che comporta essenzialmente una distinzione tra le persone, poiché una assume la posizione di avente un diritto nella misura in cui l'altra assume quella di debitore, e viceversa.

La relazionalità fondamentale dell'amore, certamente anch'essa appartenente al piano del dovere⁽³⁴⁾, avendo come suo centro il rapporto con lo stesso Dio, si estende anche al rapporto con le altre persone umane. Ma tale relazionalità non è strutturalmente legata alla distribuzione di beni fra i soggetti e alla reciproca dipendenza dei soggetti nella fruizione di quei beni. La relazione di carità s'indirizza al bene altrui nella sua interezza e lo promuove incondizionatamente, secondo una logica strutturale d'indole essenzialmente spirituale, in cui il bene dell'amato è anche bene dell'amante. La logica dell'immanenza reciproca, pur non annullando la distinzione interpersonale, trova la sua fondamentale e paradigmatica realizzazione nel rapporto di amore. Quando si parla di comunione ecclesiale naturalmente si pensa anzitutto alla carità che unisce i cristiani.

Nella misura in cui la giustizia costituisce un'espressione, certamente primordiale, della stessa carità, in essa si dà anche l'immanenza reciproca propria dell'amore. Inoltre, di per sé la giustizia non è fondata sul conflitto o sull'esistenza di interessi contrapposti, ma tende ad unire i soggetti e a rendere pacifica la coesistenza in quanto postula che gli uni rendano possibile o rispettino il godimento dei beni da parte degli altri⁽³⁵⁾. Eppure nella sua specificità la giustizia operante sul piano giuridico si fonda sulla distinzione di posizioni correlative tra le persone nella loro coesistenza. Il rapporto di giustizia è legato ad un bene in quanto esso è di un soggetto e gli è dovuto da un altro; non si istaura in relazione ad un bene comune a loro in quanto comune. Può darsi che lo stesso bene che un soggetto deve ad un altro sia anche oggetto di un dovere di quest'ul-

⁽³⁴⁾ Lo ha sottolineato in campo canonico R. SOBANSKI, *La Chiesa e il suo diritto. Realtà teologica e giuridica del diritto ecclesiale*, Torino 1993, pp. 93-108. Ma egli ritiene che in quel modo vengono a fondersi le esigenze dell'amore e quelle della giustizia nella Chiesa. A me sembra invece che la doverosità di tutte e due è senz'altro morale-salvifica, ma che solamente le esigenze della giustizia in senso giuridico sono operative sul piano dell'esigibilità sociale che caratterizza il diritto.

⁽³⁵⁾ Ho sviluppato quest'idea nel mio lavoro *Sul rapporto tra comunione e diritto nella Chiesa*, in *Fidelium iura*, 4 (1994), pp. 33-53.

timo nei confronti del primo; tuttavia, il rapporto giuridico, in quell'ipotesi massimamente reciproco, continua ad essere essenzialmente collegato alla diversità di situazioni delle persone e alla correlazione strutturale di tali situazioni. L'immanenza reciproca trova qui un limite intrascendibile.

Per progredire in quest'analisi del rapporto tra persona e diritto nella Chiesa ritengo indispensabile ricordare quali siano concretamente i beni giuridici che costituiscono l'oggetto dei rapporti di giustizia intraecclesiali. Mi pare assai illuminante in generale la considerazione dei beni giuridici, dal momento che essi mostrano la « sostanza » reale della giuridicità in qualunque sistema e branca del diritto. Tutte le tecniche strumentali del mondo giuridico acquistano senso e valore quando vengono riportate ai beni giuridici che intendono tutelare e promuovere.

Nel Popolo di Dio esiste una pluralità di beni giuridici in gioco, tra cui si contano anche i beni naturali della persona umana (vita, libertà, intimità, buona fama, ecc.). Anche i beni patrimoniali, con i quali la giuridicità è sovente fin troppo collegata nelle idee comuni e forse nelle stesse costruzioni della scienza giuridica, sono ben presenti nel panorama dei problemi canonici. Ma i beni giuridici naturali, pur essendo molto rilevanti anche nel diritto della Chiesa, ovviamente non rappresentano i beni fondamentali della giuridicità canonica, i quali non possono che essere essenzialmente legati al nucleo del mistero della Chiesa. Per enunciare tale nucleo si possono adottare diverse prospettive: tra di esse gode attualmente di una peraltro ben meritata attenzione preponderante quella della comunione⁽³⁶⁾. Ciò si adegua molto bene alla tradizionale rilevanza che la disciplina canonica attribuisce ai vincoli visibili della comunione: della professione di fede, dei sacramenti e del regime ecclesiastico⁽³⁷⁾, nonché al fatto che il Codice del 1983 assegni i suoi libri centrali al *munus docendi* e al *munus sanctificandi*, aventi come oggetto rispettivamente la parola e i sacramenti⁽³⁸⁾.

(36) Il magistero recente ha recepito tale orientamento: cfr. CONGREGAZIONE PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, Lettera *Communio notio* su alcuni aspetti della Chiesa intesa come comunione, 28 maggio 1992, in AAS, 85 (1993), pp. 838-850.

(37) Cfr. can. 205.

(38) A mio parere, la tante volte notata assenza di un libro sul *munus regendi* non è dovuta ad un difetto di sistematicità, ma risponde semplicemente al fatto che l'operatività giuridica, ossia il processo di determinazione ed attuazione del giusto nella Chiesa,

I beni giuridici fondamentali nella Chiesa, benché possano essere formulati in vari modi, vanno secondo me utilmente rapportati alle tre dimensioni dell'essere della Chiesa che sintetizzano la visibilità della comunione ecclesiale: la parola di Dio, i sacramenti, e il regime ecclesiastico, oggetto dei *tria munera: docendi, sanctificandi e regendi*. Fra i primi due ed il terzo intercorre una differenza essenziale; utilizzando le parole di Joseph Ratzinger: «(...) delle tre componenti 'sacramento-parola-ufficio' la terza non è dello stesso genere delle prime due: le prime due *fondano* l'unità, la terza la *testimonia*. Si potrebbe dire in termini scolastici: le prime due sono *causa*, l'ufficio è *condizione* dell'unità; è il modo in cui le due colonne dell'essere della Chiesa — parola e sacramento — esistono concretamente; l'ufficio non ha quindi la loro stessa dignità, è posto a loro servizio, non a loro dominio»⁽³⁹⁾. Ciò conferma fino a che punto sia lucida l'intuizione di Klaus Mördsdorf sulla centralità della parola e del sacramento nel diritto canonico⁽⁴⁰⁾, indipendentemente dall'impostazione concreta con cui egli la presenta nel suo sistema di pensiero.

Aggiungerei un'altra precisazione sul terzo elemento della comunione: il regime ecclesiastico. Risulta scontato metterlo in relazione con la *potestas regiminis*, e pensare che si tratta pertanto del vincolo consistente nell'unione con la Gerarchia. Questa visione è indubbiamente vera, ma a mio avviso deve essere completata mediante una considerazione del ruolo ecclesiale della libertà propria dei fedeli, che rappresenta il primo fattore di realizzazione effettiva della comunione attorno alla parola e ai sacramenti. Il *munus regendi* è partecipato anche dai fedeli nell'esercizio della loro libertà di figli di Dio nella Chiesa. Ne segue che la libertà cristiana esistente sul piano dell'uguaglianza battesimale rappresenta, insieme all'ordine gerarchico, un bene salvifico comunionale. La *communio regiminis*, anche denominata talvolta *communio disciplinae*, andrebbe intesa in questo modo più aderente all'ecclesiologia del Concilio Vaticano

costituisce essenzialmente una manifestazione di tale *munus*, per cui tutti i libri codiciali — compresi quelli sugli altri *munera* — sono in realtà espressioni del *munus regendi*, anche quando dichiarano e difendono la partecipazione a questo *munus* che spetta ai fedeli in quanto tali, nell'esercizio della loro legittima libertà.

⁽³⁹⁾ J. RATZINGER, *Il nuovo popolo di Dio. Questioni ecclesologiche*, trad. it., 4^a ed., Brescia 1992, p. 130.

⁽⁴⁰⁾ Cfr. K. MÖRSDORF, *Wort und Sakrament als Bauelemente der Kirchenverfassung*, in *Archiv für katholisches Kirchenrecht*, 134 (1965), pp. 72-79.

II: non è solo contrario alla comunione disubbidire la legittima autorità, ma anche lo è calpestare la legittima libertà. Il legame tra la diversità, frutto della libertà cristiana, e la comunione è stato ben evidenziato da Giovanni Paolo II: «L'universalità della Chiesa, da una parte, comporta la più solida unità e, dall'altra, una pluralità e una diversificazione, che non ostacolano l'unità, ma le conferiscono invece il carattere di "comunione"»⁽⁴¹⁾.

La relazionalità giuridico-canonica della persona riguarda questi beni giuridici ecclesiali. Il rapporto giuridico della persona con la Chiesa comprende la sua posizione attiva e passiva rispetto ad ognuno di quei beni. L'obbligo di conservare la comunione, cui si riferisce il can. 209 § 1, risulta in questo senso molto centrale, dovendo però essere integrato dal rispettivo diritto alla comunione, che significa diritto a partecipare ai beni salvifici⁽⁴²⁾. Quest'ultimo diritto si trova enunciato dal can. 213, con specifico riferimento alla parola di Dio e ai sacramenti, e nell'ottica del rapporto con i sacri Pastori. Tale ottica, pur essendo tanto rilevante data la struttura gerarchica inerente ai mezzi della salvezza, non è da ritenersi però prioritaria, poiché il rapporto della persona con i beni salvifici è diretto ed immediato: essi sono veramente suoi come conseguenza della sua relazione con la Chiesa⁽⁴³⁾.

Tuttavia, al momento di prospettare il modo in cui si dà la giuridicità canonica, poiché l'esistenza di una relazione di giustizia presuppone che vi sia un soggetto titolare del dovere correlativo, risulta quasi spontaneo pensare soprattutto al rapporto Gerarchia-fedeli, in cui l'intersoggettività e le altre note tipiche del rapporto di giustizia appaiono facilmente constatabili. Ciò basterebbe per evidenziare l'esistenza di diritti nella Chiesa, e naturalmente non contraddirebbe la centralità della persona, al cui servizio si pone l'azione dei sacri ministri.

Ma i rapporti tra le stesse persone nella Chiesa, indipendentemente dalle loro posizioni gerarchiche, contengono anch'essi una di-

(41) GIOVANNI PAOLO II, *Allocuzione nell'udienza generale*, 27 settembre 1989, n. 2, in *Insegnamenti di Giovanni Paolo II*, XII/2 (1989), p. 679. Il testo è citato dalla Lettera *Communio in notio*, cit., n. 15, p. 847.

(42) Lo evidenzia giustamente G. FELICIANI, *Il popolo di Dio*, Bologna 1991, pp. 22-23.

(43) Lo mette in risalto J. HERVADA, *Diritto costituzionale canonico*, trad. it., Milano 1989, pp. 110-111.

mensione di giustizia. A livello fondamentale, i diritti e i doveri della persona riguardo ai beni salvifici implicano un rapporto con l'intera Chiesa, come titolare dei correlativi doveri e diritti. Il soggetto principale del dovere di consentire e facilitare l'accesso della persona a quei beni che le spettano secondo giustizia non è altro che la stessa Chiesa nella sua interezza; altrettanto si può dire rispetto al diritto di esigere che la persona viva le sue responsabilità comunionali.

Questi rapporti giuridici con tutta la Chiesa implicano anzitutto un rapporto con tutte le altre persone che compongono la Chiesa, in quanto esse hanno situazioni giuridiche correlative. È vero che la Chiesa quale soggetto dei rapporti giuridici concernenti la persona opera attraverso quella sua dimensione di unità visibile che è stata denominata Chiesa istituzionale⁽⁴⁴⁾, la quale a sua volta si esprime attraverso una molteplicità di soggetti giuridici concreti. Tuttavia, a parte il legame che questi soggetti istituzionali hanno con le persone (in quanto tali soggetti sono comunità di persone oppure sono soggetti di autorità posti al servizio delle persone)⁽⁴⁵⁾, la Chiesa come termine del rapporto giuridico-canonico della persona non si identifica con la sua dimensione istituzionale. Il rapporto di ogni persona con i beni comunionali coinvolge primariamente le altre persone legate alla Chiesa, in modo che la struttura giuridica fondamentale della Chiesa costituisce una vera rete di rapporti interpersonali.

In questo senso vorrei richiamare l'attenzione sul fatto che alcuni documenti magisteriali e disciplinari recenti ricorrono alla categoria dei diritti dei fedeli per alludere alla loro situazione giuridica non solo nei confronti dei sacri Pastori, ma riguardo agli altri fedeli⁽⁴⁶⁾. Questo uso magisteriale, ben presente nell'ambito del *mu-*

(44) Cfr. *ibidem*, pp. 157-268.

(45) Per la distinzione tra enti gerarchici comunitari, strutturanti sotto autorità episcopale le porzioni del popolo di Dio — diocesi e circoscrizioni ecclesiastiche in genere — ed enti gerarchici di governo o strutture dell'ordo — Sinodo dei Vescovi, Conferenze Episcopali, ecc. —, cfr. J.I. ARRIETA, *Chiesa particolare e circoscrizioni ecclesiastiche*, in *Ius Ecclesiae*, 6 (1984), pp. 3-10.

(46) Cfr. ad es. GIOVANNI PAOLO II, cost. ap. *Sapientia christiana* sulle università e facoltà ecclesiastiche, 29 aprile 1979, art. 30, in *AAS*, 71 (1979), p. 483, che allude ai diritti dei membri dell'istituzione universitaria e dell'intera comunità ecclesiale in tema di sospensione o privazione della funzione docente; CONGREGAZIONE PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, istr. *Donum veritatis* sulla vocazione ecclesiale del teologo, 24 maggio 1990, n. 37, in *AAS*, 82 (1990), p. 1567, la quale, nel contesto del problema del dissenso, parla sul « diritto del Popolo di Dio a ricevere il messaggio della Chiesa nella sua purezza

nus docendi, testimonia la coscienza giuridica personalista della Chiesa del nostro tempo. Qualora ad es. un fedele si separi dalla dottrina della Chiesa, l'antigiuridicità ecclesiale del suo comportamento deve essere vista in funzione del diritto dei suoi fratelli nella fede, e anche di ogni persona⁽⁴⁷⁾, ad accedere alla parola nella sua autenticità: il dovere di comunione nella fede è correlativo al diritto degli altri a vivere in tale comunione⁽⁴⁸⁾. La Chiesa istituzionale dovrà allora intervenire proprio per tutelare tali diritti e per esigere l'adempimento dei corrispondenti doveri.

I diritti più essenziali della persona nella Chiesa, quelli connessi con la partecipazione ai beni salvifici della comunione, sintetizzano in modo peculiare la dimensione personale e quella comunitario-istituzionale. Sono certamente diritti personalissimi, nel senso che attingono all'aspetto visibile della realizzazione della vocazione personale in Cristo e nella Chiesa. Ogni persona nella sua singolarità e irripetibilità deve poter contare sui mezzi salvifici, con delle modalità proprie, adeguate alla sua situazione e alla sua libertà, ossia consone con la sua personale risposta all'azione dello Spirito Santo. Nello stesso tempo i beni giuridici fondamentali assumono un carattere spiccatamente comune nella Chiesa: si pensi al centro della vita ecclesiale rappresentato dal sacrificio sacramentale dell'Eucaristia, oppure alla parola di Dio, beni massimamente comunionali, ma che vengono anch'essi partecipati da ogni persona. In quest'ottica si evidenzia ancor di più la profonda armonia che vi è tra la tutela e garanzia dei diritti dei fedeli e quella dell'autenticità della parola e del

e nella sua integralità, e quindi a non essere turbato da un'opinione particolare pericolosa»; CONGREGAZIONE PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, istr. *Il Concilio Vaticano II* circa alcuni aspetti dell'uso degli strumenti di comunicazione sociale nella promozione della dottrina della fede, 30 marzo 1992, introduzione, in *Communicationes*, 24 (1992), p. 19, in cui si ribadisce che le norme canoniche in quell'ambito sono una garanzia del diritto dei singoli fedeli « di ricevere il messaggio del Vangelo nella sua purezza e nella sua integralità ».

(47) Riguardo al dovere di rettificazione che sorge dopo la diffusione di dottrine contrarie alla fede, la CONGREGAZIONE PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, in una sua Lettera al Rev. P.E. Schillebeeckx, 13 giugno 1984, faceva presente che: « Les fidèles, et même tout autre lecteur éventuel [del libro nel quale l'autore aveva divulgato opinioni incompatibili con l'insegnamento della Chiesa circa il ministro della celebrazione dell'Eucaristia], ont droit à cette mise au point » (AAS, 77, 1985, p. 997).

(48) Ho cercato di evidenziarlo in *Il «munus docendi Ecclesiae»: diritti e doveri dei fedeli*, Milano 1991, pp. 77-107.

sacramento, tra le esigenze istituzionali o comunitarie e quelle personali nella Chiesa (⁴⁹).

Vi sono certamente tensioni tra questi poli, derivanti dall'imperfezione umana, ma sono fermamente convinto che esse possano essere superate fruttuosamente nella misura in cui esistono basi oggettive di armonizzazione. Nel campo giuridico-canonico si verifica quanto incisivamente segnalava Romano Guardini: «L'uomo a cui si rivolge Cristo, è il singolo nella sua insostituibile unicità; ma inquadrato nella totalità. Si rivolge alla totalità; ma in quanto consistente di singolarità personali (...)» (⁵⁰). La persona deve adeguarsi ad alcune limitazioni giuridiche poste in favore della totalità, cioè della Chiesa, in quanto essa ha le sue proprie esigenze giuridiche unitarie; ma, in una visione che prende sul serio l'ontologica relazionalità ec-

(⁴⁹) Mi pare che risponda a questa logica il recente indirizzo giurisprudenziale della Segnatura Apostolica secondo cui i singoli parrocchiani sono legittimati, in quanto membri della parrocchia, a proporre un ricorso contenzioso-amministrativo per la tutela dei diritti della loro comunità parrocchiale. Ciò è stato dichiarato in due casi di soppressione di parrocchia e di riduzione della chiesa parrocchiale ad uso profano (cfr. sentenze del 20 giugno 1992, prot. n. 22036/90 CA, e del 16 gennaio 1993, prot. n. 21883/90 CA, commentate nei lavori di I. ZUANAZZI, *La legittimazione a ricorrere uti fidelis per la tutela dei diritti comunitari*, in AA.VV., *Diritto 'per valori' e ordinamento costituzionale della Chiesa*, a cura di R. BERTOLINO - S. GHERRO - G. LO CASTRO, Torino 1996, pp. 399-450 e di F. DANEELS, *Soppressione, unione di parrocchie e riduzione ad uso profano della chiesa parrocchiale*, in AA.VV., *La parrocchia*, Città del Vaticano 1997, pp. 85-112). Condivido queste osservazioni di ZUANAZZI sul senso di fondo di queste decisioni: «(...) viene affermata la centralità della persona come protagonista e destinatario della missione salvifica, cosicché non si può non ravvisare un interesse diretto di ciascuno in ordine alle strutture e ai servizi ecclesiali necessari per l'appagamento delle proprie esigenze essenziali. Anche riguardo alle realtà suscettibili di utilizzazione diffusa da parte di un numero illimitato di fedeli, si constata come lo sfruttamento non sia mai indifferenziato, ma assuma una risonanza particolare dell'ambito personale di ciascuno» (*op. cit.*, p. 499). Inoltre, vi è una maggiore consapevolezza delle conseguenze giuridiche inerenti all'essere la parrocchia una comunità di persone (cfr. can. 515 § 1).

In questa prospettiva C. MIRABELLI scrive: «In forza dei presupposti teologici risultano così esaltati, nell'ordinamento canonico, l'aspetto personalistico e quello comunitario. Il primo in ragione dell'originalità della persona, di ogni persona, nel suo rapporto con la divinità, a cui tende in un cammino di salvezza. Il secondo aspetto, quello comunitario, assume peculiare spessore se si considera che questo cammino, che pure direttamente riguarda ciascun individuo, non è fatto individuale ma è realtà che tocca la Chiesa nel suo complessivo essere» (voce *Persona fisica, diritto canonico*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXIII, Milano 1983, p. 231).

(⁵⁰) R. GUARDINI, *Sacra Scrittura e scienza della fede*, trad. it., Casale Monferrato 1996, pp. 72-73.

clesiale del battezzato, quelle esigenze, anche qualora comportino sacrifici e difficoltà, indicano la strada attraverso cui l'uomo può realmente partecipare alla comunione ecclesiale. E in una visione personalista non va mai dimenticato che le esigenze della totalità sono in definitiva in favore di tutti i fedeli che la compongono.

In questa prospettiva emerge con chiarezza la continuità profonda che si riscontra tra ordine giuridico naturale e ordine giuridico ecclesiale: il protagonismo della persona sul piano del diritto naturale, e quindi anche su quello dell'intero diritto secolare, viene confermato in quello specifico ambito giuridico essenzialmente connesso al disegno soprannaturale che è il diritto canonico⁽⁵¹⁾. In quest'ultimo non solo continua ad essere in vigore il primato della persona per quel che riguarda la vigenza del diritto naturale al suo interno, ma anche tale primato trova una più elevata realizzazione nell'ambito dello stesso nucleo soprannaturale del diritto della Chiesa.

In quest'ottica non solo non viene contraddetta la specificità soprannaturale del diritto canonico, ma essa è messa più in risalto. Sarebbe invece assurdo esaltare l'indole ecclesiale e comunionale del diritto canonico sulla base di una minore valorizzazione della persona. Perciò, in Corecco coesistono una specialissima sensibilità per la dimensione soprannaturale e comunionale del diritto della Chiesa con un apprezzamento per il protagonismo del fedele nel nuovo Codice, ritenuto uno dei tratti caratterizzanti e giustificanti la nuova codificazione⁽⁵²⁾. D'altra parte, la tradizionale tesi della sa-

(51) Perciò è stato osservato che: «La funzionalità dell'*Ecclesia Christi*, di tutte le sue strutture giuridiche, di ogni atto in essa giuridicamente rilevante, alla *persona*, così come la rilevanza essenziale dei valori che concretizzano il nucleo essenziale del diritto canonico trovano — all'evidenza della constatazione — analogie e forse anche sovrapposizioni negli ordinamenti giuridici oggi vigenti, degli Stati democratici (...)» (S. GHERRO, *Presentazione delle giornate*, in AA.VV., *Diritto 'per valori' e ordinamento costituzionale della Chiesa*, cit., p. 2). Ovviamente ciò non intende negare le profonde contraddizioni oggi esistenti in tanti ordinamenti secolari, laddove ad es. si giustificano attentati contro il diritto alla vita delle persone proprio nei momenti iniziali e terminali in cui esse hanno più bisogno di tutela da parte della società.

(52) Cfr. E. CORECCO, *I presupposti culturali ed ecclesiologici del nuovo «Codex»*, in AA.VV., *Il nuovo Codice di diritto canonico*, a cura di S. FERRARI, Bologna 1983, pp. 49-50; *Theological justifications of the codification of latin canon law*, cit., pp. 84-91. Anche altri autori hanno insistito su questo protagonismo: cfr. ad es. P.A. BONNET, *Il «cbristifidelis» recuperato protagonista umano nella Chiesa*, in AA.VV., *Vaticano II. Bilancio e prospettive venticinque anni dopo (1962-1987)*, a cura di R. LATOURELLE, ed. it., vol. I, Assisi 1987, pp. 471-492. Acquista in tal modo una rilevanza prioritaria il principio di

lus animarum quale *lex suprema* dell'ordinamento canonico (cfr. can. 1752) mostra quanto personalistica sia stata sempre la percezione del significato teleologico ultimo dei rapporti giuridici nella Chiesa. La finalità salvifica non è un referente estrinseco del diritto canonico, e nemmeno una sorta di ricorso eccezionale ed estremo per correggere la giuridicità, operante soltanto laddove gli istituti giuridici umani mostrino le proprie imperfezioni⁽⁵³⁾. La ricerca fondamentale della salvezza nell'ambito giuridico-canonico avviene mediante l'attività giusta intraecclesiale, ossia qualora si dia a ciascuna persona quella sua partecipazione al mistero salvifico che le appartiene secondo giustizia. Tutti i mezzi che tutelano questa giustizia entro la Chiesa possiedono dunque un'intrinseca ordinazione alla *salus animarum*. Il diritto canonico può descriversi come la dimensione giuridica del disegno ecclesiale della salvezza.

L'indole essenzialmente salvifica dei beni giuridici che conformano il nucleo della giuridicità ecclesiale mostra come in questa visione non sia da temere alcun antropocentrismo riduttivo: ciò che è in causa in definitiva è il rapporto di ogni persona con i mezzi della salvezza, e pertanto la sua comunione con Dio in Cristo e nella Chiesa. Certamente la prospettiva giuridica coglie questa realtà sotto un profilo concreto: cioè in quanto il rapporto con i beni salvifici è mediato dagli altri nella Chiesa secondo giustizia. Ma tale profilo risulta poi inseparabile dall'intero mistero della Chiesa, ragion per cui questa impostazione consente di riprendere con rinnovato vigore le più valide intuizioni postconciliari circa il rapporto del diritto canonico con i misteri della fede cristiana, in particolare con quelli del Verbo incarnato e della Chiesa (come Popolo di Dio, Corpo di Cristo⁽⁵⁴⁾, comunione, sacramento, missione, ecc.).

uguaglianza fra tutti i fedeli (che ovviamente non contraddice minimamente la diversità né il principio gerarchico). Su tale uguaglianza, cfr. F. RETAMAL, *La igualdad fundamental de los fieles en la Iglesia según la Constitución dogmática «Lumen gentium»*, Santiago de Chile 1980.

⁽⁵³⁾ È lo stesso equivoco che fu segnalato da GIOVANNI PAOLO II in relazione alla pastoralità del diritto canonico (invero pastoralità e *salus animarum* alludono alla stessa realtà): cfr. Discorso alla Rota Romana, 18 gennaio 1990, n. 3, in AAS, 82 (1990), p. 873.

⁽⁵⁴⁾ A mo' di esempio si leggano queste parole di J. RATZINGER: «“Corpo di Cristo” [in San Paolo] non dice una realtà profonda mistico-invisibile dell'esistenza cristiana, ma è la realtà visibile e constatabile nella celebrazione dell'eucaristia, che parte poi certo di qui verso profondità più grandi. Ma l'essere-corpo-di-Cristo della chiesa ha qui un punto di partenza realmente constatabile, quasi giuridicamente configurabile,

4. *La dissoluzione di alcune false antinomie: persona e istituzione, bene personale e bene comune, privato e pubblico, persona e autorità gerarchica.*

Per concludere queste riflessioni sul posto della persona nel diritto della Chiesa, vorrei esaminare alcuni binomi nei quali si rispecchia la problematica del rapporto tra persona e diritto nella Chiesa. In essi si esprime non di rado una latente antinomia, il cui superamento può essere agevolato dalle considerazioni svolte in precedenza⁽⁵⁵⁾.

Per definizione ciò che nel mondo giuridico è di natura istituzionale trascende le singole persone. L'istituzione coglie gli aspetti transpersonali della realtà giuridica. Di tale importanza risulta questo aspetto del diritto che, com'è ben noto, vi sono diverse correnti che hanno presentato il diritto come qualcosa di essenzialmente istituzionale. La comunione ecclesiale può essere anche pensata d'accordo con questa categoria, come *institutum salutis*, e la sua dimensione di diritto può essere vista come istituzione giuridica. L'idea di deposito, connessa anzitutto con la dottrina della fede, ma che può essere estesa a tutti i mezzi salvifici, rende bene questa trascendenza dei beni comunionali rispetto a tutte le persone che vi partecipano. Attraverso il tempo e lo spazio, parola, sacramento, Gerarchia e libertà perdurano come beni fondazionali della Chiesa, pur manifestandosi in modo sempre rinnovato a seconda delle circostanze. Nessuno può arrogarsi alcun diritto per mutarli nella loro essenzialità di diritto divino. Essi rappresentano proprio ciò che, essendo ricevuto

in cui esso si concretizza in modo determinante» (*Il nuovo popolo di Dio*, cit., p. 92). E poco più avanti aggiunge: « Qui [nel concetto di corpo di Cristo] non esiste più in effetti divisione tra amore e diritto, tra chiesa visibile e invisibile, ma si raggiunge il vero centro della chiesa, in cui i suoi due aspetti, di fatto spesso divergenti, convergono nell'unità» (p. 95). In questa maniera per l'autore si supera sia una concezione di corpo giuridico-corporazionistica, che una concezione romantica mistico-organologica, tornando al concetto biblico-patristico che è ecclesiologico-sacramentale. In questo modo si recupera l'aspetto giuridico della Chiesa (benché probabilmente un concetto insufficiente del giuridico, legato eccessivamente a quello di società o di norma, continui a determinare l'impiego del «quasi» a proposito della configurazione giuridica dell'eucaristia). Dal punto di vista della giustizia, si illumina realisticamente la dimensione giuridica del mistero eucaristico, e nel contempo la si situa correttamente, evitando qualunque giuridismo.

⁽⁵⁵⁾ Sull'antinomia tra la libertà e altri valori come la legge e l'autorità, cfr. PAOLO VI, *Discorso alla Rota Romana*, 29 gennaio 1970, in AAS, 62 (1970), pp. 111-118.

da Cristo stesso, fonda l'oggettività della comunione e dei rapporti giuridico-canonici fondamentali.

Il rapporto della persona con questa istituzionalità può sembrare dialettico qualora non si accetti che i beni giuridici della comunione, compresa la loro dimensione istituzionale, costituiscono un dono salvifico oggettivo per la persona, che l'arricchisce e la potenzia massimamente proprio come persona. Tale dono va vissuto personalmente e nel viverlo la diversità e libertà di ogni persona è coinvolta e si manifesta, ma quel dono possiede sempre una essenza di origine divina, perenne ed irreformabile, e una sua configurazione unitaria propria di ogni situazione storica, che rappresentano la via attraverso cui si opera visibilmente la salvezza cristiana. Di conseguenza, nell'ottica della fede cristiana vi è da parte di ogni persona un interesse primordiale alla conservazione ed applicazione pienamente ecclesiale dei mezzi salvifici: è in gioco la propria salvezza, e naturalmente quella degli altri. I beni comunionali nella loro oggettività ed autenticità, e pertanto nella loro dimensione istituzionale, sono rivolti ad ogni persona umana, e pertanto sono intrinsecamente adeguati alle sue profonde attese e bisogni, il che ovviamente non toglie la necessità di un continuo adattamento storico-culturale.

D'altra parte, non si può dimenticare che l'istituzione si incarna volta per volta nelle persone, in modo che nella concretezza della vita essa diventa sempre una realtà intrinsecamente attinente alle persone. Certamente è una realtà che trascende la singola persona, ma anche nella sua stessa trascendenza l'istituzione rappresenta un bene personale.

Uno dei settori in cui si è avvertita di più in questi anni l'esigenza di un'impostazione personalistica è stato quello del diritto matrimoniale canonico. Ancora è in corso un complesso approfondimento circa la traduzione giuridica della dottrina magisteriale sul matrimonio, a cominciare da quella della costituzione pastorale *Gaudium et spes* (nn. 47-52). Il rapporto tra gli stessi coniugi è stato compreso meglio come vero rapporto interpersonale, finalizzato al bene dei coniugi (cfr. can. 1055 § 1), e nell'alleanza matrimoniale le persone dei nubendi appaiono non solo come soggetti ma anche come l'oggetto del consenso, naturalmente soltanto nell'ambito della loro coniugalità (cfr. can. 1057 § 2). Tuttavia, non di rado il personalismo matrimoniale ha privilegiato una visione del matrimonio concepito quale realizzazione soggettiva del benessere dei due coniugi, e perciò ha preso un atteggiamento d'insofferenza rispetto a certe esigenze

che sembrano imporsi istituzionalmente alle persone, limitando la loro libertà di autorealizzazione. Una visione compiutamente personalista del matrimonio e della famiglia deve perciò fondarsi su una concezione adeguata della persona umana, in cui la verità sulla sua natura sia rivalutata come condizione necessaria per una sua veramente libera realizzazione personale⁽⁵⁶⁾. Sono da apprezzare inoltre gli sforzi tendenti a mostrare la portata personalistica inerente alle dimensioni della realtà matrimoniale-familiare che spesso si presentano come d'indole meramente istituzionale, dando a questa espressione un senso estrinseco, di normatività puramente positiva, che non corrisponde all'essere personalistico dell'autentica istituzionalità giuridica. Penso all'indissolubilità matrimoniale⁽⁵⁷⁾ oppure alla dimensione procreativo-educativa dell'unione coniugale, senza dimenticare che lo stesso rapporto interpersonale tra i coniugi è per converso dotato di una trascendenza istituzionale⁽⁵⁸⁾, poiché il rapporto uomo-donna nel matrimonio è dotato di un intrinseco *dover essere*, non modificabile dai contraenti, e che rappresenta un bene di peculiare importanza per quella famiglia, per tutte le altre famiglie, e per tutte le persone che compongono la società.

Anche in materia matrimoniale è stato oggetto di speciale attenzione un altro aspetto istituzionale: la necessità e le esigenze di un accertamento pubblico della nullità di un determinato matrimonio da parte dell'autorità ecclesiastica come requisito per passare ad una nuova unione. Certe norme tradizionali in questo accertamento, come ad es. la presunzione di validità del matrimonio in caso di dubbio (cfr. can. 1060) oppure la stessa necessità di seguire la via giudizi-

⁽⁵⁶⁾ C. CAFFARRA, trattando proprio sul personalismo che è alla base della dottrina sul matrimonio, ha distinto il personalismo cristiano da quel «personalismo» che si lascia condizionare dal soggettivismo moderno. Quest'ultimo, secondo lui, è incapace di integrare la corporeità nella persona umana, di istituire una vera reciprocità, di possedere un criterio su ciò che in tale reciprocità è bene o male, e di aprirsi all'Assoluto (cfr. *Matrimonio e visione dell'uomo*, in *Quaderni Studio Rotale*, 2, 1987, pp. 29-40).

⁽⁵⁷⁾ È stato giustamente osservato che: «L'indissolubilità del vincolo coniugale può trovare una spiegazione intrinseca ed essenziale — e non soltanto una giustificazione estrinseca o sulla base di soli argomenti di convenienza — se si prende sul serio il fatto che sono le persone stesse dei contraenti l'oggetto del consenso matrimoniale» (J. CARRERAS, *Il «bonum coniugum» oggetto del consenso matrimoniale*, in *Ius Ecclesiae*, 6, 1994, p. 150).

⁽⁵⁸⁾ Cfr. C. BURKE, *El matrimonio, ¿comprensión personalista o institucional?*, in *Scripta theologica*, 24 (1992), pp. 569-594.

ziaria con le sue esigenze probatorie, potrebbero sembrare opposte al bene delle persone, in quanto c'è la possibilità che una persona venga ingiustamente privata della sua libertà di passare a nuove nozze quando l'invalidità delle prime non risulti accertabile conformemente alle menzionate norme. Indipendentemente dal grado di verificabilità attuale di tale ipotesi estrema⁽⁵⁹⁾, il fatto che le persone debbano sottomettersi a quelle esigenze proviene dalla natura del vincolo coniugale, e pertanto esse rappresentano un bene per le stesse persone interessate⁽⁶⁰⁾. Nel caso limite ci sarebbe una privazione dello *ius connubii* per ragioni derivanti dai limiti operativi della giustizia umana. Tale privazione giudicata in astratto potrebbe essere ritenuta ingiusta, ma considerata in concreto è giustificata dall'indole insormontabile di quei limiti (tenuto conto anche dell'indole non assoluta dello *ius connubii*, il cui esercizio può essere giustamente impedito da diversi fattori, senza che ciò attenti contro la salvezza della rispettiva persona). Prescindere da tali limiti vorrebbe dire lasciare la dichiarazione di nullità in balia dell'arbitrarietà, la quale certamente produrrebbe molte ingiuste pseudonullità matrimoniali. Ciò risulterebbe chiaramente non solo antiistituzionale, ma anche e soprattutto antipersonalistico.

Anche nei casi in cui vi fosse una vera ingiustizia, non derivante dai limiti intrinseci dell'amministrazione umana di giustizia bensì da

⁽⁵⁹⁾ Per una panoramica completa e aggiornata, cfr. J. LLOBELL, *Foro interno e giurisdizione matrimoniale canonica*, relazione nell'inaugurazione dell'anno giudiziario 1996 del Tribunale ecclesiastico regionale piemontese, in *Rivista Diocesana Torinese*, 73 (1996), pp. 231-252.

⁽⁶⁰⁾ « Attenersi al giudizio della Chiesa e osservare la vigente disciplina circa l'obbligatorietà della forma canonica in quanto necessaria per la validità dei matrimoni dei cattolici, è ciò che veramente giova al bene spirituale dei fedeli interessati. Infatti, la Chiesa è il Corpo di Cristo e vivere nella comunione ecclesiale è vivere nel Corpo di Cristo e nutrirsi del Corpo di Cristo. Ricevendo il sacramento dell'Eucaristia, la comunione con Cristo Capo non può mai essere separata dalla comunione con i suoi membri, cioè con la sua Chiesa. Per questo il sacramento della nostra unione con Cristo è anche il sacramento dell'unità della Chiesa. Ricevere la Comunione eucaristica in contrasto con le norme della comunione ecclesiale è quindi una cosa in sé contraddittoria. La comunione sacramentale con Cristo include e presuppone l'osservanza, anche se talvolta difficile, dell'ordinamento della comunione ecclesiale, e non può essere retta e fruttifera se il fedele, volendo accostarsi direttamente a Cristo, non rispetta questo ordinamento » (CONGREGAZIONE PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, Lettera ai Vescovi circa la ricezione della comunione eucaristica da parte di fedeli divorziati risposati, 14 settembre 1994, n. 9, in AAS 86, 1994, p. 978).

un suo difetto, si dovranno adoperare tutti i mezzi previsti dall'ordinamento per cercare di superarla, ma non risulta ammissibile farsi giustizia da sé, prescindendo dai canali istituzionali. La natura sociale e pubblica — ecclesiale tra battezzati — del vincolo matrimoniale ⁽⁶¹⁾ esclude il valore di una decisione meramente privata sulla validità o nullità del vincolo. Peraltro l'ammettere l'autotutela in questa materia creerebbe lo spazio per ingiustizie molto maggiori di quelle che si vogliono risolvere.

Queste considerazioni ci introducono nella tematica sul binomio bene personale-bene comune, nella cui comprensione si può insinuare anche un'indebita contrapposizione tra individuo e comunità. Mi pare che l'analisi svolta prima circa l'armonia tra la persona e il diritto ecclesiale nell'ottica dei beni giuridici comunionali confermi pienamente la radicata convinzione secondo cui l'autentico bene comune sia di per sé personale e viceversa ⁽⁶²⁾. Il problema operativo nell'ambito canonico è però un altro: è possibile applicare nell'ordine giuridico della Chiesa un concetto di bene comune come quello che il magistero ecclesiastico prospetta per la società civile, ossia come «l'insieme di quelle condizioni della vita sociale che permettono ai gruppi, come ai singoli membri, di raggiungere la propria perfezione più pienamente e più speditamente» ⁽⁶³⁾? In tale visione è implicita una certa limitazione dell'ambito di libertà di ognuno, mediante le norme giuridiche, proprio allo scopo di potenziare di più il bene di tutti e di ciascuno.

Questa logica, tipica della classicamente denominata giustizia legale, non solo è ben presente di fatto nell'ordinamento canonico, in cui la legge e la consuetudine esprimono le esigenze unitarie proprie della *communio disciplinae*, ma risulta perfettamente congruente con le esigenze comunitarie proprie dell'ordine giuridico ecclesiale. Si possono riproporre le riflessioni fatte poc'anzi sul limite dello *ius connubii*. Per aggiungere un altro esempio si pensi all'esigenza della licenza o approvazione per alcune pubblicazioni (cfr. cann. 822-832).

⁽⁶¹⁾ Cfr. *ibidem*, nn. 7-8, p. 977.

⁽⁶²⁾ R. BERTOLINO osserva giustamente che: «(...) nell'ordinamento ecclesiale mai potrà darsi contrasto tra bene comune e quello individuale, perché — come è intuitivo — la salvezza delle anime e di tutti comprende e ingloba sempre quella del singolo fedele» (*Il nuovo diritto ecclesiale tra coscienza dell'uomo e istituzione*, Torino 1989, p. 156).

⁽⁶³⁾ CONCILIO VATICANO II, cost. past. *Gaudium et spes*, n. 26a.

Con questa norma, frutto di una decisione prudentiale dell'autorità che deve curare il bene comune, s'intende soprattutto tutelare i diritti degli altri, dei destinatari delle pubblicazioni, cioè si tiene conto della dimensione giuridica del vincolo comunionale che unisce i fedeli tra di loro. Naturalmente la limitazione poggia anche realisticamente sulla constatazione dei pericoli che possono minacciare l'osservanza della comunione negli scritti.

Occorre però percepire questo limite al proprio diritto come aspetto necessario della reale partecipazione alla comunione ecclesiale, assumendolo non come imposizione estrinseca e arbitraria, bensì come espressione del modo in cui, nel *hic et nunc* di ogni situazione, viene offerta alla persona quella realizzazione della comunione visibile che è sacramentalmente legata alla sua comunione invisibile. In quest'ottica anche l'accoglienza responsabile del limite (che naturalmente non può essere ingiusto) diventa vero bene personale, in quanto in positivo esso implica contribuire a rendere possibile una migliore partecipazione di tutti ai beni della comunione ecclesiale.

L'autentico personalismo canonico non ha niente in comune con l'individualismo. Esso include la percezione della necessità di un ordine legale in cui si sostanzia la dimensione giuridica del bene comune ecclesiale. Con parole del già citato Guardini, va ricordato che: « (...) in quanto totalità cristiana, in quanto istanza oggettiva, la Chiesa ha per natura sua il primato sul singolo. Non un primato di valore, bensì di rappresentanza, di autorità, di funzione, di guida e di governo. "Chi non ascolta la Chiesa, sia per voi come un pagano e un pubblico peccatore". "Chi ascolta voi, ascolta me" »⁽⁶⁴⁾.

Queste affermazioni ci portano alla terza antitesi da sciogliere: quella che vede in opposizione i diritti della persona con la costituzione gerarchica della Chiesa. Su un piano fenomenico sembrano due dimensioni in concorrenza⁽⁶⁵⁾. Si tratta di una fenomenologia che coglie la questione solo in chiave di potere e libertà d'azione: ovviamente un maggior intervento dell'autorità restringe i margini di movimento delle persone.

⁽⁶⁴⁾ R. GUARDINI, *Sacra Scrittura e scienza della fede*, cit., p. 74.

⁽⁶⁵⁾ R. TORFS osserva in questo senso: « I am afraid that we cannot get around the principle of economic scarcity here. More rights for the faithful means less power for the hierarchy, even if there is the fullest possible harmony between the two » (*A healthy rivalry. Human rights in the Church*, Leuven 1995, p. 37).

Ma nella prospettiva della giustizia e della comunione, che come ho cercato di mostrare in queste pagine sono perfettamente compenetrata nella Chiesa, bisogna porre il problema in altri termini, domandandosi sulla giustificazione comunione delle attribuzioni della Gerarchia e dell'ambito di libera autonomia delle persone. In tale prospettiva le due dimensioni risultano di per sé completamente armoniche e per nulla antitetiche (a prescindere dalle innegabili difficoltà di realizzazione pratica di tale armonia, legate alla componente umana della realtà ecclesiale). Anzitutto, l'autorità gerarchica costituisce essenzialmente un servizio al popolo di Dio e pertanto a tutti i fedeli, e l'esercizio della potestà rappresenta una forma necessaria di tale servizio⁽⁶⁶⁾. Con riferimento alla costituzione gerarchica nella sua globalità, compresi i tre *munera*, vi è un vero diritto delle persone a che essa venga rispettata ed attuata con fedeltà al disegno fondazionale della Chiesa. Da ciò dipende l'unità visibile della comunione, il cui fondamento è Cristo stesso, con il quale precisamente come Capo del corpo ecclesiale si collega essenzialmente il potere-servizio gerarchico. Negare od oscurare la distinzione gerarchica nella Chiesa non solo non può rispondere ad alcun vero diritto delle persone, ma sotto l'apparenza di rivendicazione di diritti personali, attenta contro il patrimonio giuridico essenziale di ogni persona nella Chiesa.

Nella misura in cui la Gerarchia costituisce la garanzia esterna dell'autenticità dell'esperienza cristiana, non c'è dubbio che ad essa devono aderire fedelmente tutti i fedeli. La loro libertà trova in tale adesione la garanzia di adeguamento alle esigenze della verità salvifica. Tuttavia, sotto un altro profilo il bene giuridico della costituzione gerarchica è subordinato a quello della libertà dei fedeli, giacché la Gerarchia è chiamata per sua natura a favorire l'esercizio della libertà nella Chiesa. La libertà dei figli di Dio, inseparabile dalla vera realizzazione della comunione, costituisce un principio primario dell'ordine giuridico-canonico⁽⁶⁷⁾, a tal punto che le restrizioni imposte

(66) V. GÓMEZ-IGLESIAS segnala che non si devono contrapporre l'autorità come servizio e l'autorità come potestà (*Acerca de la autoridad como servicio en la Iglesia*, in Pontificium Consilium de Legum Textibus interpretandis, *Ius in vita et in missione Ecclesiae*, Acta Symposii internationalis Iuris Canonici occurrente X anniversario promulgationis Codicis Iuris Canonici diebus 19-24 aprilis 1993 in Civitate Vaticana celebrati, Città del Vaticano 1994, pp. 213-217).

(67) Cfr. J. HERVADA, *La ley del Pueblo de Dios como ley para la libertad*, in ID.,

dall'autorità all'agire dei fedeli devono tendere sempre a rendere più effettivo l'esercizio realmente possibile della libertà di tutti in ogni momento storico. Si limita la libertà intesa come possibilità di agire autonomamente, allo scopo di potenziare nell'insieme della Chiesa la libertà intesa quale capacità personale di partecipare fruttuosamente al mistero cristiano. Anche il soggetto la cui autonomia viene diminuita, oltre a dover accogliere le restrizioni in spirito di comunione, è beneficiato da esse in quanto mirano a facilitare un clima comunio-nale nella compagine ecclesiale. In effetti, il bene delle persone esige che vi sia un governo ecclesiastico, a tal punto che la sua assenza attenta contro i diritti delle persone.

D'altra parte, va ribadito che nessuna limitazione dei diritti delle persone può comportare una lesione della sostanza di quei diritti che si fondano sullo stesso diritto divino, come sono quelli immediatamente derivanti dal battesimo. Inoltre, l'autorità ecclesiastica deve rispettare quei diritti positivi delle persone previsti nelle norme vigenti. Lasciando intatta l'autorità capitale del Vescovo nel suo ambito e quella dell'autorità suprema nella Chiesa universale, e sfruttando le possibilità che offrono la struttura particolare-universale del popolo di Dio e le tecniche amministrative di decentramento delle funzioni, l'osservanza della giustizia nell'attività gerarchica può essere oggetto di meccanismi di protezione amministrativa e giudiziaria che consentano alle persone di difendere i loro diritti. Siffatta difesa risulta più facilmente comprensibile nella Chiesa qualora

Vetera et Nova. Cuestiones de Derecho Canónico y Afines, vol. II, Pamplona 1991, pp. 1077-1101. Occorre superare ogni residuo di paura di fronte al valore della libertà. La situazione descritta dal Beato Josemaría Escrivá, che amava profondamente la libertà, in un'omelia del 1956 riflette gli equivoci permanenti che minacciano la retta comprensione della libertà: «Quando nella mia attività sacerdotale, ormai lunga, non solo predico, ma addirittura grido il mio amore alla libertà personale, noto in qualcuno un gesto di diffidenza, come se si possa sospettare che la difesa della libertà comporti un pericolo per la fede. Non si inquietino, i pusillanimi. Porta attentati alla fede soltanto un'errata interpretazione della libertà, una libertà senza scopo, senza norma oggettiva, senza legge, senza responsabilità. In una parola: il libertinaggio. Purtroppo, è di questo che molti si fanno propugnatori; e questa rivendicazione effettivamente è un attentato alla fede» (J. ESCRIVÁ, *La libertà, dono di Dio*, in ID., *Amici di Dio*, trad. it., 5ª ed., Milano 1982, n. 32). Sulla libertà nel messaggio del Beato Escrivá, cfr. C. FABRO, *El primado existencial de la libertad*, in AA.VV., *Mons. Josemaría Escrivá de Balaguer y el Opus Dei*, a cura di P. RODRÍGUEZ - P.G. ALVES DE SOUSA - J.M. ZUMAQUERO, 2ª ed., Pamplona 1985, pp. 341-356.

si tenga presente che il bene in gioco trascende di per sé il piano degli interessi soggettivi, per situarsi su quello delle esigenze oggettive della comunione che si danno nel caso singolo. D'altro canto, penso che è da augurarsi un'atmosfera ecclesiale sempre più serena che renda più evidente che questi mezzi giuridici lungi dall'essere strumenti di contestazione, come talvolta continuano ad essere visti, rappresentano vie mediante le quali si rafforza la legittima autorità, che non si afferma nell'incontrastato prevalere dei suoi provvedimenti, a prescindere dal loro contenuto, bensì nell'esercizio prima di tutto giusto di quelle attribuzioni che oggettivamente le appartengono. Non c'è peggiore minaccia contro l'obbedienza che l'ingiustizia⁽⁶⁸⁾. Riprendendo un'idea molto cara a Lombardía⁽⁶⁹⁾, tale esercizio deve tendere alla «personalizzazione», in quanto non si tratta di diritti di natura personale né vi è alcuna superiorità personale nei riguardi degli altri fedeli. E non va dimenticato che il soggetto responsabile ultimo di tali atti è sempre la Chiesa istituzionale nel suo insieme, la quale ha come punto di riferimento definitivo l'autorità suprema.

Quale ultima antinomia da esaminare vorrei accennare alla *vetata quaestio* della distinzione tra pubblico e privato nel diritto canonico. Com'è ben noto, Corecco si associa a quegli autori che non accettano questo binomio: «Distinzione la cui precarietà se è da più parti avvertita nell'esperienza giuridica statale, è addirittura inconcepibile nel sistema canonico, perché inesistente dal profilo ecclesio-logico»⁽⁷⁰⁾. Lombardía invece non solo utilizza la distinzione ma ha

⁽⁶⁸⁾ In questo senso è stato giustamente osservato che «Christianismus enim iuribus humanis confert valorem omnino proprium (...) simulque exercitio potestatis praebet auctoritatem moralem, sine qua ipsa potestas debilitatur. Hoc in sensu, et agendo magis in concreto de Ecclesiae vita — ubi potestatis dignitas maxima est, utpote quae nomine Christi Capitis exercetur, sed ubi eadem de causa maxima est etiam necessitas auctoritatis moralis apud eos qui potestatem detinent —, videtur nobis optima apologia ecclesiasticae Auctoritatis residere praecise in tutando pro Sacris Pastoribus maximo possibili gradu legalitatis ac iustitiae in exercitio ministerii eorum» (J. HERRANZ, *De principio legalitatis in exercitio potestatis ecclesiasticae*, in PONTIFICIA COMMISSIO CODICI IURIS CANONICI RECOGNOSCENTO, *Acta Conventus Internationalis Canonistarum* (Romae diebus 20-25 mai 1968 celebrati), Romae 1970, p. 238).

⁽⁶⁹⁾ Cfr. ad es. P. LOMBARDÍA, *Persona y ordenamiento en el Derecho constitucional de la Iglesia*, in AA.VV., *Persona e ordinamento nella Chiesa* (Atti del II Congresso internazionale di diritto canonico, Milano, 10-16-settembre 1973), Milano 1975, pp. 157-158.

⁽⁷⁰⁾ E. CORECCO, *Istituzione e carisma in riferimento alle strutture associative*, in AA.VV., *L'elemento associativo nella Chiesa* (Atti del VI Congresso Internazionale di

proposto che sia elaborata una branca della scienza canonica dedicata agli aspetti privatistici: quella che lui chiama « diritto della persona »⁽⁷¹⁾.

Prima di approfondire il perché di questo radicale contrasto, può giovare l'esposizione di Pietro Agostino d'Avack circa il diritto pubblico e il diritto privato nell'ordinamento della Chiesa⁽⁷²⁾. In dialogo con Fedele, il nostro autore mantiene la validità della distinzione nel diritto canonico. Vi è certamente una compresenza del pubblico e del privato in ogni settore del diritto, ma esso viene considerato pubblico o privato a seconda dell'aspetto che sia direttamente preso di mira e tutelato. In questa linea, ed è forse la sua più peculiare e caratteristica tesi in materia, le norme canoniche di regola cercherebbero il *bonum privatum* del singolo proprio in quanto tutelano la sua *salus animarum*. Altrimenti ci sarebbe un inadeguato capovolgimento del rapporto tra Chiesa e individuo: la Chiesa costituisce il mezzo, sia pure necessario e insostituibile, per il conseguimento del fine ultimo individuale e personale; l'individuo non può essere visto come un semplice mezzo per il raggiungimento dei fini collettivi della Chiesa.

Anche sotto il profilo della legislazione positiva canonica, d'Avack costata l'esistenza della distinzione già nelle fonti del diritto classico, e riassume così i risultati della sua indagine: « In ultima analisi pertanto è praticamente in due distinte e diverse accezioni che tale dicotomia finisce per risultare assunta e utilizzata, a seconda dei casi, nell'ordinamento canonico. L'una tutta propria e originale, impostata sulla peculiare contrapposizione fra il mondo interiore dello spirito e il mondo esterno sociale, fra la *caritas* e la *lex*, e retta dalla fondamentale regola privatistica "dignior est lex privata quam publica". L'altra, mutuata invece dalle fonti romane e comunque dalla sistematica civilista, basata sulla classica distinzione tra l'utilità collettiva e l'utilità individuale e dominata dall'opposta regola pubblicistica "jus publicum privatorum pactis mutari

Diritto Canonico, München 14-19 settembre 1987), a cura di W. AYMANS - K. Th. GERINGER - H. SCHMITZ, St. Ottilien 1989, p. 96.

(71) Cfr. P. LOMBARDÍA, *La persona en el ordenamiento canónico (Posibilidades de un Derecho Canónico de la persona)*, in ID., *Escritos de Derecho Canónico*, vol. III, Pamplona 1974, pp. 59-78.

(72) Cfr. P.A. D'AVACK, *Trattato di diritto canonico. Introduzione sistematica generale*, Milano 1980, pp. 159-180.

non potest»⁽⁷³⁾. Quale esempio della prevalenza degli interessi personali su quelli collettivi in campo spirituale, egli prende un testo di Urbano II inserito nel Decreto: «Lex vero privata est, quae instinctu Sancti Spiritus in corde scribitur»⁽⁷⁴⁾, il quale riguarda il caso dei chierici secolari che prendono l'abito monastico spinti dalla loro vocazione ma contro la volontà del proprio Vescovo.

L'analisi di d'Avack possiede a mio parere due pregi: evidenzia il posto preminente che spetta alla persona e alla sua libertà nell'economia salvifica e anche nell'ordinamento canonico; e relativizza l'uso delle qualifiche di pubblico e privato, mostrando con la tradizione canonica come si possa perfino prospettare una prevalenza del privato sul pubblico qualora la libertà del singolo per motivi spirituali debba essere al di sopra delle esigenze della norma positiva generale.

Tale posizione mi conferma nel convincimento secondo cui quando si avversa l'uso della distinzione ciò che in fondo si vuole evitare è l'instaurare una sorta di gerarchia assiologica (in un senso o nell'altro) tra persona e comunità ecclesiale. L'intento di stabilire tale graduatoria è pieno di insidie, dal momento che sul piano della consistenza ontologica e anche soteriologica il primato va alla persona — la quale però si salva sempre *in Ecclesia*, essendo la Chiesa una realtà anche escatologica —, mentre sul piano funzionale caratteristico della istituzione ecclesiale il primato tocca alla comunità. Non tener conto dell'armonia tra questi due approcci spiega diversi equivoci: quando si difende la prevalenza del pubblico ciò sembra essere a scapito della persona; e quando si difende la persona si teme per il rispetto dei valori istituzionali, come se si volesse promuovere un individualismo soggettivistico. Non è dunque in questo senso che va impostato il binomio privato-pubblico: altrimenti si cadrebbe in una dannosa dialettica individuo-comunità⁽⁷⁵⁾. Sotto questo profilo assiologico si può e si deve sostenere che nella Chiesa non è legittima una tale distinzione tra pubblico e privato (e neppure mi pare che lo sia nella società civile).

Ma Lombardía non imposta la questione in questi termini. Egli la intende piuttosto come distinzione tra l'attività da attribuire all'or-

⁽⁷³⁾ *Ibidem*, p. 179.

⁽⁷⁴⁾ C. XIX, q. 2, c. 2.

⁽⁷⁵⁾ Sull'armonia tra pubblico e privato, cfr. le approfondite e documentate riflessioni di G. LO CASTRO, 'Pubblico' e 'privato' nel diritto canonico, in AA.VV., *Diritto 'per valori' e ordinamento costituzionale della Chiesa*, cit., pp. 119-149.

ganizzazione ecclesiastica e quella che realizzano i fedeli sotto la propria responsabilità, senza implicare tale organizzazione. Le precisazioni che egli apporta alla distinzione sono assai significative: «L'organizzazione ecclesiastica non ha senso se concepita come struttura monolitica e assorbente, opposta, pertanto, alla libertà e alla dignità dei fedeli. Neppure ha senso nella Chiesa un'autonomia privata concepita non solidaristicamente, che rappresentasse pertanto un attentato alla sua dimensione comunitaria. (...) Il fondo del problema sta nel determinare quale parte svolgono l'organizzazione ecclesiastica e l'autonomia privata dei fedeli per il conseguimento dell'unico fine della Chiesa»⁽⁷⁶⁾. Come ha messo in risalto Hervada ciò che interessa è il fondo di questa distinzione, non la terminologia adoperata, che potrebbe cambiare senza intaccare la sostanza⁽⁷⁷⁾.

Il protagonismo della persona che ho cercato di delineare si estende anche all'ambito pubblico. Con ciò non pretendo di intaccare il principio gerarchico, cercando di stravolgere il senso della partecipazione dei fedeli non ordinati nelle decisioni attinenti alla configurazione istituzionale della Chiesa, partecipazione che peraltro è sostanzialmente assai rilevante, anche quando si limita al piano consultivo. Intendo piuttosto rilevare come la persona, con la sua partecipazione propria ai beni comunionali, appaia sempre al centro dell'intera attività giuridico-istituzionale della Chiesa, rivolta a garantire e favorire la partecipazione di ciascuno e di tutti ai beni salvifici. Inoltre, l'intreccio tra le due sfere si manifesta anche nel fatto che esiste un'attività istituzionale riguardante proprio l'ambito privato dei fedeli: si pensi alla regolamentazione canonica sulle associazioni e sulle fondazioni canoniche private.

D'altra parte, ritengo che il rilievo canonistico della dimensione privata si ridimensiona non poco quando si tiene presente che il fedele sviluppa la sua attività propria avente rilievo sostanzialmente ecclesiale e apostolico normalmente nell'ambito secolare, per cui le sue iniziative non connesse con la dimensione istituzionale della Chiesa (in campi come la educazione e la cultura, l'assistenza sanitaria e so-

⁽⁷⁶⁾ P. LOMBARDÍA, *Pio Fedele, Maestro di canonisti e di ecclesiasticisti*, cit., p. 665.

⁽⁷⁷⁾ Cfr. J. HERVADA, *Pensamientos de un canonista en la hora presente*, cit., p. 139. Sulla scia del pensiero di Lombardía, si colloca anche J. FORNÉS, *Criteri di distinzione tra pubblico e privato nell'ordinamento canonico*, in *Lex Nova* (dal secondo volume: *Fidelium iura*), 1 (1991), pp. 47-76, il quale giustamente rileva i pregi della monografia di E. MOLANO, *La autonomía privada en el ordenamiento canónico*, Pamplona 1974.

ziale, ecc.) possono ricevere una configurazione giuridica interamente secolare. Ciò peraltro non intacca affatto il legame del fedele con la Chiesa, che si estende all'intera vita della persona in quanto essa deve vivere d'accordo con le esigenze della comunione, la quale va tutelata anche quando le attività del fedele non abbiano una configurazione canonica.

JAVIER OTADUY

LA COMUNIDAD COMO FUENTE DE DERECHO.
(PRESUPUESTOS ECLESIOLÓGICOS
Y SOCIALES DE LA COSTUMBRE)

1. La comunidad en el derecho positivo. — 2. El rescate eclesiológico de la comunidad y de la costumbre. — 3. Los intentos de fundamentación eclesiológica de la costumbre: *a)* 'Traditio'; *b)* 'Receptio'; *c)* 'Actuositas Spiritus'; *d)* 'Charisma'; *e)* 'Sensus fidei'; *f)* 'Communio'; *g)* 'Munera Christi'. — 4. La fenomenología habitual de la costumbre clásica: *a)* La colación de beneficios y de dignidades; *b)* La delimitación de la jurisdicción eclesiástica; *c)* El modo de ejercer la justicia procesal; *d)* En cuestión de donaciones, testamentos y diezmos; *e)* Sobre la celebración de festividades; *g)* En la administración de sacramentos; *b)* En la celebración del matrimonio. — 5. Conclusiones provisionales extraídas de la fenomenología histórica. — 6. Aspectos críticos de los intentos de fundamentación de la costumbre en la tradición, en la recepción, en el carisma y en el 'sensus fidei': *a)* Sobre la tradición; *b)* Sobre la recepción; *c)* Sobre el carisma; *d)* Sobre la 'actuositas Spiritus'; *e)* Sobre el 'sensus fidei'. — 7. La fundamentación eclesiológica de la costumbre en la 'communio' y en los 'munera Christi'. — 8. Contingencias históricas y doctrinales que afectan a la comprensión teológica del comportamiento consuetudinario: *a)* La comunidad 'distributive sumpta'; *b)* Las comunidades anómalas; *c)* Sobre el comportamiento unánime; *d)* La costumbre 'mixta cum praescriptione'; *e)* El ánimo interpretativo; *f)* El *exceso* de racionalidad; *g)* La aprobación legal. — 9. La comunidad capaz de introducir costumbre. — 10. La comunidad de fieles como causa eficiente de la costumbre. — 11. La intervención del legislador en la aprobación de la costumbre.

Lo que nos va a ocupar en este trabajo es el elemento subjetivo de la costumbre canónica: la comunidad introductora de la costumbre (y obligada por ella). El resto de los temas que se despliegan en la sistemática tradicional de la costumbre canónica tal vez aparezcan por conexión natural, pero no forman parte de nuestro propósito.

La comunidad como sujeto de costumbre y como fuente de derecho nos sitúa frente a los presupuestos del derecho consuetudina-

rio. Siempre que se habla del sujeto sucede lo mismo, hay una remisión a los fundamentos, a la ontología o a la eclesiología. Por eso, en la práctica, buena parte de lo que diremos aquí mirará sobre todo a cuestiones de orden muy fundamental. Es evidente que dejaremos fuera de la perspectiva muchos otros temas de envergadura distinta.

1. *La comunidad en el derecho positivo.*

El derecho positivo nos dice muy poco acerca del concepto de comunidad. No hay una categoría dogmática de derecho positivo canónico acerca de la comunidad. Ni siquiera se puede decir que exista en la ciencia jurídica una noción establecida y aceptada de comunidad. Hacemos nuestras las palabras de Comotti: «sarà opportuno prendere atto di come il termine stesso ‘communitas’, pur entrato ormai da secoli e diffusamente nella comune terminologia giuridica, resti per molti versi inafferrabili, in quanto non ha mai acquisito un significato più preciso o generalmente più accettato e usato di altri, non esprimendo in alcun ramo del diritto nozioni o concetti ben delimitati»⁽¹⁾. El legislador canónico usa el concepto con mucha libertad y sin exigencias rigurosas de delimitación. La noción de comunidad es aplicable a la Iglesia en su conjunto, a comunidades eclesiales separadas de la Iglesia católica⁽²⁾, a las iglesias particulares, a las parroquias, a los institutos de vida consagrada, e incluso a las comunidades con cura pastoral de capellanes o a la comunidad a la que se destina un oratorio.

Tanta variedad indica bien a las claras que el legislador no ha querido usar el término de un modo circunscrito y definido. Además, parece haber empleado categorías genéricamente sociológicas. Esto concuerda con la postura de la tradición, que ha usado también

(1) G. COMOTTI, *La consuetudine nel diritto canonico*, Padova 1993, p. 129. Para el resto del epígrafe, cfr. *ibid.*, pp. 129-134.

(2) En este caso, según Comotti, el término *communitas* «risponde ad una *ratio* ben precisa, molto pregnante anche teologicamente, che è quella di esprimere la distinzione operata dal Concilio Vaticano II — non solo dal mero punto de vista terminologico — tra Chiese orientali non in comunione con il Successore di Pietro e comunità protestanti» (G. COMOTTI, *La consuetudine*, cit., p. 130). Es indudable que el Decreto «Unitatis redintegratio» utiliza intencionalmente los conceptos diferenciados de *Iglesias* y de *comunidades eclesiales*. No parece sin embargo que esto suponga intención alguna de configurar un concepto técnico de comunidad sino simplemente de reservar el concepto de Iglesia para comunidades que gocen de una determinada estructura.

este término («*communitas*») de un modo muy descriptivo, sin querer decir mucho más que «una pluralidad o conjunto de personas físicas ligadas por algún vínculo»⁽³⁾.

El empleo del término «*communitas*» en el CIC y en la doctrina clásica atañe a toda suerte de fenómenos agregativos o grupales. Nada permite decir por ejemplo que no sean comunidades las asociaciones, o los sujetos colectivos que no tienen personalidad jurídica, o las comunidades integradas en entes jurídicos superiores, o las que no poseen como cabeza un titular que participa del *munus publicum* o de la potestad de jurisdicción. Nada de eso se desprende de la norma positiva. Cuando el derecho canónico habla de comunidad, habla de una noción que puede ser participada por una gran variedad de supuestos. Y esos supuestos no son reconducibles a un esquema rígido (ni siquiera plenamente definible).

2. *El rescate eclesiológico de la comunidad y de la costumbre.*

Ya se entiende que la noción clásica de comunidad está hecha desde la descripción del hecho social. No intervienen en ella directamente los datos de la revelación ni de la teología sobre la Iglesia. Pero en los últimos treinta años se ha llevado a cabo una fortísima recuperación eclesiológica de la comunidad. Las causas más representativas de esa recuperación son causas específicamente eclesiales, de orden teológico y pastoral⁽⁴⁾, aunque en el rescate de la noción de comunidad han confluído también de modo más o menos fuerte factores de matriz social (como el democratismo y el socialismo) y algunas líneas

⁽³⁾ G. MICHIELS, *Normae generales juris canonici*, II, Parisiis-Tornaci-Romae 1949, p. 55 (la traducción, en éste como en otros pasajes latinos o de lengua francesa y alemana, es nuestra).

⁽⁴⁾ A título de ejemplo señalamos las siguientes: a) *La teología del Pueblo de Dios*, con la comprensión de la común ciudadanía de todos los cristianos, de su igual dignidad, del estatuto común del bautismo. De esa dignidad común deriva también la participación de todos los fieles en los 'munera Christi' y en la misión y edificación de la Iglesia; b) *La teología de la comunión*, con la aguda conciencia de la solidaridad sobrenatural y efectiva que debe presidir las relaciones entre los fieles, entre los pastores, entre los fieles y los pastores, y entre las Iglesias; c) *La doctrina de la colegialidad*, que se ha pretendido extender más allá de los fenómenos de colegialidad episcopal efectiva y estricta; d) *La praxis litúrgica*, es decir, el favorecimiento de la celebración comunitaria de los sacramentos, alentada por el Concilio; y e) *La pastoral de la palabra*, fuertemente connotada por la necesidad de ser solidarios y de vivir en comunidad.

de pensamiento ligadas a la historia de las ideas religiosas (como el conciliarismo, el comunitarismo reformado y las Iglesias nacionales).

Los síntomas de esa recuperación del modelo comunitario en la teología y en el derecho canónico son muy amplios. Se perciben no sólo en los recelos hacia lo que podría llamarse *el revés* de lo comunitario. Por ejemplo, la prevención hacia lo privado, la desconfianza hacia lo jerárquico cuando se entiende como instancia única, sin *consensus* de la comunidad. También se perciben en sentido positivo. La costumbre, por ejemplo, se aprecia más. Todos los factores que hemos mencionado conspiran hacia un notable crecimiento de prestigio de la costumbre canónica en virtud precisamente de su origen en la comunidad cristiana. Se ve en ella una institución canónica que permite reflejar, en el ámbito de la norma, buena parte de las nuevas exigencias eclesiológicas.

Pero como es lógico se plantea el problema de la fundamentación. No se puede emplear sin más el paradigma clásico de costumbre, que se inscribía en un esquema jurídico-social o natural. Se hace preciso *depurar* buena parte de la fundamentación clásica y apoyar la teoría de la costumbre sobre bases teológicas. Es decir, levantarla por encima del dato meramente socioeclesialístico. Dicho con palabras de Urrutia, «el hecho consuetudinario en la Iglesia tiene una importancia que no deriva solamente de puntos de vista como los que puede descubrir la filosofía jurídica o la filosofía social, para las costumbres de la sociedad civil. Esa importancia deriva, ante todo, de motivos teológico-eclesiales»⁽⁵⁾. El CIC (tanto el antiguo como el actual) presentaría tan sólo un concepto «laico»⁽⁶⁾ de ley y de costumbre. Se hace preciso diseñar otra noción distinta, con otros fundamentos, que permitan entender la costumbre canónica como algo muy diverso de un «puro fenómeno socio-histórico»⁽⁷⁾.

La búsqueda de un apoyo eclesiológico para la comunidad introductora de costumbre ha tenido ensayos muy numerosos. Todos ellos tienen en común, como no podía ser de otra manera, el deseo de *enoblecer* teológicamente a la comunidad introductora y al comporta-

(5) F.X. URRUTIA, *Reflexiones acerca de la costumbre jurídica en la Iglesia*, en «Investigaciones theologico-canonicæ», Roma 1978, p. 461.

(6) *Ibid.*, p. 457, *passim*.

(7) *Ibid.*, p. 462.

miento que la comunidad introduce. Dotarlos de las prerrogativas necesarias para que puedan asignárseles pleno relieve eclesiológico.

La tarea es digna, pero a nuestro juicio ha producido una considerable mitología acerca de la costumbre canónica. Con el propósito inmejorable (y necesario) de ofrecer un fundamento eclesiológico a la costumbre se corre el riesgo de obtener una noción sobrevalorada y, como consecuencia, desgajada de su fenomenología propia, es decir, de los fenómenos consuetudinarios que se han producido habitualmente a lo largo de la historia.

El esfuerzo por elevar de rango al comportamiento comunitario puede dejar fuera de la noción de costumbre muchos fenómenos que no gozan de características tan elevadas. Y al revés, cuando la doctrina o el magisterio diseñan la conducta de un pueblo ungido por el Espíritu tal vez no están intentando caracterizar las comunidades que a lo largo de la historia han generado la 'canonica consuetudo'. En cualquier caso conviene estudiarlo con cuidado.

Por eso queremos desde ahora alertar ante este peligro. Nadie duda que es conveniente fundamentar teológicamente la costumbre, pero hay que ser cautos a la hora de diseñar dicho fundamento. Se corre el riesgo de que un modelo *demasiado noble* desde el punto de vista eclesiológico se desdiga después en la práctica y no llegue a dar razón de los hechos que merecen fuerza normativa en el ordenamiento canónico.

3. *Los intentos de fundamentación eclesiológica de la costumbre.*

Pero veamos qué tipo de soluciones se han ofrecido para establecer la costumbre sobre bases más firmes que las puramente sociológicas. Antes debemos hacer una advertencia. Todas estas líneas de fundamentación eclesiológica están recíprocamente reclamadas. Separarlas, como vamos a hacer, ofrece ventajas indudables de análisis, aunque reporta también muchos inconvenientes. Uno de ellos es precisamente presentar estas categorías como si tuvieran un fuerte grado de autonomía. No hay autonomía, hay una intensa interdependencia⁽⁸⁾. Sin embargo, a efectos expositivos — y en la medida en

(8) Sobanski, por ejemplo, presenta el conjunto de estas teorías entrelazadas y formando parte de un único proyecto de fundamentación (al que se adhiere). Cfr. R. SOBANSKI, *Teoria Prawa Koscielnego*, Warszawa 1992, pp. 97-99.

que sean diferenciables — vamos a atender a su distinción, no a su conjunción.

a) 'Traditio'.

La Tradición es el modo como la Iglesia en su conjunto transmite y vive en la historia, bajo la guía permanente del Espíritu Santo, la revelación de Dios Padre hecha en Jesucristo. El nombre de Tradición indica que no es una transmisión escrita. Son actitudes vividas, ideas que embargan a la comunidad cristiana. Esas actitudes, ideas y criterios pueden evidentemente transmitirse también por escrito — los textos patrísticos y la liturgia son monumentos y testigos de la Tradición —, pero la Tradición se sobrepone a esos testimonios y da razón de ellos. Según esta acepción, la Tradición engloba y comprende a la Sagrada Escritura, que es como su alma. No son dos fuentes separadas.

Conviene hacer notar que — sobre todo en el periodo posttridentino — por Tradición ha venido a entenderse no sólo un *modo de transmisión* de la revelación sobrenatural, sino una *f fuente de conocimiento* distinta de la Sagrada Escritura⁽⁹⁾. Es decir, existen tradiciones apostólicas que no se contemplan directamente en la Sagrada Escritura y que deben igualmente considerarse contenidas en la revelación divina.

El proceso intertemporal de transmisión, unido al carácter comunitario del sujeto transmisor, hizo desde los orígenes que costumbre y tradición se entendieran como conceptos afines y que parcialmente se identificasen a lo largo del primer milenio⁽¹⁰⁾. Si la costumbre ha tenido tanto prestigio normativo a lo largo de la historia del derecho canónico ello se debe sin duda a que la tradición constituyó en su origen el paradigma de fondo en el que la costumbre se miraba. Las razones

(9) Sobre esta distinción entre Tradición como modo de comunicación no escrito y Tradición como fuente de conocimiento distinta de la Sagrada Escritura, cfr Y. CONGAR, *La Tradition et la vie de l'Eglise*, Paris 1984, pp. 19-40.

(10) Tomando pie de lo que se puede considerar ya algo adquirido en la doctrina y apoyado en numerosas fuentes primitivas, dice G. COMOTTI, *La consuetudine*, cit., p. 29: «L'onore ed il rispetto nei quali erano tenute le consuetudini nei primi secoli dell'era cristiana traevano forza dalla nozione e dal culto della Tradizione; anzi, non sempre si distingueva adeguatamente fra l'una e le altre, perché si aveva già allora la percezione che la trasmissione della verità rivelata non si sostanzia (come tuttora non si sostanzia) unicamente nella predicazione o trasmissione orale delle verità rivelate agli Apostoli, e quindi nel Magistero sempre vivo ed infallibile della Chiesa, ma anche nei *mores* costanti del popolo cristiano».

de esta experiencia histórica primitiva legitimarían la hipótesis de que la tradición ofrece una base eclesiológica para la costumbre.

Por lo demás, «nella consuetudine si manifesta (...) la caratteristica essenziale della tradizione di non essere un mero insieme statico di idee ed enunciati, ma principio dinamico immanente alla stessa realtà cristiana»⁽¹¹⁾. La tradición, en otras palabras, muestra que el mensaje cristiano es un mensaje vivo; y de un mensaje vivo da razón más convincente el comportamiento del pueblo cristiano que los enunciados formales del dogma.

Hasta aquí hemos valorado lo que el Catecismo de la Iglesia Católica llama la «gran Tradición». «Es preciso distinguir de ella las “tradiciones” teológicas, disciplinares, litúrgicas o devocionales nacidas en el transcurso del tiempo en las Iglesias locales. Estas constituyen formas particulares en las que la gran Tradición recibe expresiones adaptadas a los diversos lugares y a las diversas épocas» (CEC 83). Constituye ya un lugar común de la doctrina hablar de ‘Tradición y tradiciones’. Por una exigencia inapelable de encarnación en el tiempo y en el espacio, se hace necesario que la gran Tradición católica esté revestida de las tradiciones propias de las Iglesias. Esas tradiciones pueden tener un notable influjo consuetudinario. Pensemos por ejemplo en las tradiciones rituales de las Iglesias *sui iuris* del Oriente cristiano. En consecuencia — se concluye — con mayor razón podremos hablar de influjo consuetudinario en la fijación de esas ‘tradiciones eclesiales’. El factor consuetudinario tiene una influencia definitiva para determinar el núcleo constitutivo de la doctrina, de la liturgia, de la disciplina y de la espiritualidad de las Iglesias locales más venerables.

b) ‘Receptio’.

La ‘receptio’ es un término muy general, con efectos muy diversos en el ámbito del derecho y de la teología⁽¹²⁾. Por recepción entendemos

⁽¹¹⁾ G. COMOTTI, *La consuetudine*, cit., p. 103.

⁽¹²⁾ El concepto de recepción fue reintroducido en la doctrina canónica y teológica (después de su tratamiento clásico en los tratados *de legibus*) por A. GRILLMEIER, *Konzil und Rezeption. Methodische Bemerkungen zu einem Thema der ökumenischen Diskussion der Gegenwart*, en «Theologie und Philosophie» 45 (1970), pp. 321-352; y sobre todo por la revista *Concilium* en 1972 (bajo el tema: «La intervención de la comunidad en las decisiones de la Iglesia»). Destaca el trabajo de Y. CONGAR, *La recepción como realidad eclesiológica*, en «Concilium» 77 (1972), pp. 57-86. El trabajo de Congar influyó muy notablemente en otros autores y contribuyó a poner en el candelero doc-

aquí el 'consensus' que una comunidad presta a un contenido doctrinal o práctico que procede de fuera de ella, con ánimo de incorporarlo⁽¹³⁾. Este esquema recepticio puede aplicarse, y ha sido aplicado de hecho, a muchas instituciones canónicas. Se ha hablado incluso de la recepción como una «estructura fundamental eclesiológico canónica»⁽¹⁴⁾.

Si queremos ser rigurosos, la recepción, en el ámbito normativo, sólo tiene influencia en la aceptación/no aceptación de ley⁽¹⁵⁾. La costumbre 'praeter legem' y 'contra legem' no son propiamente fenómenos recepticios. Hay que decir sin embargo que la costumbre contra ley, en palabras de Coriden, «expresa el mismo principio de respuesta a las leyes por parte de la comunidad eclesial. La costumbre contraria opera solamente allí donde una ley se ha establecido plenamente y a continuación cae en desuso. La recepción opera allí donde una ley ha sido promulgada pero no ha sido todavía puesta en obra, no ha sido todavía obedecida»⁽¹⁶⁾.

Aunque no constituya estrictamente un acto recepticio, la costumbre responde — dirán estos autores — a los mismos parámetros y a los mismos propósitos que la recepción⁽¹⁷⁾. Apunta a una comunidad activa, protagonista de su propia vida jurídica, que ofrece un

trinal la problemática recepcionista. Más adelante se interesó también por el problema, H. MÜLLER, *Rezeption und Konsens in der Kirche. Eine Anfrage an die Kanonistik*, en «Österreichisches Archiv für Kirchenrecht» 27 (1976), pp. 3-21. A Müller siguió R. POTZ, *Die Geltung kirchenrechtlicher Normen. Prolegomena zu einer kritischhermeneutischen Theorie des Kirchenrechts*, Wien 1978, esp. pp. 173 ss. Estos trabajos presentan las fuentes y la literatura originaria sobre el tema. Un estudio muy documentado bibliográficamente es G. ROUTHIER, *La réception d'un concile*, Paris 1993; para una presentación de la bibliografía canónica, pp. 37-40 y notas 73-75.

(13) Subrayó mucho el carácter exógeno que debe tener la auténtica recepción A. GRILLMEIER, *Konzil und Rezeption*, cit., p. 324. Para el autor, la recepción exige una diversidad territorial y cultural completa. Tal es el modo como se entendió la recepción en sus orígenes (que fueron jurídicos: la recepción del derecho romano en los países germánicos). Pero posteriormente se ha entendido el carácter exógeno de un modo mucho más relativo, desvirtuando el sello tal vez más característico de la recepción.

(14) R. POTZ, *Die Geltung kirchenrechtlicher Normen*, cit., p. 177.

(15) Cfr., por ejemplo, las consideraciones sobre la recepción de ley civil y de ley canónica de F. SUÁREZ, *Tractatus de legibus*, l. III, cap. 9; l. IV cap. 16.

(16) J.A. CORIDEN, *The canonical doctrine of reception*, en «The jurist» 50 (1990), p. 76. También G. ROUTHIER, *La réception*, cit., p. 39 apela a la costumbre como uno de los cuatro campos propios de aplicación de la recepción en el derecho canónico.

(17) Es una «vera e propria consuetudinizzazione della legge» (F. ZANCHINI DI CASTIGLIONCHIO, *Chiesa e potere. Studi sul potere costituente nella Chiesa*, Torino 1992, p. 154).

verdadero 'consensus' a los actos de potestad canónica y que opera iluminada por el Espíritu.

Para entender la actividad creadora de la comunidad cristiana no se debería recurrir sólo a aquellos capítulos clásicos de la costumbre canónica (el 'animus', la 'communitas capax', la aprobación del legislador, los plazos de cumplimiento del uso). El Concilio Vaticano II habría dado luz sobre la dignidad cristiana de la comunidad; la comunidad cristiana no es una comunidad neutra. No se le pueden aplicar sin más los efectos que se adjudican a cualquier comunidad en orden a la creación normativa, porque se trata de una comunidad con unas prerrogativas de dignidad y de acción muy especiales. Singularmente activa, singularmente capaz de crear. «Las reglas sobre la costumbre están enraizadas en la convicción de que el Espíritu Santo está presente y guía la comunidad de los fieles, y que esa dirección puede detectarse tanto en las acciones del pueblo como en los dictados del legislador»⁽¹⁸⁾.

Al 'consensus' de la comunidad se une el 'consensus' del legislador⁽¹⁹⁾. En pocas palabras, por exigencias de la ontología cristiana de la comunidad, existiría una responsabilidad simétrica y compartida entre comunidad y potestad canónica. Esto tendría indudablemente un territorio de aplicación mucho mayor, pero se cumple cabalmente en la creación de derecho consuetudinario.

Por eso — como dice Thils — sólo «una eclesiología curialista, atenta sobre todo a las prerrogativas romanas»⁽²⁰⁾ sería incapaz de introducir en su esquema eclesiológico la recepción, la actividad verdaderamente creadora de la comunidad eclesial en su conjunto. La comunidad — siempre según Thils — goza de una autoridad propia, es «columna y fundamento de la verdad» (I Tm. 3, 15), y sólo puede ser juzgada por la autoridad absoluta de Dios.

c) 'Actuositas Spiritus'.

«Consuetudo communitatis christianae, quatenus actuositati Spiritus Sancti in corpore ecclesiale respondet, vim iuris obtinere

(18) J.A. CORIDEN, *Rules for interpreters*, en «The Art of Interpretation. Selected studies on the Interpretation of Canon Law», Washington 1982, p. 12.

(19) Cfr R. BERTOLINO, *Spunti metodologici per una dottrina della consuetudine nel diritto canonico*, en «Studi in memoria di Pietro Gismondi», I, Milano 1987, p. 117.

(20) G. THILS, *La communauté ecclésiale sujet d'action et sujet de droit*, en «Revue Theologique de Louvain» 4 (1973), p. 461.

potest» (c. 1506 § 1 del CCEO). En el Código de las Iglesias orientales la razón formal del derecho consuetudinario se atribuye a la «actuositas Spiritus Sancti». La costumbre de una comunidad cristiana tiene fuerza jurídica en la medida en que («quatenus») responde a la actividad del Espíritu Santo en el cuerpo eclesial; es decir, *en la medida en que* la actividad pneumática lo preside y lo promueve. No parece dejar resquicio razonable a la duda de cuál es la causa formal teológica y el apoyo original de la costumbre canónica. Este origen pneumático de la costumbre canónica es reconocido como fundamento del derecho consuetudinario por la mayor parte de los autores⁽²¹⁾ que atribuyen una raíz eclesiológica formal a la costumbre.

d) '*Charisma*'.

«Actuositas Spiritus» significa una actividad del Espíritu vehemente y rica. Dentro de ella caben sin duda los carismas. Los carismas no son simplemente actividad del Espíritu. Son determinadas gracias '*gratis datae*' que el Espíritu suscita y distribuye para utilidad común y beneficio ajeno. En último término el carisma responde siempre a la edificación de la Iglesia.

Toda gracia beneficia al prójimo, toda gracia construye la Iglesia; pero muchas de ellas se inscriben en el propio itinerario espiritual y tienen como finalidad primaria la santificación del fiel que corresponde a la actividad del Espíritu Santo. Los carismas, aunque como es obvio enriquecen la propia intimidad, miran siempre al provecho de los otros fieles. Tal vez por esto, por su dimensión general o común, se ha hablado de la costumbre como «carisma comunitario»⁽²²⁾. En virtud de esta «iniciativa carismática»⁽²³⁾ la costumbre exige una atención exquisita por parte de la autoridad, que debe sentirse obligada a no apagar el Espíritu.

(21) Cfr. por ejemplo R. SOBANSKI, *Teoria Prawa*, cit., pp. 98-99, donde el autor fundamenta la costumbre canónica en la participación activa de los fieles basada en los dones del Espíritu Santo.

(22) Inició esta terminología F.X. URRUTIA, *Reflexiones*, cit., p. 463; ha sido continuada por R. BERTOLINO, *Spunti metodologici*, cit., p. 105, y por L. GEROSA, *Carisma e diritto nella Chiesa. Riflessioni canonistiche sul 'carisma originario' dei nuovi movimenti ecclesiali*, Milano 1989, pp. 182-183 y 189-193.

(23) F.X. URRUTIA, *Reflexiones*, cit., p. 463.

e) '*Sensus fidei*'.

Con fundamento en LG 12, que advierte, como es bien sabido, que «la totalidad de los fieles que tienen la unción del Santo (I Io. 2, 20 y 27) no puede equivocarse en la fe», se ha intentado encontrar la razón teológica formal y originaria de la costumbre canónica en el '*sensus fidei fidelium*'⁽²⁴⁾. Rinaldo Bertolino piensa que si el '*consensus*' de la '*universitas fidelium*', unido al de sus Pastores, goza de la '*infallibilitas in credendo*', «si sarebbero dovuto trarre spunti metodologici decisivi per la disciplina giuridica de la consuetudine nel nuovo codice: per fare una sorta de autenticazione, a livello giuridico, della '*infallibilitas*' anche '*in agendo*', del popolo cristiano»⁽²⁵⁾. Esta posición no parece a su autor desorbitada porque el '*sensus fidei*', aunque tenga como competencia propia la doctrina revelada, no se agota en su aspecto noético sino que desemboca con naturalidad en la fe vivida, en la praxis cristiana, que «sembra costituire il campo più adeguato alla competenza del '*sensus fidelium*'»⁽²⁶⁾. Todo esto no sería más que una aplicación de la '*actuositas Spiritus Sancti*'. Es la gracia del Espíritu Santo la que genera la '*infallibilitas in credendo*' y la que caracteriza el '*sensus fidei fidelium*'⁽²⁷⁾.

Como consecuencia de estas premisas no parece difícil concluir que «se il cristiano fedele, membro del popolo di Dio, quando "consenta" comunionalmente con i pastori e gli altri fedeli, è in grado di esprimere il vero *sensus fidei* de la Chiesa, a fortiori egli deve essere ritenuto capace — e con lui la comunità ecclesiale — di *quel qualcosa*

(24) Ha sido R. BERTOLINO, *Spunti metodologici*, pp. 99-123, quien ha elaborado más acabadamente esta línea teórica. En su día, Urrutia sugirió también un desarrollo semejante, pero lo abandonó alegando que la noción de '*sensus fidei*' no había sido suficientemente estudiada por la teología y no permitía a los canonistas extraer demasiadas conclusiones prácticas. Cfr F.X. URRUTIA, *Reflexiones*, cit., pp. 469-470. Cfr también P. PELLEGRINO, *L'«animus communitatis» e l'«adprobatio legislatoris» nell'attuale dottrina canonistica della consuetudine antinomica*, Milano 1995, pp. 255-256.

(25) R. BERTOLINO, *Spunti metodologici*, cit., p. 105.

(26) L. SARTORI, *Qual è il criterio per stabilire el '*sensus fidelium*'?*, en «Concilium» 1981/8, pp. 118 y 122, citado por R. BERTOLINO, *Spunti metodologici*, cit., p. 105. En el tratado más amplio del '*sensus fidei*' en la literatura teológica contemporánea puede leerse: «Oggetto proprio del *sensus fidelium* è tutta la Rivelazione, tutte le verità del deposito rivelato, ma sotto un particolare punto de vista: quello dell'esperienza spirituale cristiana» (D. VITALI, *Sensus fidelium. Una funzione ecclesiale di intelligenza della fede*, Brescia 1993, p. 261; y en general, pp. 241-272).

(27) Cfr. R. SOBANSKI, *Teoria Prawa*, cit., p. 98.

di meno che è la produzione di una regola, di una norma consuetudinaria: perché questa altro non è que lo specchio riflesso, la non remota ordinatio pratica della regula fidei creduta»⁽²⁸⁾.

f) 'Communio'.

El concepto de 'communio' es sin duda el que mejor refleja y simboliza una eclesiología no simplemente societaria. Por eso tampoco es extraño que se apele a este concepto cuando se quiere configurar una noción de costumbre canónica que no dependa esencialmente de criterios sociológicos y jurídicos sino teológicos. Así pues, la condición esencial de validez de la costumbre canónica «non deriva solo dall'indole societaria de la Chiesa, ma dal principio stesso — storico-giuridico e teologico insieme — della comunione ecclesiale». Hasta tal punto que «la obbligatorietà della consuetudine discende unicamente dal carattere vincolante della 'communio'»⁽²⁹⁾. «Communio, che si realizza nella Chiesa quando al 'consensus fidelium' si affianchi l'adprobatio legislatoris', esercizio del ministero pastorale di discernimento sulla adeguatezza della norma consuetudinaria a tradurre la fede di tutto il popolo cristiano»⁽³⁰⁾. El 'consensus' de todo el pueblo de Dios (dentro del cual se encuentra el legislador/superior) es lo que genera el vínculo jurídico consuetudinario.

También se ha ponderado el valor de la 'communio' para diseñar el sistema de las fuentes normativas. Según Aymans⁽³¹⁾, ley y costumbre canónicas, mutuamente enlazadas, dan razón de la estructura comunal de la Iglesia. Ambas fuentes de derecho están entre sí recíprocamente reclamadas, no sólo por razones técnicas, sino para expresar la sustancia íntima de la Iglesia como comunión. El legislador aprueba la costumbre que no produce, el pueblo acepta la ley que no ha promulgado. Las costumbres responden a la actuación del pueblo pero exigen la intervención de la potestad; las leyes res-

⁽²⁸⁾ R. BERTOLINO, *Spunti metodologici*, cit., pp. 109-110.

⁽²⁹⁾ *Ibid.*, pp. 103-104.

⁽³⁰⁾ *Ibid.*, p. 122.

⁽³¹⁾ Cfr. W. AYMANS-K. MÖRS DORF, *Kanonisches Recht. Lehrbuch Aufgründ des Codex Iuris Canonici*, I, Paderborn-München-Wien-Zürich 1991, pp. 208-212. Puede encontrarse una buena síntesis de esta perspectiva en A. CATTANEO, *Cuestiones fundamentales de la canonística. Las aportaciones de un nuevo manual de Derecho Canónico*, en «Ius canonicum» 67 (1994), pp. 341-363; para nuestro tema, pp. 355-357.

ponden a la actividad de la potestad pero exigen la intervención del pueblo cristiano, la 'receptio populi'. Cada uno interviene en la creación jurídica del otro.

g) '*Munera Christi*'.

Por razón de la común dignidad bautismal, todos los fieles participan de la triple función de Cristo. Todo el Pueblo de Dios es un pueblo sacerdotal, profético y real. La participación en los 'munera Christi' ofrece una base eclesiológica a la acción común de los fieles en la edificación de la Iglesia⁽³²⁾. No se trata sólo de una común dignidad, sino también de una igualdad de acción. «Existe una auténtica igualdad entre todos en cuanto a la dignidad y a la acción común (...) en orden a la edificación del Cuerpo de Cristo» (LG 32). Puesto en clave jurídica esto significa que la acción de los fieles puede tener (y de hecho tiene) una eficacia también en las fuentes del derecho. Son agentes responsables, corresponsables, en la creación de norma. La costumbre — ha dicho Lombardía — «constituye el medio más eficaz para que incida (...) "la acción común a todos los fieles" en la edificación de la Iglesia»⁽³³⁾. La edificación del Cuerpo de Cristo, desde el punto de vista jurídico, significa intervenir activamente en la génesis de la norma. Queda desacreditada por lo tanto una comprensión de los fieles pasiva o en clave puramente obediencial⁽³⁴⁾. El comportamiento de los fieles forma parte de la *aedificatio Ecclesiae*, no es simplemente una manifestación neutra, hábil para ser valorada y cribada por el ministerio jerárquico pero incapaz de reclamar su puesto propio y su propia dignidad. El comportamiento comunitario de los fieles tiene un positivo relieve eclesiológico. Esto facilita la comprensión de la actividad comunitaria como causa eficiente de la costumbre, es decir, como auténtica edificación del orden normativo canónico.

(32) Se puede ver una perspectiva general y sistemática de esta postura en G. COMOTTI, *La consuetudine*, cit., pp. 85-119.

(33) P. LOMBARDÍA, *Lecciones de Derecho canónico*, Madrid 1984, p. 157. Para un significado peculiar de la 'aequalitas fidelium' en la creación de norma consuetudinaria, cfr. P. PELLEGRINO, *L'«animus communitatis»*, cit., pp. 254-265.

(34) Es muy frecuente entre los autores que buscan una fundamentación teológica de la costumbre hacer hincapié en el papel activo de los fieles y poner en guardia ante los peligros de la pasividad. Cfr. F.X. URRUTIA, *Reflexiones*, cit., pp. 470-475; R. BERTOLINO, *Spunti metodologici*, cit., pp. 110-111.

El modo como cada uno de los 'munera' juega su papel como presupuesto del derecho consuetudinario se ha explicado de muchas maneras. Es claro que cada una de las tres funciones ofrece aspectos precisos para la fundamentación. De un modo general, Arias se refirió al sacerdocio común de los fieles, tal y como está diseñado en LG 10, como base de su cooperación activa en la creación de norma consuetudinaria⁽³⁵⁾. Para otros, el 'munus docendi' de los fieles (significado en el 'sensus fidei') sería el sustrato básico de la costumbre⁽³⁶⁾, aunque debería conjugarse con el 'munus regendi', que otorgaría la fuerza conveniente para mediar los contenidos revelados, convirtiendo la fe en cultura jurídica y en hechos normativos.

Es en efecto el 'munus regendi' la función que de un modo más inmediato ofrece la posibilidad de fundar la competencia activa del pueblo cristiano en la introducción de costumbre. La afirmación conciliar de que los fieles participan en la misión real de Cristo es, dice Urrutia, «formal e inequívoca, e incluso enfática»⁽³⁷⁾. Un reconocimiento más vigoroso del ministerio regio de todos los fieles hubiese conducido a subrayar mucho más — en el derecho positivo — la participación de todos los fieles en la potestad de régimen⁽³⁸⁾.

(35) Cfr. J. ARIAS GÓMEZ, *El «consensus communitatis» en la eficacia normativa de la costumbre*, Pamplona 1966, pp. 136-150. Nótese que en este caso el autor no se fundamenta estrictamente en los 'munera Christi', sino en la participación del sacerdocio de Cristo, que no se identifica con el 'munus sanctificandi' sino que abarca los 'tria munera': es un sacerdocio cultural, regio y profético. Para unas sugerencias más específicas de fundamentación de la costumbre en el 'munus sanctificandi' cfr G. COMOTTI, *La consuetudine*, cit., pp. 115-119.

(36) Por eso, la insensibilidad del Código ante la categoría de 'sensus fidei' habría roto «l'unità stessa tra 'munus docendi' e 'regendi', realizzata puntualmente dal 'sensus fidei', se questo significa — come mi sono sforzato di provare (...) —, a livello di 'munus docendi' il contributo irrinunciabile del popolo cristiano allo sviluppo della coscienza dogmatica della Chiesa e, a livello del 'munus regendi', la possibilità di elaborazione di norme che mediano, in un determinato contesto spazio-temporale, la rivelazione, traducendo in "cultura" giuridica e fatti normativi la fede» (R. BERTOLINO, *Spunti metodologici*, cit., p. 112).

(37) F.X. URRUTIA, *Reflexiones*, cit., p. 470. De todas formas, Urrutia indicaba que el modo de esa participación debería ser estudiado convenientemente, porque entendía que los fieles no pueden participar comunitariamente en la potestad de régimen. Hay que advertir que muchos de los autores que secundan la tesis de la participación de la comunidad cristiana — o de los fieles en general — en los 'munera Christi' afirman al tiempo que la comunidad de fieles en cuanto tal no participa de la potestad de régimen, aunque contribuya positivamente con su actividad a la creación del orden jurídico.

(38) «Il riconoscimento del ministero regale dei christifideles avrebbe peraltro

4. *La fenomenología habitual de la costumbre clásica.*

Siguiendo los pasos de una monografía ya clásica, la de Wehrlé⁽³⁹⁾, vamos a mostrar el ámbito práctico de aplicación (el dominio, el territorio) de la costumbre en las decretales de Gregorio IX. Esto tiene un valor ejemplificativo, pero sobre todo es una comprobación. Toda teoría, especialmente si es jurídica, necesita el contraste con la praxis, es decir, verificar el valor de los fundamentos de una institución comparándolos con la vida real de esa misma institución. La pregunta es: ¿responde la experiencia consuetudinaria histórica a los fundamentos eclesiológicos alegados más arriba, o tiene más bien un presupuesto de orden socio-jurídico más elemental? Y en su caso, ¿cuáles de esos fundamentos eclesiológicos son compatibles con el fenómeno histórico de la costumbre canónica y cuáles resultan incoherentes con él?

El campo de aplicación de la costumbre en el *Liber Extra* es muy amplio. Su radio de acción alcanza especialmente a las siguientes materias canónicas:

a) *La colación de beneficios y de dignidades.*

Por ejemplo, el arzobispo de York está obligado por costumbre, bajo pena de nulidad de la provisión, a presentar al capítulo el nombramiento del archidíacono de Richmond; en Toscana, una costumbre autoriza a los cabildos de las iglesias catedrales a elegir a los ca-

dovuto consentire, nel nuovo codice, una maggiore partecipazione del laicato all'attività legislativa della Chiesa. In particolare, il riconoscimento di un ruolo attivo del popolo cristiano nella formazione del diritto consuetudinario, più pieno di quanto è stato fatto nei cann. 23 ss. del codice, avrebbe meglio sottolineato la comune partecipazione dei christifideles alla potestas regiminis» (R. BERTOLINO, *Spunti metodologici*, cit., p. 111).

(39) Cfr. R. WEHRLÉ, *De la coutume dans le droit canonique. Essai historique s'étendant des origines de l'Église au Pontificat de Pie XI*, Paris 1928, pp. 100-107. Conviene advertir que el largo elenco de Wehrlé cita las costumbres 'secundum legem' junto a las costumbres 'praeter legem' y 'contra legem'. Es decir, muchas veces no se sabe bien si se trata de costumbres generadas por un comportamiento comunitario acorde con alguna ley previa. Ciertamente, las costumbres contra ley son las menos frecuentes de la lista. Otras veces lo que aparece como costumbre puede no ser más que un derecho adquirido por prescripción. Y no faltan ocasiones en que lo que se cita como derecho consuetudinario tiene sólo eficacia en el ámbito del derecho privado, pacticio o meramente dispositivo: «nisi de consuetudine secus obtineat: vel ex pacto de lucranda dote et donatione propter nuptias, quod aequale sit» (X IV, 20, 8).

nónigos sin el concurso del obispo; en Hungría, los electores de una provincia invocan la antigua costumbre de elegir, unidos al capítulo catedral, al arzobispo; una costumbre de la Iglesia galicana reclama que los canónigos ausentes sean convocados para la elección del pastor de la iglesia catedral; en Italia, una costumbre particular hace que pertenezca al pueblo la elección de rector de la Iglesia de San Salvador, que solicitaban los clérigos de la iglesia de Santa Agueda.

b) *La delimitación de la jurisdicción eclesiástica.*

Siempre se ha dicho que uno de los terrenos típicos de la costumbre es aumentar y disminuir la jurisdicción, y que la costumbre es título suficiente para obtenerla. Por ejemplo, la costumbre de la Iglesia romana reserva la administración de justicia sobre los monasterios no exentos al obispo diocesano; los arzobispos de Rávena y de Sens tienen, por costumbre, derecho de visita sobre determinados monasterios y abadías de su territorio, y derecho a cobrar el censo; el arzobispo de Cantorbery tiene derecho consuetudinario de visitar los monasterios y cabildos regulares de su diócesis para reprimir los abusos; una costumbre pacífica concede a un archidiácono de Sens jurisdicción sobre el abad y los monjes del monasterio de San Pedro; en Francia, una costumbre observada con valor de ley confiere a algunas mujeres de mérito, y singularmente a la reina, jurisdicción sobre sus súbditos, y por ello los religiosos hospitalarios se someten a su fallo arbitral.

c) *El modo de ejercer la justicia procesal.*

Por ejemplo, la costumbre general de la Iglesia exige que se preste juramento antes de los debates; para presentar su defensa, el acusado de herejía puede recurrir a la costumbre de su patria; una antigua costumbre de la Iglesia de Roma permite oponer legítimamente excepción contra un testigo, incluso después de haber llevado a cabo su testimonio ante el tribunal; la costumbre ha introducido en favor de los excomulgados algunos beneficios de la comunión si, aun antes de ser absueltos, prestan un juramento cautelar de atenerse a la decisión de la Iglesia.

d) *En cuestión de donaciones, testamentos y diezmos.*

Por ejemplo, entre los daneses tienen valor jurídico, por costumbre, las donaciones hechas a los monasterios u otros lugares piadosos a través de la entrega simbólica de un poco de tierra, que se deposita sobre un paño que sostiene el obispo, o sobre el altar; es

costumbre general de la Iglesia que tengan validez los testamentos que los parroquianos realicen ante el párroco y dos testigos, aunque la ley civil exija más testigos u otras solemnidades; tiene valor la costumbre que permite los 'spolia clericorum', es decir, que una parte de los bienes de los clérigos difuntos, obtenidos en razón de su oficio clerical y que pertenecen a la iglesia a la que sirvieron, pasen a los pobres, a obras piadosas, o a los servidores o allegados del difunto; también existe costumbre local de dar una parte de los bienes de los difuntos a las iglesias donde han recibido los sacramentos a lo largo de su vida; Alejandro III alaba la costumbre de pagar el diezmo de la lana, el heno, la harina y la pesca; habrá que recurrir a la costumbre para saber si un agricultor debe pagar el diezmo a la parroquia en cuyos términos se encuentran sus campos o a la parroquia en donde recibe los sacramentos.

e) *Sobre la celebración de festividades.*

Son muy frecuentes las costumbres que determinan el modo de celebrar las fiestas. Por ejemplo, la costumbre universal de la Iglesia ha hecho que la fiesta de Navidad prevalezca sobre la abstinencia de los viernes; depende de las costumbres locales la fijación de la fecha de celebración de la fiesta de la Santísima Trinidad, o de San Matías, o de San Bartolomé; aunque esté escrito que las fiestas se deben celebrar de unas vísperas a las vísperas del día siguiente, es la costumbre de la región la que fija la apertura y la clausura de las fiestas.

f) *Usos funerarios.*

Por ejemplo, la costumbre del lugar es la que determina si el padre puede enterrar donde quiera a un hijo que ha muerto antes de llegar a la pubertad; se declara antigua y razonable la costumbre de hacerse enterrar junto a las iglesias en las tumbas de los antepasados; se declara digna de alabanza la costumbre que existe en la región de Montpellier en virtud de la cual los laicos entregan espontáneamente una suma de dinero cuando se les concede una sepultura en un cementerio; se apela a la costumbre del lugar para saber la parte canónica que revierte a la iglesia parroquial de un difunto enterrado en otra iglesia.

g) *En la administración de sacramentos.*

Por ejemplo, se estima digna de alabanza la costumbre de ofrecer un pequeño regalo con ocasión de la administración de los sacra-

mentos; la costumbre de poner más vino que agua en el cáliz se considera razonable; es costumbre aceptada en algunos lugares la recepción simultánea de las cuatro órdenes menores; la costumbre de la Iglesia de Poitiers permite que los clérigos menores vivan en matrimonio y no lleven tonsura si no lo desean.

h) *En la celebración del matrimonio.*

Numerosas y significativas son las costumbres que tienen que ver con los pormenores del entorno celebracional del matrimonio, de los impedimentos y de las condiciones de los cónyuges. Por ejemplo, una costumbre, vivida desde tiempos lejanos en la Iglesia romana, reconoce como válido en cualquier época del año litúrgico el intercambio de consentimientos 'de praesenti' hecho por los esposos, aunque la celebración de las bodas esté prohibida en determinadas épocas; una antigua costumbre admite como testigos de la celebración del matrimonio — y del proceso de nulidad del mismo matrimonio — a los padres, hermanos y parientes, de uno y otro sexo; es costumbre de la Iglesia de Francia, seguida por otras iglesias, publicar las proclamas matrimoniales; es costumbre de la Iglesia romana que la mujer impotente no se separe del varón, sino que viva como hermana; en cambio es costumbre existente en la Iglesia galicana permitir nuevo matrimonio en caso de impotencia de alguno de los cónyuges.

5. *Conclusiones provisionales extraídas de la fenomenología histórica.*

Es evidente que la fenomenología de la costumbre clásica no es idéntica a la que podemos encontrar hoy. Ni tampoco es exactamente la misma que encontramos por ejemplo — si nos tomamos la paciencia de rastrearlo — en los dictámenes del *Thesaurus resolutionum Sacrae Congregationis Concilii* para los siglos XVIII y XIX o en las *Sacrae Romanae Rotae Decissiones* a lo largo de este siglo. Pero el tono es el mismo. Las costumbres establecen criterios de competencia jurisdiccional; crean, modifican o extinguen derechos de elección, derechos de precedencia, derechos patrimoniales; configuran modos de concluir los actos jurídicos; determinan condiciones de idoneidad, de licitud y de validez. En definitiva, las costumbres se mueven en el terreno de la actividad jurídica exigida por el hecho organizativo. Encuentran modos razonables de responder a la situación social en la que naturalmente está inmersa la vida eclesiástica. No es-

tán llamadas a reflejar las actitudes intelectuales y morales de los sujetos que las consolidaron; no dan razón (por lo menos directamente) del modelo de Iglesia que los introductores de esas costumbres tenían: resuelven más bien causas de derecho. Estoy convencido de que sobre esto se puede discutir mucho, pero me parece que esta apreciación es sustancialmente cierta.

Se podría alegar que los fenómenos consuetudinarios que hemos presentado se extraen de unas fuentes parciales, porque en el fondo las decretales pontificias resuelven litigios (como los dictámenes del *Thesaurus* o las 'cause iurium' de la Rota). Es cierto. Pero la doctrina canónica, que sería otra fuente menos contenciosa, menos afectada por cuestiones de controversia práctica, apela frecuentemente a esos mismos supuestos. Y cuando ofrece otros distintos, como veremos más adelante, pensamos que pueden inscribirse en una perspectiva muy parecida.

6. *Aspectos críticos de los intentos de fundamentación de la costumbre en la tradición, en la recepción, en el carisma y en el 'sensus fidei'.*

Aceptando el valor de reconstrucción doctrinal que demuestran algunas de propuestas anteriormente avanzadas, y aun contando con que han sido elaboradas por autores de relieve, considero sin embargo que conviene ofrecer alguna crítica sobre ellas, crítica que establezca sobre bases más firmes la fundamentación eclesiológica de la costumbre.

a) *Sobre la tradición.*

La costumbre no coincide ni se identifica con la tradición tal y como la diseñamos en su momento. El sujeto trascendente de la tradición es el Espíritu Santo; y el sujeto inmediato de la tradición es la Iglesia en su conjunto, desde el último fiel al Obispo de Roma, cada uno según su función y su ministerio. Y es la revelación sobrenatural del Señor lo que constituye el objeto de la Tradición. Ya se ve que ni por el elemento subjetivo ni por el elemento objetivo puede identificarse la Tradición con la costumbre. La costumbre no tiene por qué tener (y habitualmente no tiene) un sujeto universal o general. Y su materia no tiene por qué versar (y ordinariamente no versa) sobre contenidos de origen revelado.

Es verdad que el proceso intertemporal de transmisión, y el carácter comunitario del sujeto transmisor, que son características comunes a la tradición y a la costumbre, llevó consigo que en su origen se atribuyeran de un modo un tanto indiscriminado los efectos de la una a la otra y que se distinguiera poco entre tradición y costumbre⁽⁴⁰⁾. Pero cuando la doctrina maduró — es decir, cuando se vio la necesidad de distinguir — los autores se ocuparon de ofrecer una acepción más precisa de cada una de ellas⁽⁴¹⁾.

Es también bastante probable que, de modo consciente o inconsciente, el prestigio normativo de la costumbre haya descansado en su afinidad con la tradición. Sin embargo, se pueden rastrear las diferencias incluso en los modelos más primitivos de ambas categorías. La tradición venía a ser la fuente constitutiva de la norma de la fe y del comportamiento. La costumbre era fuente de conocimiento en la que se leía la tradición. «*Traditio tibi praetendetur auctrix, consuetudo confirmatrix*»⁽⁴²⁾. La costumbre tenía la configuración material de un hecho, la tradición era el elemento formal al que ese hecho remitía. La tradición «frecuentemente aparece como presupuesto de la costumbre legítima»⁽⁴³⁾, nunca como resultado de

(40) Cfr. J. GAUDEMET, *La coutume en droit canonique*, en «*Revue de Droit Canonique*» 38 (1988), pp. 226-227. Gaudemet considera insuficientes los datos ofrecidos por algunos autores (Braun, Beck) para establecer una diferencia incipiente entre costumbre y tradición (o entre Tradición y tradiciones) en Tertuliano y Cipriano, los dos testimonios más primitivos del uso de ambos términos. Y descalifica también, por insuficiencia de fundamentación, las teorías explicativas elaboradas por canonistas posteriores (Wehrlé, Van Hove) para diseñar la diferencia entre una y otra fuente. Me parece sin embargo que los datos históricos consienten elaborar estas teorías. No son absolutamente probatorias (porque los datos no fuerzan irresistiblemente en esa dirección), pero resultan las más razonables.

(41) Cfr. I. IBÁN, *Notas acerca de la costumbre en el derecho canónico*, en «*Il diritto ecclesiastico*» 97 (1986), I, p. 275. Gaudemet fija el s. XIII como una fecha en la que ya está claramente establecida la diferenciación técnica de ambas nociones: «*L'individualité de la coutume s'affirme dans un vocabulaire désormais plus précis. Consuetudo a désormais une portée juridique. Il s'agit d'une source de droit, alors que l'Usus reste la pratique, un simple fait et que Traditio se réfère à la transmission du Message de la foi*» (J. GAUDEMET, *La coutume*, cit., p. 237).

(42) TERTULIANO, *De corona*, 4, PL 2, 80. Según Gaudemet «*le jeu rhétorique interdit de tirer quelqu'argument d'un tel passage*» (J. GAUDEMET, *La coutume*, cit., p. 227, nota 5).

(43) A.M. STICKLER, *La norma canonica nel primo millennio della Chiesa*, en «*La norma en el Derecho canónico. Actas del III Congreso Internacional de Derecho canónico. Pamplona 10-15 de octubre de 1976*», I, Pamplona 1979, p. 44.

ella. Las palabras de los Padres y escritores eclesiásticos más antiguos sugieren que no eran la intertemporalidad ni la antigüedad en sí mismas las que autorizaban la costumbre, sino la verdad que reflejaba el uso como testimonio de la tradición⁽⁴⁴⁾. Dicho con otras palabras, el título que se alega para la autoridad del uso es, incluso en esos primeros momentos, el carácter apostólico del origen y no tanto su carácter consuetudinario⁽⁴⁵⁾.

Por lo demás, hay una neta diferencia entre la costumbre del primer milenio y la costumbre como fuente de derecho que comienza a configurarse en los inicios del segundo milenio. «No hay ninguna alusión durante el primer milenio a una teoría general del derecho: lo único que preocupaba a los autores era el valor de la costumbre; y además se trataba más bien de una preocupación jerárquica»⁽⁴⁶⁾; es decir, la cuestión residía en conocer qué costumbre gozaba de una autoridad superior, cuál tenía un origen más digno o una génesis de más peso. No se miraba tanto a la comunidad introductora, y al carácter de la conducta que introducía, sino al título original en el que se apoyaba ese comportamiento.

Por eso, a nuestro juicio, hay que ser cautos a la hora de establecer una sintonía demasiado densa entre la tradición y la costumbre⁽⁴⁷⁾. El dinamismo de la tradición y el de la costumbre, guar-

(44) Tal vez el testimonio más relevante en la doctrina sobre la costumbre de los primeros siglos es que la verdad y la razón prevalecen sobre el uso. En este sentido son definitivas, y constantemente citadas a lo largo del primer milenio, las afirmaciones de Tertuliano: «sed Dominus noster Christus veritatem se, non consuetudinem cognominavit» (*Liber de virginibus velandis*, 1, PL 2, 889); de Cipriano: «nam consuetudo sine veritate vetustas erroris est» (*Epistola ad Pompeium*, 9, PL 3, 1181); y de Agustín: «ratio et veritas consuetudini praeponenda est» (*De Baptismo contra Donatistas*, 4, 5, PL 43, 157). Cfr J. GAUDEMET, *La coutume*, cit., pp. 228-229; G. COMOTTI, *La consuetudine*, cit., p. 28.

(45) Decía Le Bras: «A diferencia de las costumbres que se han consolidado lentamente (...), ciertas disposiciones pasan por ser obra personal de los epígonos del grupo apostólico: así se arraigó la sustitución del sabbat por el domingo, la obligación de ciertos ayunos, diversos preceptos litúrgicos. Tal vez se trataba de la tentación de atribuir orígenes privilegiados a todas las reglas anónimas que se consideraban esenciales» (G. LE BRAS, *La Chiesa del diritto. Introduzione allo studio delle istituzioni ecclesiastiche*, Bologna 1976, p. 60). «En otros términos, [quizá se trataba de] elevar la costumbre al rango de tradición. La naturaleza y el alcance de esta promoción no han sido siempre debidamente valorados por antiguos y modernos: exigen reflexión» (*Ibid.*, p. 60, nota 65).

(46) G. LE BRAS, *La Chiesa del diritto*, cit., pp. 18-19.

(47) Nada impide, ciertamente, que la costumbre jurídica constituya un cauce de-

dando como guardan analogía en muchos aspectos, tienen un ámbito de operatividad y un modo de expresión muy distinto. El dinamismo de la costumbre muy frecuentemente afecta a cuestiones de tono menor y tiene una fenomenología muy lejana a los contenidos de la fe y de la moral reveladas. Por eso, la recuperación eclesiológica de la costumbre no puede descansar sobre su pura analogía externa con la intertemporalidad y el carácter comunitario de la tradición.

Ni siquiera podemos decir que la fenomenología de la costumbre, tal como se elabora a partir del segundo milenio cristiano, guarde especial sintonía con el paradigma de costumbre que está en la base de las 'tradiciones eclesiales'; es decir, de aquellas tradiciones que determinan el núcleo constitutivo de doctrina, de liturgia, de disciplina y de espiritualidad de las antiguas Iglesias rituales autónomas. Entre otras cosas porque ese núcleo de costumbres primordiales no establece su fuerza simplemente por razón de la operatividad comunitaria sino que reclama para sí, como es bien sabido, un fuerte apoyo en la antigüedad cristiana y en la ley escrita (en los 'sacri canones')⁽⁴⁸⁾.

b) *Sobre la recepción.*

El concepto de recepción, abundantemente usado a lo largo de estos últimos veinte años en la eclesiológica, «es una noción compleja, que corre el riesgo de convertirse en una noción 'passe-partout' o, como dicen los anglosajones, en un 'catch all'»⁽⁴⁹⁾. Por ello, a nues-

clarativo de tradición. El problema vendría de emparentar de un modo demasiado intenso la tradición y la costumbre. Como si, en el ámbito de los medios de positividad del derecho divino (que son muy variados: la ley, el comportamiento comunitario, la doctrina teológica y espiritual, las decisiones de la autoridad), existiera una proximidad más profunda y de grado diverso entre ambas, en comparación con el resto de las fuentes de positividad. Eso resultaría tan inconveniente como decir, por ejemplo, que la ley canónica — por ser eventualmente cauce declarativo de derecho divino — constituye un modo infalible de formular el derecho, o una fuente de derecho vinculada de suyo a la declaración de revelación sobrenatural. El caso es significativo, porque ley y costumbre tienen *eadem vis* y operan *in eadem materia*.

⁽⁴⁸⁾ Cfr. I. ZUZEK, *Incidenza del «Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium» nella storia moderna della Chiesa universale*, en «Ius in vita et in missione Ecclesiae», Città del Vaticano 1994, pp. 677-685.

⁽⁴⁹⁾ G. ROUTHIER, *La réception*, cit., p. 63. Puede observarse hasta qué punto se entiende expansiva la noción en las siguientes palabras de Routhier: «Está [la recepción] en el corazón de la relación entre Dios y su pueblo, en el corazón de las relaciones entre las personas dentro de la Iglesia y en el corazón de las relaciones entre las Iglesias

tro parecer, conviene estudiar de modo más crítico y maduro el concepto y la funcionalidad de la recepción. No se puede negar su existencia, pero en el actual estado de la doctrina se trata de un concepto « polisémico »⁽⁵⁰⁾ y sus aplicaciones no son homogéneas. En el fondo se reduce al concepto de influjo relacional de las instancias implicadas en una realidad viva. Allí donde existe un fenómeno de alteridad, de reciprocidad, de mutua implicación entre dos instancias eclesiales que se encuentran enlazadas o relacionadas, allí se habla de recepción, de actividad receptora de una por la otra. Y de este modo, todo se resuelve en un acto recepticio, que además no hace sino reflejar la recepción que la Iglesia hace en el Espíritu Santo del Hijo enviado por el Padre.

Así pues, todos son actos recepticios: la acogida que la Iglesia realiza de un concilio, la fijación del canon bíblico, la aceptación de ministros ajenos por parte de las Iglesias locales, la aceptación de ministros propios hecha por la comunidad a la que van a servir, la aceptación que la comunidad realiza de la ley canónica, la aceptación de las propuestas doctrinales por parte de las Iglesias y comunidades eclesiales en el diálogo ecuménico, la convalidación de los actos jurídicos por parte del romano Pontífice, la validación que efectúa la autoridad católica de los sacramentos administrados en una comunidad herética.

Pensamos por eso que no se puede otorgar sin más una operatividad homogénea (unos efectos idénticos) a una noción que no es unívoca, sino que tiene una naturaleza fuertemente analógica y tal vez equívoca en algunos puntos. Por ejemplo, no se puede comparar proporcionadamente la recepción que la Iglesia llevó a cabo del símbolo nicenoconstantinopolitano, o del Concilio de Calcedonia, o del canon bíblico, con la acogida que para una comunidad merece una determinada ley canónica o con el 'consensus' comunitario de la costumbre⁽⁵¹⁾. No sólo ni principalmente por la distinta entidad de las

locales y las 'Iglesias' de las diversas confesiones cristianas. Por último, este proceso [de recepción] remite también a las relaciones entre la Iglesia, la cultura y la sociedad» (*ibid.*, p. 65).

⁽⁵⁰⁾ Cfr. *Ibid.*, p. 63.

⁽⁵¹⁾ Cfr. Y. CONGAR, *La recepción*, pp. 59-70 (para los Concilios y los asuntos doctrinales); pp. 71-73 (para el derecho y la disciplina). Puede notarse un notable y lógico desequilibrio entre unas y otras fuentes y también en el tipo de argumentación.

cuestiones. Sobre todo por la distinta cualidad de los sujetos receptores.

Otras veces no se trata sólo de desproporción, sino de posibles colisiones recepticias. Por ejemplo, la recepción que la comunidad hace del acto de la autoridad puede colisionar con la recepción que la autoridad hace del acto comunitario. Es muy difícil fundar el presupuesto eclesiológico de una institución — en nuestro caso la costumbre — sobre una noción tan lábil.

Además, el modelo recepticio aplicado a la costumbre conduce, directa o indirectamente, a entender el ‘consensus’ comunitario como un elemento entrañado en el mismo ejercicio de la potestad. La comunidad participaría de la potestad canónica en un plano de identidad o de simetría con el legislador. El comportamiento comunitario constituiría por lo menos una fase o en un trámite necesario de la actividad nomogenética. Pensamos que existen otros modos de entender la postura activa de la comunidad, e incluso su efectiva causalidad eficiente en la creación de la norma consuetudinaria, sin necesidad de apelar a este recurso.

c) *Sobre el carisma.*

Un somero repaso de la fenomenología de la costumbre clásica y moderna lleva a la conclusión, sin ningún género de dudas, de que su fundamentación eclesiológica no puede descansar en el carisma. Que el carisma pueda constituir en algunas ocasiones presupuesto de algunas costumbres puede aceptarse. Pero que constituya la base teológica que dé razón de la norma consuetudinaria no encuentra refrendo alguno en la historia y desorbita completamente la función de la costumbre. La mayor parte de los comportamientos consuetudinarios se producen en cuestiones que miran a la adecuación de la vida social, a un conveniente desarrollo de la vida jurídica; cuestiones, por otra parte, fuertemente afectadas por la contingencia y que no responden a la ‘unción del Santo’ ni por su relieve externo ni por el ‘animus’ de la comunidad introductora.

No hay inconveniente, por supuesto, para considerar determinados comportamientos carismáticos (es decir, suscitados por una gracia ‘gratis data’ con inmediata repercusión en la edificación de la Iglesia) como conductas capaces de generar derecho consuetudinario. Pensemos por ejemplo en el carisma originario de los institutos de vida consagrada. Ese carisma contiene elementos espirituales, modos de participar en la evangelización y también elementos organiza-

tivos que pueden convertirse en norma jurídica a través de la costumbre. Por volver a los ejemplos clásicos: Inocencio III no sólo alaba, sino que convierte en ley para otras órdenes religiosas, la costumbre de los abades del Císter de reunirse periódicamente en capítulo⁽⁵²⁾; e impone igualmente por ley la obligación del silencio perpetuo, vivida consuetudinariamente por algunos monasterios⁽⁵³⁾.

Pero hay que tener presente que los carismas podrán desembarcar en realidades jurídicas en la medida en que generen conductas que sean llevadas a cabo 'cum animo ius inducendi'. Dicho con otras palabras, en la medida en que creen condiciones jurídicamente organizativas en el conjunto social. La costumbre jurídica no se introduce simplemente 'cum animo se sanctificandi', 'cum animo charitatis', 'cum animo liberalitatis'. A esas actitudes no se les puede atribuir la capacidad de obligar de una norma jurídica. Son (en sentido absoluto) considerablemente más valiosas que el ánimo 'ius inducendi', pero no son previsiones jurídicas, no están orientadas para obligar en su despliegue al conjunto de la comunidad (ni por su propia naturaleza podrían hacerlo). No se llevan a cabo para crear derecho, aunque puedan generar usos determinados y hábitos de comportamiento comunes.

d) *Sobre la 'actuositas Spiritus'.*

En sintonía con lo que acabamos de decir, no hay más remedio que aludir al c. 1506 § 1 del CCEO: «Consuetudo communitatis christianae, quatenus actuositati Spiritus Sancti in corpore ecclesiale respondet, vim iuris obtinere potest». Esta indicación normativa parece mostrarse favorable precisamente hacia todo aquello frente a lo que nosotros acabamos de mostrarnos tan críticos.

El Código latino y el de las Iglesias orientales son dos sistemas jurídicos tendencialmente plenos, distintos, independientes y exclusivos. Nadie duda acerca de esto: no se puede hacer apelación de uno a otro para extraer criterios jurídicos aplicables, ni para interpretar las normas, ni siquiera para suplir las lagunas de ley. Pero aun así, si sobre una misma materia ambos Códigos muestran diferencias sustanciales, que no afectan tan sólo al régimen de las insti-

⁽⁵²⁾ X III, 35, 7.

⁽⁵³⁾ X III, 35, 6. Este supuesto y el de la nota anterior son citados por R. WEHRLÉ, *De la coutume*, cit., pp. 106-107.

tuciones, sino a la formulación misma de los conceptos, eso no deja de crear problemas al ordenamiento canónico. No se trata sólo de si las costumbres necesitan un plazo mayor o menor para consolidar su fuerza normativa, ni de saber si las costumbres contra ley precisan o no ánimo de introducirlas o de qué tipo de consentimiento requieren. Lo que está en juego es el concepto mismo de costumbre.

¿Qué modelo de costumbre canónica tiene el legislador del CCEO delante de los ojos para diseñar esta noción tan espiritual? A nuestro juicio no sería nada extraño que el legislador tuviera ante él los cc. 27-28 y 39-40 del CCEO. En esa clave, es decir, en el clima de las Iglesias rituales *sui iuris* y de los ritos, se puede entender mejor el c. 1506. Pensamos que el legislador no está mirando primariamente a las comunidades cristianas *interiores* a las iglesias rituales, sino a las iglesias rituales mismas. Cada una de esas iglesias rituales sería la «*communitas christiana*» de que habla el c. 1506. Tiene delante de los ojos el patrimonio teológico, espiritual y litúrgico de esas iglesias rituales. Ese patrimonio se configuró, al menos en parte, de modo tradicional y es muy posible que el legislador haya pensado que en ese diseño intervino la costumbre canónica. No es improbable que el *Codex canonum Ecclesiarum orientalium* ofrezca un modelo de normatividad comunitaria que no se ajuste a la 'canonica consuetudo' de la tradición latina.

¿Puede justificarse esta presunción con algún otro dato, además de la apelación a la «*actuositas Spiritus Sancti*»? Encuentro dos indicios en el régimen de la costumbre canónica del Código oriental que pueden inscribirse en la misma dirección. El c. 1506 — al contrario que el c. 23 del CIC — no habla para nada del consentimiento del legislador, como si la costumbre que ahí se diseña no necesitara esa aprobación, como si se impusiera sobre el legislador mismo. Y tampoco se hace indicación alguna (ni en el c. 1506 ni en ningún otro) acerca del «*animus ius inducendi*». Se habla tan sólo de «*la praxis continua y pacífica*» de introducción, como si la costumbre se apoyara no tanto en la actividad voluntaria de la comunidad, sino en un título original y previo (es decir, en la tradición apostólica o por lo menos en la más venerable antigüedad cristiana).

e) *Sobre el 'sensus fidei'.*

El interesante intento de radicar el fundamento de la norma consuetudinaria en el 'sensus fidei' del Pueblo de Dios ha recibido una aguda crítica, a la que sustancialmente nos adherimos, por parte

de Giuseppe Comotti⁽⁵⁴⁾. El texto de LG 12 advierte, como dijimos, que «la totalidad de los fieles que tienen la unción del Santo (I Io. 2, 20 y 27) no puede equivocarse en la fe», aunque afirma a continuación que «se manifiesta esta propiedad suya tan peculiar en el sentido sobrenatural de la fe de todo el pueblo: cuando “desde los obispos hasta el último de los laicos cristianos” (S. Agustín, *De praed. sanct.* 14, 27: PL 44, 980) muestran estar totalmente de acuerdo en cuestiones de fe y de moral».

De estas palabras puede colegirse que: 1) el consenso debe constar con certeza y claridad; 2) tiene que ser universal, implicando al conjunto del Pueblo de Dios; 3) debe afectar exclusivamente a cuestiones de fe y de moral; 4) el ‘consensus’ radica en el entendimiento y en la voluntad interna y constituye una persuasión.

Es fácil descubrir que estas condiciones resultan inaplicables a la costumbre canónica. Difícilmente las costumbres implican al Pueblo de Dios en su totalidad. Difícilmente afectan exclusivamente a materias de fe y de moral. Nunca consisten tan sólo en persuasiones, sino que se consolidan con actos sociales relevantes y públicos.

A esta última dificultad podría oponerse (y se ha opuesto de hecho) el argumento de que el ámbito de competencia del ‘sensus fidei’ es la práctica, la experiencia vital cristiana⁽⁵⁵⁾. No cabe la menor duda de que la experiencia cristiana es el ámbito de percepción del ‘sensus fidei’ y que es también el estímulo permanente para su ejercicio. Pero el ‘sensus fidei’ no se resuelve ni consiste en la experiencia. La experiencia es fuente de conocimiento del ‘sensus fidei’, nunca un factor genético esencial; es un permanente instrumento de estímulo, no el elemento constitutivo originario. El ‘sensus fidei’ es un sentido sobrenatural de la fe y por lo tanto una persuasión que embarga la mente y el corazón del pueblo creyente. Es en el corazón donde unge el Espíritu Santo. En el caso de la costumbre, sin em-

(54) Cfr. G. COMOTTI, *La consuetudine*, cit., pp. 104-115. También se había manifestado en términos semejantes S. GHERRO, *Normazione canonica e Popolo di Dio (qualche riflessione sui cann. 7 e 23)*, en «Studi sul Primo Libro del Codex Iuris Canonici» (a cura di S. GHERRO), Padova 1993, pp. 98-101.

(55) Es indudable que la experiencia vital cristiana tiene un lugar natural en el ‘sensus fidei fidelium’, que se desarrolla bajo el constante estímulo de la experiencia de la fe. Pero «si può allora parlare non tanto di “una esperienza che proviene dall’intelligenza”, quanto di “un’intelligenza esperienziale che proviene dal vissuto” (Z. Alszaghy)» (G. COMOTTI, *La consuetudine*, cit., p. 113).

bargo, los actos introductorios son elemento necesario y esencial para la constitución jurídica de la norma. Evidentemente esos actos proceden de un 'animus' racional; pero sin los actos introductorios, sin el auténtico influjo social, el 'animus' ni siquiera existiría.

Pero sobre todo, como ya hemos indicado, el problema fundamental radica en el objeto mismo del 'sensus fidei'. Captar el objeto de la fe no es la funcionalidad propia de la costumbre canónica. «Non si vede cioè come, in termini giuridici, la produzione di una norma consuetudinaria possa ritenersi "qualcosa di meno" e non invece *qualcosa di diverso* rispetto al sentire in intima concordanza con l'oggetto della fede»⁽⁵⁶⁾.

7. *La fundamentación eclesiológica de la costumbre en la 'communio' y en los 'munera Christi'.*

La 'communio' está entrañada en toda la actividad eclesial, y por lo tanto también en la costumbre, como ha mostrado la mejor doctrina canónica. Pero el concepto de 'communio' tiene también algún problema para constituir la base teológica específica de la costumbre. Se trata de un concepto abierto y omnicompreensivo, capaz de reflejar toda institución eclesial, en la misma medida en que la noción sirve precisamente para connotar a la Iglesia misma. No es un concepto que sirva para caracterizar y especificar, porque ha nacido para unir. No distingue a una institución de otra, no presta un apoyo específico de calificación, porque en todas las materias e instituciones canónicas se encuentra presente la comunión. Más que un fundamento específico es una condición indispensable para el relieve eclesial de la costumbre. Toda costumbre — como todo acto de potestad canónica — debe respetar y mostrar la 'communio fidelium' y la 'communio hierarchica'.

Por otra parte la 'communio' no explica la actividad comunitaria en sí misma. No da razón de los actos introductorios de costumbre, sino del *modo* de esa introducción. No dota a la comunidad, en sentido estricto, de capacidad activa, sino que inscribe esa capacidad en el cauce que le corresponde. La 'communio' es un reflejo del ser de la Iglesia presente en toda su organización institucional, pero no otorga un principio de obrar subjetivo, ni personal ni comunitario.

⁽⁵⁶⁾ *Ibid.*, pp. 113-114.

La participación de los fieles en los 'munera Christi' subraya mejor el carácter activo del Pueblo de Dios en la edificación de la Iglesia; en este sentido los 'munera Christi' (y especialmente el 'munus regendi') pueden servir con mayor garantía como fundamento eclesiológico de la costumbre canónica. De todas formas tampoco la participación en los 'munera Christi' constituye un presupuesto *exclusivo* de la costumbre. Cualquier acto de los fieles (no sólo los actos que introducen costumbre jurídica) lleva consigo el ejercicio de esos 'munera'. Un acto de aceptación de ley puede ser también, por ejemplo, un ejercicio de corresponsabilidad comunitaria en la edificación de la Iglesia.

8. *Contingencias históricas y doctrinales que afectan a la comprensión teológica del comportamiento consuetudinario.*

La costumbre no se justifica desde una perspectiva exclusivamente teológica. Dicho más exactamente, no se puede dar razón de la costumbre exclusivamente con los instrumentos propios y típicos de la teología sobre la Iglesia. Para comprenderla y darle su verdadero sentido es preciso hacer intervenir al derecho y permitir que valore los hechos sociales. Hace falta también oír a la historia. Por muy impregnada que esté de componentes metahistóricos y metajurídicos, la costumbre surge como una exigencia histórica y jurídica del ordenamiento canónico. Si intentáramos explicarla sólo desde sus componentes metajurídicos y metahistóricos la costumbre resultaría difícilmente comprensible; y creyendo que hablábamos de la costumbre probablemente estaríamos hablando de otra cosa.

Hay una serie de contingencias históricas y doctrinales que modifican el modelo habitual que se puede tener de comunidad y de costumbre. Muchas veces las reflexiones sobre la costumbre se hacen desde categorías muy teóricas, con una perspectiva fuertemente conceptual, que no se compagina con la realidad consuetudinaria en su acontecer histórico y en su itinerario doctrinal. Como si la costumbre fuese siempre la conducta de una comunidad unánime, guiada por el Espíritu Santo, y embargada por una viva conciencia de introducir derecho.

No es infrecuente que frente a esos conceptos ideales surjan, en la historia y en la doctrina, elementos que relativizan esos esquemas, es decir, anomalías del modelo teórico. Pero esas anomalías no son

simplemente quiebras de modelo típico, sino medios que permiten conocer más a fondo la realidad de la norma consuetudinaria.

a) *La comunidad 'distributive sumpta'.*

La comunidad introductora de costumbre no es ordinariamente una comunidad completa ('collective sumpta')⁽⁵⁷⁾. Dicho de otro modo, no todos los miembros de una comunidad institucional (una diócesis, una provincia eclesiástica, una parroquia) intervienen en la confección de la norma consuetudinaria ni se ven obligados por ella. No estamos hablando aquí de la 'pars major aut sanior', es decir, del modo de computar la totalidad moral de un grupo, sino de los sujetos a los que corresponde por razón de la materia la introducción de la costumbre. Análogamente a lo que sucede con las leyes (que obligan «a todos aquellos para los que han sido dadas» según nos indica el c. 12 § 1 para las leyes universales), el supuesto de hecho consuetudinario afectará, en el ámbito que les corresponda (universal o particular), a una especie determinada de fieles. Pocas costumbres son verdaderamente generales; es decir, pocas afectan en su ámbito (universal o particular) a todos los fieles. Por eso, cuando se habla de la comunidad introductora de costumbre se habla de una comunidad 'distributive sumpta'. La comunidad directamente introductora de costumbre no tiene (o no es necesario que tenga) una descripción comparable con las comunidades cristianas típicas, ni opera de un modo orgánico y unánime.

Es cierto que «para la inducción de norma consuetudinaria se requiere evidentemente que toda la comunidad, tomada colectivamente, conspire hacia la observancia del uso»⁽⁵⁸⁾. Es decir, aunque no todos los fieles de una comunidad intervengan directamente en la confección de la norma consuetudinaria con su conducta, todos in-

⁽⁵⁷⁾ «*Communitas ad consuetudinem inducendam apta (sicut communitas pro qua a Superiore directe conditur lex proprie dicta) non solummodo intelligitur communitas tota collective sumpta seu universalitas omnium membrorum ad eam de facto pertinentium (v.g. dioecesis, in quantum comprehendit omnes fideles in ea domicilium aut quasi-domicilium habentes, laicos et clericos, viros et feminas) sed et communitas distributive sumpta, idest sola determinata classis aut categoria membrorum ad hanc communitatem collective sumptam pertinentium speciali muneri addictorum vel in speciali conditione aut in specialibus circumstantiis versantium (v. g. in dioecesi soli clerici, religiosi, advocati, mercatores, operarii)*» (G. MICHIELS, *Normae generales*, cit., pp. 55-56).

⁽⁵⁸⁾ *Ibid.*, p. 56.

tervienen con su aceptación y se ven involucrados en el uso. Pero este grado de participación o de *conspiración* hacia la observancia, aunque resulta jurídicamente relevante, sirve muy poco a efectos de diseñar ontológica o eclesiológicamente una comunidad. Existen categorías subjetivas capaces de introducir costumbre cuyos miembros guardan entre sí una relación muy tenue y que difícilmente se acomoda al concepto de comunidad (testigos en un juicio, incursos en una pena, propietarios de un bien, titulares de un oficio). Y eso hace muy difícil concebir a la comunidad introductora con los rasgos típicos de una comunidad institucional que obra al completo y orgánicamente, aunque todos sus miembros se vean sin duda involucrados virtual o remotamente en el uso comunitario.

b) *Las comunidades anómalas.*

Aunque resulta muy discutible desde el punto de vista técnico, goza de una considerable aceptación de la doctrina la opinión de que los tribunales y las curias administrativas son sujetos capaces de crear costumbre, o al menos de inducirla⁽⁵⁹⁾, a través de la jurisprudencia y de la praxis administrativa⁽⁶⁰⁾. El modo homogéneo de resolución de las controversias y del ejercicio de la potestad administrativa 'transit in consuetudinem'. A nuestro juicio es muy dudoso que se pueda hablar de comunidad capaz de costumbre en el caso de los tribunales y las curias⁽⁶¹⁾. Pero es difícil negar que constituyen el ele-

(59) Cfr. A. VAN HOVE, *De consuetudine*, cit., pp. 176-185.

(60) Cfr. Ch. LEFÉBVRE, *Les pouvoirs du juge en droit canonique. Contribution historique et doctrinale à l'étude du canon 20 sur la méthode et les sources en droit positive*, Paris 1938, pp. 256-257. Sobre la capacidad del estilo y de la praxis administrativas para generar derecho consuetudinario, cfr P. LOMBARDÍA, *Ley, costumbre y actos administrativos en el nuevo Código de Derecho canónico*, en «Escritos de Derecho canónico y Derecho eclesiástico del Estado», V, Pamplona 1991, p. 131.

(61) Cuando se habla de la praxis administrativa y de la jurisprudencia como costumbre jurídica hay que tomar las debidas cautelas. La jurisprudencia y la praxis (el tradicional 'stylus curiae') no constituyen de suyo costumbre jurídica. Falta para ello comunidad capaz de introducirlas y es más que dudoso el ánimo de introducir derecho y la homogeneidad de los actos a través de los cuales se manifiesta el uso. Puede suceder sin embargo que las decisiones jurisprudenciales y administrativas se conviertan en normativas por un nuevo título. Porque acceda el consentimiento expreso del legislador (y entonces se convertirán en ley), o del que tiene potestad ejecutiva (y entonces se convertirán en norma administrativa), o porque de tal modo impregnen el sentir comunitario que la comunidad efectivamente las haga suyas (y entonces tendremos efectivamente una costumbre). Por eso no se puede aceptar sin más que la costumbre sea «el uso su-

mento activo más vigoroso para la introducción, es decir, los que inducen el 'ánimus' de la comunidad. De todas formas — se piense lo que se piense de ello — la capacidad de introducir costumbre por parte de estas comunidades anómalas ha sido el recurso técnico que se ha utilizado para dar relieve normativo al conjunto de decisiones acordadas de los órganos judiciales y administrativos. Este tipo de comunidades anómalas se parecen muy poco al modelo de comunidad cristiana clásico y que constituye el presupuesto de fondo de los planteamientos eclesiológicos que antes hemos mencionado.

c) *Sobre el comportamiento unánime.*

La unanimidad es otra de las piezas que configuran el diseño ideal de la costumbre. Un pueblo unánime que obra movido por un motivo idéntico y común. Esto tiene una expresión máxima en el caso de la costumbre canónica, a la que se atribuye un origen espiritual (la actividad del Espíritu) que unificaría a la comunidad otorgándole un mismo sentir. Nadie puede negar que estas conductas unánimes de carácter espiritual tienen su lugar en la vida de la Iglesia, en la que han de existir, con la frecuencia que disponga el Espíritu Santo, auténticos plebiscitos de unanimidad espiritual. Pero las costumbres jurídicas no tienen esta fisonomía. Como hemos dicho, son habitualmente sectores determinados de la comunidad los que las introducen.

De otra parte no se debe olvidar que las costumbres canónicas nacen frecuentemente en el campo de las competencias y de los sujetos capacitados para ejercer determinadas funciones. Y se alegan en situación de conflicto. La mayor parte (casi la totalidad) de las costumbres canónicas de las que tenemos noticia en la historia las conocemos por las alegaciones contrarias de los que se oponían a ellas. La fuente de conocimiento de la costumbre son las decretales pontificias, que zanján conflictos eclesiásticos, los dictámenes para la so-

ficientemente prolongado en el tiempo y acreditado en la conciencia de los jueces» (G. SARACENI, *Consuetudo est optima legum interpres* (Contributo all'interpretazione del can. 29 C.J.C.), en «Ephemerides iuris canonici» 4 (1948), p. 94). La conciencia de los jueces no hace costumbre en sentido propio, porque no son comunidad capaz de introducirla, aunque sin duda pueden constituir un instrumento canónico de relieve para inducir el 'ánimus' comunitario. Se muestra crítico frente a la posibilidad de entender la jurisprudencia como un cauce consuetudinario, Z. VARALTA, *De jurisprudentiae conceptu*, en «Periodica de re morali canonica liturgica» 62 (1973), p. 47.

lución de controversias por parte de las Congregaciones romanas, las sentencias judiciales, que estiman hasta qué punto están probadas las costumbres que se alegan. Aunque las costumbres generen derecho objetivo, pueden desembocar a veces en situaciones de dialéctica intracomunitaria. Un uso puede ser introducido solidariamente por la comunidad en su conjunto, pero una parte de la comunidad puede en un momento posterior denunciarlo. Y lo que es más frecuente: puede ser introducido por una 'communitas selective sumpta' (por una determinada clase de personas) e involucrar en su despliegue al resto. Pero esa conspiración común puede romperse cuando los que viven la costumbre de un modo menos activo se sienten, por un cambio de circunstancias, perjudicados por el uso. Y atribuyen el protagonismo consuetudinario sólo a los introductores activos, que es a los que más claramente beneficia.

d) *La costumbre 'mixta cum praescriptione'* (62).

No siempre es fácil distinguir dos conceptos jurídicos, sin duda diversos (teóricamente diferenciados, también en el régimen codicial), pero muy próximos en la práctica, como son la costumbre y la prescripción de situaciones jurídicas beneficiosas frente a terceros (63). Entre prescripción y costumbre existen, como es bien sabido, notables diferencias. «El fin de la costumbre se ordena a la generalidad, con el objeto de crear un derecho público, y no apropiable sino común; la prescripción se ordena a la adquisición de un derecho privado y apropiable» (64). La costumbre crea derecho objetivo y público, la prescripción opera en el ámbito del derecho privado. Participan ambas sin embargo de un sustrato común que es la intertemporalidad, es decir, el lapso de tiempo que produce la modificación de una situación jurídica. En el derecho canónico ha existido siempre, por desgracia, una mezcla muy poco discrimi-

(62) Resumimos en este punto, con algunas variaciones, lo que escribimos en J. OTADUY, *sub can. 26*, en *Comentario exegético al Código de Derecho Canónico*, Pamplona 1996, pp. 455-457.

(63) Cfr. P. LOMBARDÍA, *sub c. 25*, en *CIC Pamplona*, p. 83; A. VAN HOVE, *De consuetudine...*, cit., pp. 10 y 174-175; también R. WEHRLÉ, *De la coutume*, cit., pp. 119-121, *in not.*, aunque Wehrlé entiende la prescripción solamente en clave extintiva de derecho.

(64) A. DE BUTRIO, *Super Prima Primi Decretalium commentarii*, L. I, tit. 4, c. 11 *Repetitio*, n. 49, Venetiis 1578, p. 84A.

nada de términos sobre este punto⁽⁶⁵⁾. Y en ocasiones se produce también cierta amalgama en los fenómenos jurídicos a que ambas instituciones dan lugar. Así se ha propuesto la existencia de una «consuetudo mixta cum praescriptione»⁽⁶⁶⁾. Esto significa que en la alegación forense de la costumbre es muy extraño que no exista la afectación del interés de una persona física o jurídica; es decir, que no esté implicada una situación subjetiva de índole privada. «Nadie litigaría fácilmente con tantos gastos sobre la simple derogación de ley por costumbre contraria si al tiempo no concurriese un interés privado»⁽⁶⁷⁾. En estos casos se debe descubrir si lo que se alega no es mera prescripción de derechos subjetivos. Pero si se producen todas las condiciones de la introducción de costumbre (comunidad capaz, ánimo de introducir derecho), lo más probable es que nos hallemos ante una costumbre jurídica en cuyo despliegue algunos miembros de la comunidad (no terceros ajenos) quedan en situa-

(65) Por eso, en un primer momento se aplicó indistintamente el concepto de prescripción a todo fenómeno jurídico intertemporal, tanto en el ámbito del derecho objetivo como del subjetivo. Pero pronto se advirtió que no podía generalizarse la analogía. Sólo en un sentido impropio podía entenderse que se cumplían las condiciones de la prescripción en el supuesto de costumbre (como si hubiese dos situaciones jurídicas en colisión, la del legislador y la de la comunidad introductora). Sobre todo los civilistas entendieron que existía una sustancial diferencia entre la prescripción y la costumbre. La prescripción (con sus condiciones propias de justicia, de título jurídico y de buena fe, y con los límites naturales respecto al objeto disponible) quedaba destinada a regir las relaciones privadas o singulares, mientras que la costumbre se reservaba para la creación de derecho objetivo y público, presentando supuestos normativos con generalidad. Los canonistas aceptaron en general esta postura (por lo demás incontrovertible), pero continuaron empleando el término de 'costumbre prescrita' para aquella que cobraba valor por el transcurso del tiempo. Por eso, en general, el término prescripción aplicado a la costumbre dejó de connotar adquisición de un derecho subjetivo para significar simplemente la sujeción al lapso del tiempo exigido por la ley (o incluso a las condiciones 'prescritas' por la ley). Pero el término no se abandonó porque tenía a su favor el uso de Gregorio IX en la decretal *Cum tanto*, texto que fijaba los fundamentos mismos del derecho consuetudinario canónico. Para algunos autores, la confusión endémica de estos términos ha ocasionado los problemas más grandes para la comprensión de la costumbre canónica: cfr. J. ARIAS GÓMEZ, *Racionalidad y buena fe en la introducción de la costumbre*, en «*Ius canonicum*» IV (1964), p. 93; cfr también J. FORNÉS, *La costumbre «contra legem»*, *boy*, en «*La norma en el Derecho canónico*», cit., pp. 771-778.

(66) Como propone A. VAN HOVE, *De consuetudine*, cit., pp. 172-176. La expresión está tomada de una sentencia rotal de 18.VII.1914 (AAS 6 (1914), p. 556).

(67) A. REIFFENSTUEL, *Ius canonicum universum*, Lib. I, tit. 4, n. 109, Paris 1864, p. 286.

ción desventajosa. Eso no es en sentido técnico prescripción, pero se inscribe en la misma línea que hemos alegado anteriormente. La costumbre no requiere la unanimidad del comportamiento comunitario, ni repugna a la costumbre canónica la existencia de situaciones intersubjetivas de controversia.

e) *El ánimo interpretativo* ⁽⁶⁸⁾.

En el Código viejo se pedía que la comunidad, al introducir costumbre según ley o extralegal, manifestase ánimo de obligarse (c. 28 CIC 1917). En el c. 25 actual se exige que la comunidad, para generar costumbre canónica, manifieste ánimo de introducir derecho ⁽⁶⁹⁾. Es decir, ahora se exige 'animus communitatis' para la costumbre contra ley, extremo que en la anterior ordenación normativa quedaba intencionalmente en la oscuridad. Entre los comentaristas del Código antiguo se generó una disputa sobre si la costumbre contra ley necesitaba 'animus' por parte de los introductores o si bastaba el «nudum factum non observandi legem» ⁽⁷⁰⁾, tal y como proponía

⁽⁶⁸⁾ Recogemos aquí, abreviado y con alguna pequeña variación, lo que escribimos en J. OTADUY, *sub can. 25*, en *Comentario exegetico*, cit., pp. 445-450. Puede encontrarse una completa exposición de las posturas doctrinales modernas acerca del 'animus communitatis' en la costumbre contra ley canónica, en P. PELLEGRINO, *L'«animus communitatis»*, cit., pp. 48-79 y 236-265.

⁽⁶⁹⁾ Sobre estos puntos hubo unanimidad en el *coetus* de consultores, cfr «Communicationes» 16 (1984), p. 152.

⁽⁷⁰⁾ G. MICHIELS, *Normae generales*, cit., p. 94. Para Michiels (cfr. *ibid.*, pp. 100-107), la fórmula del antiguo c. 28 no podía ser valorada sólo como un silencio, sino que indicaba una positiva exclusión del 'animus', hecha por la ley misma. Así pues, si la comunidad introducía una conducta antilegal, bastaba el 'nudum factum non observantiae', sin voluntad alguna abrogatoria o de desvincularse del mandato legislativo. La ignorancia de la ley, el error sobre su existencia o su vigencia y la buena o mala fe en la que descansase la comunidad introductora (cfr. *ibidem*, pp. 110-126) tampoco eran operativos, ni tenían efectos jurídicos que viciasen el 'ánimus' (mal lo podían hacer, si éste era inexistente). En el fondo del silencio del CIC 1917 y de la fuerte toma de postura de Michiels se encerraba un problema moral de envergadura: cómo podía exigir el derecho intención expresa, voluntad explícita y sin error, de quebrantar la ley justa; eso era algo muy parecido a exigir la comisión de un pecado formal. Ciertamente, si uno adopta la postura del moralista «explicatio introductionis iuris consuetudinarii, sub respectu morali, non caret difficultate» (A. VAN HOVE, *De consuetudine*, cit., p. 138). Pero la visión maximalista de Michiels no fue generalmente acogida por la doctrina. La réplica más característica fue de Van Hove (cfr. *ibid.*, pp. 109-119). Toda comunidad precisa, por la propia naturaleza de la norma consuetudinaria, 'animus inducendi ius' si quiere introducir una verdadera costumbre canónica. El CIC 1917 callaba el supuesto del 'animus'

Michiels. La mejor doctrina rectificó esta opinión de Michiels haciendo ver que el 'animus inducendi ius' es necesario en todo caso.

Ahora bien, ¿cuál es el tipo de 'animus' exigible? La solución de Van Hove⁽⁷¹⁾ indica que basta un ánimo hostil a la ley («animus legi infensus»); es decir, una intención que no necesita ser específicamente abrogatoria, sino genéricamente contraria. Y será suficiente también con que ese ánimo sea meramente interpretativo⁽⁷²⁾. Esto significa que la comunidad no necesita siquiera una intención actual y verdaderamente operante, sino una intención que se deduzca razonablemente de los hechos realizados. Si la comunidad obra así es señal de que no desea la ley o de que desea su abrogación.

El ánimo interpretativo ha sido frecuentemente caricaturizado por su condición irreal (no tiene un efectivo sujeto de inhesión) y por su naturaleza puramente especulativa. Fedele hizo observaciones muy agudas sobre la falta de realismo que supone atribuir a la comunidad introductora de cualquier costumbre un 'animus' que pretenda efectos verdaderamente jurídicos⁽⁷³⁾. No obstante, creemos que una comprensión cuidadosa del tema no excluye, sino que favorece, la adopción del ánimo interpretativo⁽⁷⁴⁾. Afirmar una voluntad

en la costumbre contra ley, pero no lo excluía ni modificaba lo inmodificable. Toda la tradición convergía hacia la aceptación del 'animus communitatis' en la costumbre antinómica y sólo una lectura sesgada del Código podía llevar a pensar lo contrario. No aceptarlo conduciría además a numerosas paradojas y contradicciones. Cualquier comportamiento solidario de la comunidad contra la ley comportaría en definitiva una abrogación, y la aprobación del legislador se haría depender del juicio de la propia comunidad acerca del provecho común y de la utilidad de la ley. Por lo tanto debía existir una motivación adecuada en la comunidad que explicara la respuesta positiva del legislador: el 'nudum factum' de la inobservancia no basta ni es capaz de generar consentimiento alguno razonable de la potestad legislativa. En otras palabras, si queremos movernos dentro del derecho consuetudinario, es preciso que del comportamiento de la comunidad se deduzca, de modo que pueda ser apreciada por el legislador, una súplica al menos implícita de abrogación de la ley, una actitud subjetiva de petición que solicita respuesta. Esta visión de las cosas está fuertemente vinculada a la perspectiva del legislador como causa eficiente de la costumbre; pero por lo demás es sustancialmente cierta.

(71) Y antes G. BAUDUIN, *De consuetudine in iure canonico*, Lovanii 1898, nn. 125-126 (citado por Van Hove y Michiels en las anteriores referencias).

(72) Cfr. A. VAN HOVE, *De consuetudine*, cit., pp. 128-131.

(73) Cfr. P. FEDELE, *Il problema dell'«animus communitatis» nella dottrina canonistica della consuetudine*, Milano 1937, p. 52.

(74) Nos adherimos en este punto, como en las conclusiones generales sobre esta materia, a la opinión de G. COMOTTI, *La consuetudine*, cit., nota 138, pp. 157-158.

o un 'animus' comunitario supone una fuerte dosis conceptual y comporta una cierta ficción moral y jurídica; «sotto l'aspetto fenomenico, l'*animus communitatis* non ha un'autonoma reale sussistenza»⁽⁷⁵⁾. No hay correspondencia adecuada entre el ánimo comunitario y las voluntades individuales. No pueden atribuirse de modo unívoco las características de los actos de voluntad individual a los actos de voluntad colectiva o comunitaria. El conocimiento o la ausencia de conocimiento, el propósito o la ausencia de propósito, deben inducirse de modo muy distinto en un caso y en otro. En el supuesto del 'animus communitatis' conviene adoptar una postura mucho más objetiva y deducida del comportamiento real, de la dirección que adquiere la conducta en sí, sin adentrarse innecesariamente en cuestiones de dimensión subjetiva. Es razonable por lo tanto que quepa una apreciación «ex post»⁽⁷⁶⁾ por parte de quien deba juzgar de la existencia del ánimo de la comunidad. Ese juicio, más que indagar sobre el origen subjetivo del 'animus'⁽⁷⁷⁾, interpretará a través de presunciones razonables la conducta comunitaria. Se trata, en el fondo, de percibir de un modo objetivo la idoneidad con la cual la conducta comunitaria se inserta en el orden social canónico. La conveniencia del comportamiento arrastra y exige un 'animus ius inducendi'. Decía Lombardía que «la costumbre ha de observarse con ánimo de introducir Derecho; es decir, con la actitud organizadora que lleva a aportar soluciones racionales y vinculantes a problemas que en la sociedad se plantean»⁽⁷⁸⁾. El mismo tenor organizativo y racional de la costumbre informará con suficiente elocuencia acerca del 'animus' de los introductores. Por eso, a nuestro juicio, la racionalidad absorbe, desde una perspectiva objetiva, la dimensión subjetiva del 'animus communitatis'.

Toda esta larga argumentación sirve también para explicar algunas cosas en relación al modo de obrar de la comunidad cristiana en la introducción de costumbre. Los actos de la comunidad deben ser desde luego, por decirlo con unas palabras un tanto retóricas de Michiels, «consciente y voluntariamente puestos, absolutamente volun-

⁽⁷⁵⁾ *Ibidem*, p. 156.

⁽⁷⁶⁾ *Ibidem*, p. 157.

⁽⁷⁷⁾ Como prefiere hacer, por ejemplo, J. ARIAS GÓMEZ, *Racionalidad y buena fe*, cit., p. 94, que parece dotar a la comunidad de subjetividad anímica propia, con capacidad para emitir juicios rectos y actos positivos de voluntad.

⁽⁷⁸⁾ P. LOMBARDÍA, *sub c.* 25, en *CIC Pamplona*, p. 84.

tarios y libres»⁽⁷⁹⁾. No pueden estar movidos por coacción o por miedo grave⁽⁸⁰⁾. En definitiva, el comportamiento consuetudinario es una conducta que está indudablemente regida por la libertad y el compromiso.

Pero no es conveniente comprender la comunidad que introduce costumbre con las prerrogativas propias de un sujeto físico, ni se puede atribuir al comportamiento comunitario el mismo grado de responsabilidad moral subjetiva que se atribuye a un individuo. Una comunidad no realiza actos heroicos, ni como tal comunidad puede responder a la gracia del Espíritu Santo, aunque muchos de sus miembros lo hagan.

Mucho menos puede procederse con criterios de conciencia subjetiva en la estimación del 'animus ius inducendi'. Aunque los actos en sí mismos deben ser conscientes y libres, el ánimo de introducir derecho a través de esos actos no hay necesidad de que sea consciente. El ánimo comunitario tiene una fuerte dosis de anonimato. La comunidad no tiene por qué sentirse protagonista de la introducción de derecho, no hay necesidad de que perciba un 'animus' del que pueda dar cuenta reflexiva o temáticamente. El 'animus' es más bien la dirección general que se infiere del comportamiento. El 'animus communitatis' no está en el territorio de la respuesta subjetiva ni del compromiso personal.

f) *El exceso de racionalidad.*

Ha sido tradicional considerar que «un uso o una costumbre puede resultar completamente honesta y sin embargo ser irracional en orden a la introducción de derecho; no porque le falte bondad sino más bien (por decirlo de alguna manera) porque le sobre»⁽⁸¹⁾. Estas palabras de Suárez recogen sin duda una llamada a la prudencia. Pero también son una apelación a los fundamentos jurídicos de

⁽⁷⁹⁾ G. MICHIELS, *Normae generales*, cit., p. 73.

⁽⁸⁰⁾ El supuesto no es inverosímil. Michiels alega la respuesta de la S.C. del Concilio (AAS 13 (1921), pp. 266-267) donde se declara que los usos que atribuían puestos privilegiados a los fieles en las iglesias («iura scamnorum») se habían establecido por fuerza de una ley civil abusiva (G. MICHIELS, *Normae generales*, cit., p. 74, in nota 3). Y sugiere también que podría constituir un uso coaccionado por la ley civil la no observancia de algunas fiestas (*Ibid.*, p. 75, in nota 1).

⁽⁸¹⁾ F. SUÁREZ, *Tractatus de legibus*, l. VII, cap. 6, n. 7. Cfr. G. MICHIELS, *Normae generales*, cit., p. 145.

la costumbre. Las costumbres generan verdaderas normas generales, como las leyes, que afectan, de acuerdo con la materia sobre la que versen, a *cualquier* miembro de esa comunidad. Una vez que se han convertido en norma objetiva de derecho podríamos decir que en cierta manera se despegan de sus introductores. Incluso quienes no la generaron deben cumplir la norma y seguir viviendo de acuerdo con ella. Por eso, al igual que las leyes, la materia de las costumbres debe ser honesta pero también posible. Una obligación excesiva por su materia «*esset contra naturalem rationem*»⁽⁸²⁾.

Las costumbres se imponen sobre todo para adecuar las exigencias jurídicas al comportamiento social razonable. Tomemos por ejemplo dos costumbres universales contra ley en materia de cura pastoral, testificadas por la doctrina desde antiguo⁽⁸³⁾: el cumplimiento del precepto dominical fuera de la propia parroquia (contra las disposiciones de derecho común y las sugerencias de un decreto tridentino), y la de confesar con un sacerdote que no fuera el 'sacerdos proprius' (contra las disposiciones de Urbano II y Bonifacio VIII, y el cap. *Omnis utriusque sexus* del Concilio IV de Letrán). Se trataba de flexibilizar el vínculo que ligaba al fiel con el propio párroco y con la propia parroquia. La costumbre contraria facilitaba de modo razonable el ejercicio de la vida sacramental, los fieles ganaban una esfera de libertad y el sistema normativo se adecuaba a una necesidad real. Esta es, me parece, la razón más activa para fundamentar la creación de costumbre. Una razón que no guarda especial afinidad con el propósito de hacer accesibles a través del comportamiento comunitario los contenidos de la revelación⁽⁸⁴⁾ o los carismas del Espíritu.

(82) G. MICHIELS, *Normae generales*, cit., p. 145.

(83) Cfr. por ejemplo MARTÍN DE AZPILCUETA, *Commentaria in septem distinctiones de poenitentia*, dist. VI, *Placuit*, nn. 36-43, en «*Operum Martini ab Azpilcueta doct. Navarri*», Romae 1590, pp. 816-817; ID., *Manual de confessores y penitentes*, Salamanca 1556, pp. 356-357; ID., *Enchiridion sive Manuale confessariorum et poenitentium*, Romae 1588, p. 463. Cfr. para todo este tema, J. OTADUY, *El vínculo parroquial del fiel. Los contenidos de la cura pastoral ordinaria*, en «*Fidelium Iura*» 2 (1992), pp. 275-304, especialmente pp. 290-293.

(84) En el derecho canónico clásico y medio se atribuye a la costumbre competencia para derogar preceptos apostólicos. Con esto se quiere decir que en la Iglesia se introdujeron conductas contrarias, por ejemplo, a algunos preceptos del Concilio de Jerusalén (abstenerse de la sangre y de los animales estrangulados). Evidentemente la razón de estas costumbres contra ley apostólica — en materia alejada del derecho divino —

g) *La aprobación legal* ⁽⁸⁵⁾.

En la misma línea objetiva y anónima del 'animus' comunitario cabe también hablar de un cierto anonimato en la aprobación del legislador. La aprobación del legislador se ha dividido tradicionalmente en aprobación especial y legal. La aprobación especial requiere que el legislador tenga conocimiento de la costumbre, y manifieste su aprobación de modo explícito (llamado también expreso) o implícito (tácito). La aprobación tácita o de connivencia exige que el silencio del legislador sea significativo o concluyente. No bastaría un silencio «meramente económico» ⁽⁸⁶⁾ (la tolerancia o la disimulación) porque no constituye en principio signo aprobatorio. La aprobación especial implícita o tácita ha sido sometida desde hace tiempo a fuerte crítica por parte de algunos autores, que la han considerado moralmente imposible ⁽⁸⁷⁾, o al menos confusa y de difícil verificación ⁽⁸⁸⁾.

La aprobación legal por el contrario no requiere el conocimiento de la costumbre por parte del legislador. El legislador establece en la ley las condiciones a las que debe ajustarse el uso comunitario, y si éste las cumple la costumbre se considera aprobada. Es la misma ley la que aprueba. Así pues, la aprobación legal es una aprobación proyectada sobre costumbres que se estima que el legislador no puede conocer en su singularidad.

El Código se ha decantado fuertemente por la aprobación legal. Advierte que la aprobación se realiza «ad normam canonum qui sequuntur» (c. 23). Además se refiere explícitamente a la «aprobación del legislador» (y no genéricamente «del superior»). Esto es indicio evidente de que es el legislador en cuanto tal, a través de una previsión legal anticipativa, el que aprueba la costumbre. La toma de postura codicial es significativa, porque existían (y existen) autores contrarios a la aprobación legal ⁽⁸⁹⁾. No descarta el CIC la aprobación

fue la adecuación del ordenamiento a las necesidades sociales y no un propósito de mediar la revelación sobrenatural.

⁽⁸⁵⁾ En este apartado se recoge con pequeñas variaciones lo que escribimos en J. OTADUY, *sub can. 23*, en *Comentario exegético*, cit., pp. 431-434.

⁽⁸⁶⁾ G. MICHIELS, *Normae generales*, cit., p. 43.

⁽⁸⁷⁾ Cfr. J.F. SCHULTE, *Das katholische Kirchenrecht*, I, Giessen 1860, p. 252.

⁽⁸⁸⁾ Cfr. P. LOMBARDÍA, *sub c. 23*, en *CIC Pamplona*, pp. 82-83; F.X. URRUTIA, *De consuetudine canonica novi canones studio proponuntur*, en «Periodica de re morali canonica liturgica» 70 (1981), pp. 95-96.

⁽⁸⁹⁾ Cfr. J.F. SCHULTE, *Das katholische Kirchenrecht*, cit., pp. 251-252; T. GOUS-

«especial» (c. 26), que supone conocimiento expreso y actual de la costumbre por parte del legislador competente y evita el sometimiento a los plazos temporales ordinarios, pero este supuesto se diseña más bien como una excepción. Para algunos autores, por lo demás, el caso de la costumbre 'specialiter probata' no sería más que un supuesto de «ley basada en la sensibilidad del legislador hacia los usos de la comunidad»⁽⁹⁰⁾. En tales casos estaríamos ante una ley formal cuyo contenido puramente material vendría ofrecido por los usos comunitarios.

Según Lombardía el nuevo diseño codicial ha servido para eliminar la eficacia del consentimiento tácito o de connivencia. «Al establecer en el c. 23 que el consentimiento compete al legislador, actuando como tal — es decir, mediante actos que cumplen las exigencias de los cc. 7 y 8 — deja de tener sentido, con innegables ventajas para la seguridad jurídica, la vieja discusión sobre el consentimiento tácito»⁽⁹¹⁾. Puede decirse, en efecto, que la línea con la que el Código configura la costumbre no alienta el consentimiento de connivencia, aunque el consentimiento de connivencia no queda explícitamente excluido ni es incompatible con el diseño codicial de la costumbre⁽⁹²⁾.

Puede discutirse (más bien, se ha discutido) si es oportuno entender al legislador como una instancia externa a la comunidad, que aprobara un comportamiento ajeno («tamquam arbiter, qui quasi extra et supra suam communitatem versetur») ⁽⁹³⁾, cuando en realidad forma parte de ella. Se ha dicho también que concebir la aprobación del legislador de modo anónimo⁽⁹⁴⁾, como quien no se vincula personalmente con la conducta introducida, no resulta coherente con el modo de ejercer el oficio pastoral. El superior de una comunidad eclesial (especialmente los Obispos, que han recibido

SET, *Exposition des principes du droit canonique*, Paris 1859, pp. 361-368; S. ÁLVAREZ, *De consuetudine*, Romae 1954, pp. 22-23; F.X. URRUTIA, *Reflexiones*, cit., pp. 454-456, 476-478.

⁽⁹⁰⁾ P. LOMBARDÍA, *sub c. 23*, cit., p. 82; cfr. también F.X. URRUTIA, *De consuetudine*, cit., pp. 96-97.

⁽⁹¹⁾ P. LOMBARDÍA, *Ley, costumbre y actos administrativos*, cit., p. 121.

⁽⁹²⁾ Cfr. en este sentido W. ONCLIN, en «*Communicationes*» 3 (1971), p. 87.

⁽⁹³⁾ F.X. URRUTIA, *De consuetudine*, cit., p. 73. Cfr. en sentido análogo R. BERTOLINO, *Spunti metodologici*, cit., p. 117.

⁽⁹⁴⁾ Cfr. F.X. URRUTIA, *De consuetudine*, cit., pp. 74 y 78.

el ministerio de apacentar a su grey) no puede contemplar desde fuera, sin capacidad de intervención, cómo se impone un uso.

Estas críticas, aunque no sean desdeñables, no pueden aceptarse. Es evidente que el legislador es cabeza de la comunidad y forma parte de ella en cuanto tal, pero precisamente porque es cabeza su función no es sólo ser solidario con la comunidad, sino también presidirla⁽⁹⁵⁾. Toda presidencia lleva consigo un cierto grado de desdoblamiento funcional: una función de solidaridad, otra de preeminencia capital. Aquí operaría fundamentalmente la segunda función.

El modo anónimo de la aprobación de las conductas no se debe sacar de quicio. Toda norma general (la ley por ejemplo) lleva consigo siempre y necesariamente una dosis de anonimato. El legislador no conoce todos los supuestos concretos sobre los que la norma se proyectará en el futuro, todas las situaciones jurídicas y todos los episodios que la norma habrá de valorar y a los que habrá de atribuir efectos. La potestad de dar ley, como la potestad de aprobar costumbre, es una función característica que implica la contemplación del orden jurídico en general.

La crítica vertida sobre el modo anónimo de ejercicio de la potestad del legislador a través de la aprobación legal quiere robustecerse empleando el argumento de las costumbres particulares, cuya aprobación queda en manos de la ley universal (cc. 23-28). De este modo, se dice, quedaría sustraída al legislador particular toda competencia sobre las costumbres particulares, de las que es protagonista activo y sobre las que le debería corresponder la última palabra.

Esto sólo es cierto en alguna medida. Para que una costumbre particular sea introducida por una comunidad capaz, se debe contar con que la comunidad sea completa, es decir, que actúen los miembros en comunión con la cabeza. No es siempre posible que la autoridad particular (aquí no sería necesario hablar de 'legislador' porque no ha de intervenir por fuerza de su potestad legislativa) conozca todos los episodios consuetudinarios de su ámbito jurisdiccional. Pero si la autoridad particular conoce esas conductas y rehúsa la costumbre o no consiente en ella (lo cual no tiene nada que ver con la reprobación hecha por ley), a la comunidad le faltará una condición esencial para serlo, que es su cabeza. En este caso la costumbre no

(95) Cfr. en este sentido G. COMOTTI, *La consuetudine*, cit., p. 163.

se desacredita por carencia de aprobación del legislador, sino por ausencia de auténtica dimensión comunitaria en su introducción⁽⁹⁶⁾.

Si la costumbre particular se ajusta a lo que el derecho universal dispone (cc. 23-28), se entiende que se produce la aprobación del legislador universal, que es una aprobación suficiente. Si existe oposición de la cabeza de esa comunidad, faltará dimensión comunitaria en la introducción y no podrá operar la aprobación legal.

De todas formas, como hemos dicho, sería desconocer la fenomenología de la costumbre canónica (también de la costumbre particular) intentar reducirla a fenómenos con relieve comunitario general (de todos los miembros de una iglesia particular, o al menos de todas las comunidades locales que la constituyen) que se imponen a todos con evidencia y en los que el pastor no podría quedar al margen, porque estaría como inmerso en ellos. Es claro que no todas las costumbres particulares gozan de esta estructura. Muchas de ellas carecen de esta dimensión tan obvia de evidencia pública o de notoriedad, se generan en comunidades menores, y no se puede exigir al pastor que las conozca en su singularidad. De otra parte no se debe olvidar que las costumbres canónicas nacen con frecuencia — como hemos tenido ocasión de verificar en la historia —, en el campo de las competencias y de las funciones y provocan no pocas veces situaciones de enfrentamiento en el seno de la comunidad. Si existe discordia tiene poco sentido pretender que el pastor se ponga en cabeza de la comunidad como introductor del uso o como representante de parte.

9. *La comunidad capaz de introducir costumbre*⁽⁹⁷⁾.

El diseño de la comunidad capaz de introducir costumbre canónica ha sido un punto doctrinal tradicionalmente discutido y muy difícil de configurar. Como indica el c. 25, la comunidad capaz de costumbre es la comunidad capaz de ley. Pero (aunque esa misma expresión se emplea también en el c. 29) no encontramos ninguna referencia en el derecho positivo para identificar cuáles son en concreto esas comunidades capaces de recibir ley.

⁽⁹⁶⁾ Cfr. *ibid.*, p. 133.

⁽⁹⁷⁾ Este epígrafe se contiene casi idéntico en J. OTADUY, *sub can. 25*, en *Comentario exegético*, cit., pp. 442-445.

La equiparación entre los sujetos pasivos de la ley y de la costumbre tiene su apoyo doctrinal sobre todo en la doctrina suareciana, que establece la paridad entre costumbre y ley⁽⁹⁸⁾. Suárez describe la costumbre jurídica desde el paradigma legislativo. Si la costumbre tiene ‘vis legis’, debe ser también engendrada por un sujeto ‘capax legis’. La postura original de Suárez era que la comunidad capaz de introducir costumbre fuese perfecta (y por lo tanto ‘capax legis ferendae’, con un superior dotado de capacidad legislativa), pero atendiendo a la realidad histórica de la implantación de las costumbres canónicas, no cabía duda que también otras comunidades imperfectas (o menos perfectas, cuyo superior no tenía potestad legislativa) podían introducirlas. Había que concluir por lo tanto que dichas comunidades al menos (y éste es el origen del «saltem» del c. 25)⁽⁹⁹⁾ fuesen capaces de *recibir* ley.

Esta solución fue aceptada, no sin discusión, en los trabajos de elaboración del CIC 1917, y se ha trasladado al Código actual. Todos aceptaban que debía existir una relación entre la comunidad capaz de ley y la comunidad capaz de costumbre; que el sujeto capaz de costumbre estaba vinculado con el sujeto capaz de ley. Ahora bien, las modalidades de esa capacidad de ley son muy variadas. Una comunidad puede entenderse capaz de ley porque su superior o cabeza tenga capacidad legislativa (o potestad de jurisdicción en el fuero externo); o porque la comunidad misma esté regida por leyes o por estatutos; o porque goce de la estabilidad propia de la ley; o porque pueda darse a sí misma sus propias leyes; o simplemente porque pueda recibir leyes de otro. A la postre el Código optó por esta última alternativa, que es la solución suareciana. Es poco discriminatoria y consiente una aplicación extensa. Por eso, como hemos dicho, no resulta claro determinar en la práctica canónica qué comunidades son capaces de recibir ley, y por lo tanto de introducir costumbre. Las alternativas doctrinales para delimitar el carácter específico de esta nota han sido variadísimas y muy poco homogéneas. Y lo mismo hay que decir, en consecuencia, de las tipologías de comunidades capaces de ley que los distintos autores presentaban. Las pretensiones

⁽⁹⁸⁾ Para una exposición de la posición suareciana cfr. G. COMOTTI, *La consuetudine*, cit., pp. 124-129.

⁽⁹⁹⁾ La Comisión codificadora, admitiendo ciertas dudas, no quiso sin embargo cambiar la expresión: cfr. «Comunicaciones» 23 (1991), p. 169.

de encontrar una característica típica, exclusiva y suficiente para discernir con claridad las comunidades capaces de costumbre ha sido siempre — también en la última codificación⁽¹⁰⁰⁾ — un deseo tan intenso como inútil por parte de la doctrina.

A una comunidad capaz de recibir ley se le exige en primer lugar que sea una verdadera comunidad. Ya hemos dicho que para precisar este punto no puede servirnos de ayuda el empleo que hace el derecho positivo del concepto de comunidad. Habrá que atender sobre todo a los rasgos que la propia naturaleza de las cosas parece requerir: una institución estable y subsistente (que no dependa de las personas físicas que actualmente la conforman), reconocida por el derecho, ordenada a una función con relieve social⁽¹⁰¹⁾. Lo cual, ciertamente, no es decir mucho. Para acertar en la determinación de la comunidad capaz hay que atender a algunos valores connotados en el mismo concepto de comunidad capaz de recibir ley.

A nuestro juicio en este concepto están presentes dos valores de fondo. El primero de ellos es reservar la noción de costumbre para las normas verdaderamente generales (no singulares), que por lo tanto deben ser establecidas por una comunidad suficientemente abstracta e institucionalizada, que trascienda las características de los individuos que la componen. Los individuos singulares no son capaces de ley, y menos aún si se la dan a sí mismos. El segundo valor, muy afín al anterior, es la condición del comportamiento que dicha comunidad introduce. La costumbre crea derecho objetivo. Debe introducir un derecho que mida y condicione las situaciones jurídicas subjetivas, pero no se debe entender como un modo de lucrar derechos subjetivos o de librarse de cargas frente a terceros ajenos a la introducción del uso. Nadie puede dar ley en beneficio propio.

⁽¹⁰⁰⁾ Cfr. «Communicationes» 16 (1984), p. 152. En la codificación de 1917 hubo también múltiples intentos de establecer una nota más específica para la determinación de la comunidad capaz, intentos que se abandonaron sobre todo por la influencia de Wernz. Las propuestas fueron: «cuius Superior habet jurisdictionem in foro externo», «cuius Superior habet potestatem legislativam», «quae habet proprias leges aut statuta», «quae capax est legis sibi propriae recipiendae», «quae propriis legibus regitur». Cfr. J.M. ARALUCE, *El derecho consuetudinario canónico en el proceso codificador de 1917* (tesis doctoral *pro manuscripto*, Pamplona 1988).

⁽¹⁰¹⁾ Para otras características tal vez atribuibles también a la comunidad capaz, cfr. G. MICHIELS, *Normae generales*, cit., pp. 63-65.

De modo que la condición de 'communitas capax legis recipiendae' exige que la comunidad que introduce una costumbre sea verdaderamente general; que el mismo grupo social que introduce el uso se vea obligado por él; que sea idéntico el sujeto que genera la costumbre que el vinculado por ella. Es decir, se reclama de la costumbre «que establezca soluciones de las que puedan deducirse, en el ámbito de la comunidad que la introduce, tanto situaciones jurídicas activas como pasivas, según la posición en que en cada caso queden colocados los sujetos que integran la comunidad en relación con los supuestos de hecho de la norma consuetudinaria, como consecuencia de los actos o hechos jurídicos»⁽¹⁰²⁾. Así queda descartado que la costumbre se entienda como una modalidad de adquirir privilegios por prescripción o situaciones jurídicas favorables frente a otros. A nuestro parecer, éste es el criterio jurídico que quiere subrayar la 'capacitas legis recipiendae'⁽¹⁰³⁾.

En el caso de las comunidades menores parece razonable hablar de una capacidad relativa; es decir, de una capacidad que guarde relación con el tipo de costumbre introducida. Si la costumbre se introduce en el ámbito normativo propio de la comunidad (proporcionado y adecuado a ella), entonces la comunidad será sujeto capaz de introducir costumbre. Así por ejemplo, un cabildo respecto de los estatutos por los que se rige o una provincia religiosa respecto a las constituciones que establecen su 'ius proprium'. El ámbito de introducción de costumbre es aquí adecuado. Pero si la costumbre se introduce en materia normativa que excede o trasciende el ámbito de actividad propio y adecuado de esa comunidad, entonces no estamos en el mismo caso. No podrían por tanto ese cabildo o esa comunidad religiosa introducir costumbre en materias que rebasaran su «fin, constitución, régimen y forma de actuar» (c. 94 § 1). Algunos autores⁽¹⁰⁴⁾ prefieren hablar de *observancia* más que de costumbre para hacer mención de los comportamientos introducidos en personas jurídicas como efecto de su propia autonomía, de su 'ius statuendi'. Cuando ese estatuto se produce por vía tácita o de pura observancia no estaríamos ante una costumbre propiamente dicha. Esto sería es-

(102) P. LOMBARDÍA, *sub c. 25, CIC Pamplona*, p. 83.

(103) En sentido conforme, cfr. I. IBÁN, *Notas acerca de la costumbre*, cit., pp. 284-285.

(104) Cfr. la opinión de Puchta, Sägmüller, Eichmann, Koeniger, Haring y Epler, citada por A. VAN HOVE, *De consuetudine*, cit., pp. 6-7, nota 3.

tablecer como incapaces de costumbre 'in Ecclesia' a todas las comunidades cuyo superior no goza de potestad legislativa, lo cual nos parece excesivo.

10. *La comunidad de fieles como causa eficiente de la costumbre* ⁽¹⁰⁵⁾.

Tal vez el punto más representativo de la costumbre como fuente de derecho sea precisamente preguntarnos por la causa eficiente de la costumbre. ¿Hasta qué punto la comunidad es la causa eficiente de la introducción de la norma? Todos los puntos doctrinales avanzados se hacían eco de este problema. El 'consensus' comunitario era causa eficiente de la costumbre. Pero ¿qué posición le corresponde al legislador?

No se puede decir que en la redacción del c. 23 — que es la sede en la que el derecho positivo canónico afronta la causa eficiente de la costumbre — haya habido puro mimetismo con el canon paralelo del antiguo Código ⁽¹⁰⁶⁾. La Comisión de reforma introdujo cuatro variantes fundamentales: hizo referencia expresa a la comunidad de fieles como agente activo del comportamiento («a communitate fidelium introducta»); mitigó el carácter absoluto y exclusivo con que se expresaba antes la necesidad del consentimiento del superior («a consensu competentis Superioris unice obtinet»); sustituyó el concepto de consentimiento del superior por el de aprobación del legislador; y por último remitió a los cánones del Título para establecer los requisitos formales de aprobación.

La entraña del c. 23 se centra en ofrecer (intentarlo al menos) una solución a la dialéctica entre el factor comunitario y el factor de potestad. Es evidente que ambos actúan en la introducción de costumbre canónica. La versión antigua subrayaba sin mezcla de equívoco que la condición normativa obligante de la costumbre (su fuerza de ley) era producida exclusivamente («unice») por el consentimiento del superior eclesiástico. En la versión actual la necesidad de ese consentimiento no se pone en duda, pero se señala simultáneamente que la introducción corresponde a la comunidad. Consta

⁽¹⁰⁵⁾ Este epígrafe y el siguiente contienen textualmente muchos párrafos ya publicados en J. OTADUY, *sub can. 23*, en *Comentario exegético*, cit., pp. 427-430.

⁽¹⁰⁶⁾ Para documentar las líneas contenidas en la redacción del c. 23, cfr. «Comunicaciones» 17 (1985), pp. 35-36.

que este añadido textual obedecía a la voluntad de dar mayor protagonismo al factor comunitario⁽¹⁰⁷⁾. Aún más, obedecía al interés por evitar una ficción, porque resulta evidentemente un fingimiento no atribuir influjo jurídico alguno a la comunidad en la introducción de costumbre.

La comunidad es causa eficiente (con relieve jurídico) en la introducción de la costumbre. La exigencia de aprobación por parte del legislador, requisito constitucional insoslayable para obtener fuerza de ley en el ordenamiento canónico, no menoscaba la influencia comunitaria. En otras palabras, la conducta comunitaria no es un mero presupuesto neutro, puramente material, prejurídico, que obtiene su vigor jurídico esencial de la intervención potestativa. El comportamiento comunitario — el mismo derecho lo exige en el c. 25 — es un comportamiento jurídicamente connotado: se lleva a cabo con intención de introducir derecho. Sería gravemente contradictorio que se exigiera a la comunidad el 'animus iuris inducendi', y una vez manifestado se le negara cualquier participación activa en la normatividad así introducida⁽¹⁰⁸⁾.

11. *La intervención del legislador en la aprobación de la costumbre.*

Ha sido tradicional (al menos desde el siglo XVI, y especialmente desde la codificación de 1917), entender el consentimiento o la aprobación del legislador (antes 'superior') como «la verdadera, inmediata y única causa eficiente que constituye el elemento formal de la norma consuetudinaria»⁽¹⁰⁹⁾.

Esto situaría a la costumbre no como una fuente autónoma de derecho, sino como un simple modo, ciertamente característico, de actividad legislativa. Es decir, quien atribuye a la costumbre su ser específicamente jurídico (que en esta perspectiva de consideración se reduce fundamentalmente a obtener capacidad expedita para obligar) es el legislador. La costumbre sería un elemento compuesto de materia (el uso comunitario) y forma (el elemento jurídico, la fuerza

(107) Cfr. «Communicationes» 3 (1971), p. 86.

(108) Cfr. en el mismo sentido T.I. JIMÉNEZ URRESTI, *sub c. 23*, en *CIC Salamanca*, p. 34. También parcialmente conforme J.A. FERNÁNDEZ ARRUTI, *La costumbre en la nueva codificación canónica*, en «Le nouveau Code de Droit canonique. V Congrès International de Droit canonique. Ottawa, 1984», I, Ottawa 1986, pp. 178-181.

(109) G. MICHELS, *Normae generales*, cit., p. 39.

de ley). Teniendo presente esta combinación, «se llama propiamente autor de los seres compuestos, no al que ofrece la materia, sino al que aplica la forma a la materia, que es el que da el ser específico a la cosa»⁽¹¹⁰⁾.

Esta interpretación se deducía con bastante facilidad de la expresión del antiguo c. 25. Pensamos sin embargo que no se puede decir exactamente lo mismo de la expresión actual⁽¹¹¹⁾. A la comunidad le pertenece la causa eficiente de la normatividad, aunque la intervención del legislador resulte un requisito ineludible añadido para la obligación de la costumbre. No todo lo jurídico se resuelve en vigencia actual, en exigencia imperativa, en fuerza inmediata de obligar. La normatividad es también introducción de conductas o modos de valoración racionales, de relieve social, con intención jurídica organizativa. Este segundo aspecto puede (debe) serle atribuido a la comunidad introductora.

La aprobación del legislador es una «colaboración cualificada»⁽¹¹²⁾. Resulta absolutamente necesaria para la constitución de la costumbre en norma jurídica y en ese sentido se inscribe en una función fundadora de derecho⁽¹¹³⁾. Pero la aprobación es externa a la costumbre misma. Es un control sucesivo insustituible, pero que supone ya la existencia de la costumbre con un determinado relieve en el ámbito de lo jurídico. La aprobación del legislador constituiría un elemento integrativo que hace eficaz y actual la eficacia jurídica de la norma consuetudinaria⁽¹¹⁴⁾.

⁽¹¹⁰⁾ L. RODRIGO, *Tractatus de legibus*, Santander 1944, p. 469.

⁽¹¹¹⁾ Parcialmente en contra, H. SOCHA, en K. LÜDICKE (ed.), *Münsterischer Kommentar zum Codex Iuris Canonici*, Essen 1985 ss., 23/7, n. 8; 23/6, n. 7.

⁽¹¹²⁾ *Ibid.* 23/1, n. 1.

⁽¹¹³⁾ *Ibid.* 23/3, n. 4.

⁽¹¹⁴⁾ «Se si vuole allora giungere ad una conclusione logica e naturale a proposito del problema concernente la natura e il carattere dell'approvazione del legislatore, in base al tenore del can. 23 del Codice giovanneo-paolino; se si vuole eliminare ogni equivoco e malinteso dal terreno su cui opera l'istituto fondamentale della consuetudine nel diritto della Chiesa, non si può non rilevare che a quell'elemento del consenso o a quella componente dell'adprobatio non altra natura giuridica può riconoscersi se non quella di elemento meramente integrativo dell'efficacia giuridica della consuetudine (...). Se il fondamento della consuetudine, fin dal momento della sua incoazione, non può che essere il consenso della comunità dei christifideles (...) la funzione connessa all'elemento del consenso o dell'approvazione non può che essere quella di integrare l'efficacia giuridica della regola consuetudinaria già potenzialmente idonea a produrre effetti giuridici» (P. PELLEGRINO, *L'«animus communitatis»*, cit., p. 313).

El mismo término de «aprobación», que ha sustituido al anterior de «consentimiento», se incorpora fácilmente a esta misma línea argumental⁽¹¹⁵⁾. Las aprobaciones — frecuentemente indispensables para la perfección de los actos jurídicos y para la producción de sus efectos característicos — son trámites sucesivos que se añaden a los actos, cuyos elementos sustantivos han sido ya configurados. El consentimiento, por el contrario, suele constituir — en el ámbito de los negocios jurídicos — un elemento esencial y no sólo un requisito sucesivo para la perfección o para la eficacia.

A nuestro juicio existen al menos dos modos insuficientes de entender el alcance de la aprobación del legislador. El primero sería atribuir a la comunidad, y sólo a ella, el vigor jurídico de la costumbre, entendiendo que la aprobación del legislador es una realidad meramente presupuesta en el uso comunitario y por eso puramente nominal; o meramente declarativa de la fuerza obligante, pero sin participación ninguna en ella⁽¹¹⁶⁾. La comunidad, si obra en comunión con el legislador (es decir, si no actúa por desprecio, por rebeldía, por insolidaridad o por motivos incompatibles con el ejercicio de la potestad pastoral), introduce costumbres con vigor jurídico. Quien consiente es la comunidad, no el legislador.

Para sostener este planteamiento doctrinal, sobre todo en las costumbres que no eran 'contra canones', hay abundantes referencias de los primeros decretistas y decretalistas, hasta el siglo XV⁽¹¹⁷⁾. Fue la propia doctrina sin embargo («felizmente»⁽¹¹⁸⁾) emancipada de los principios de derecho romano) la que, reflexionando sobre las características propias de la norma canónica, enriqueció este desarrollo teórico⁽¹¹⁹⁾. La aprobación positiva (y no meramente presunta, interpretativa, o nominal) de la potestad eclesiás-

⁽¹¹⁵⁾ En sentido contrario, R. BERTOLINO, *Spunti metodologici*, cit., p. 119.

⁽¹¹⁶⁾ Cfr. P. PICOZZA, *Consuetudine (Diritto canonico)*, en «Enciclopedia giuridica Treccani», VIII, Roma 1988, p. 14. Para una crítica de esta posición, cfr. P. PELLEGRINO, *L'«animus communitatis»*, cit., pp. 310-311.

⁽¹¹⁷⁾ Cfr. A. VAN HOVE, *De consuetudine*, cit., pp. 48-53. Milita con vigor en este planteamiento doctrinal, y lo extiende como paradigma a la teoría jurídica actual sobre la costumbre, J. ARIAS GÓMEZ, *El «consensus communitatis»*, cit., pp. 19-43, *passim*.

⁽¹¹⁸⁾ G. MICHIELS, *Normae generales*, cit., p. 34.

⁽¹¹⁹⁾ Según F.X. URRUTIA, *De consuetudine*, cit., pp. 70-71, no se produce emancipación alguna de los principios del derecho romano, sino que los nuevos cánones «De consuetudine», también en lo referente a la aprobación del legislador, presentan una institución plenamente inscrita en la 'secularización' del derecho.

tica es una necesidad para que la costumbre tenga fuerza de ley. De esa aprobación, que será habitualmente legal, dependen los efectos de obligación de las costumbres introducidas por las comunidades eclesiales. Las comunidades de fieles en cuanto tales carecen de potestad legislativa, es decir, de la potestad necesaria para imponer con fuerza de ley una determinada conducta: eso sería quebrar los presupuestos constitucionales de la potestad eclesiástica⁽¹²⁰⁾.

De ahí no debe deducirse inmediatamente (es el segundo de los puntos de vista incompletos) que la actividad comunitaria sea, como hemos dicho, irrelevante desde el punto de vista jurídico, al modo de una participación meramente material. Le corresponde por el contrario la función activa de la introducción, que en términos jurídicos supone la causalidad eficiente primaria de la norma. El comportamiento racional, con intención de introducir derecho, tiene ya una innegable dimensión jurídica. De tal modo que la actuación aprobatoria del legislador codetermina, coelabora, pero no constituye la costumbre canónica. Se ha llegado a decir que la intervención del legislador está comprometida, que existe «un dovere di ascolto», una obligación jurídica de acoger el comportamiento comunitario que esté pertrechado de las condiciones suficientes; y que en consecuencia «la scelta del legislatore di dare rilievo normativo alla consuetudine non può, peraltro, ritenersi in assoluto libera, ma, in un certo senso, vincolata»⁽¹²¹⁾. Sin la aprobación del legislador la costumbre no alcanza fuerza de ley, pero con ella la costumbre no modifica su naturaleza.

(120) Cfr., para una fuerte toma de postura sobre este punto, S. GHERRO, *Normazione canonica*, cit., pp. 96-97. También, G. COMOTTI, *La consuetudine*, cit., pp. 161-163.

(121) G. COMOTTI, *La consuetudine*, cit., p. 167.

Pagina bianca

PÉTER ERDÖ

LA PARTECIPAZIONE SINODALE
AL GOVERNO DELLA CHIESA

PROBLEMI CIRCA GLI ORGANI SINODALI
CON POTERE DI GOVERNO

I. Nozioni preliminari: — 1. Sinodalità. — 2. Governo. — 3. Partecipazione. — II. Organi sinodali di potere: — 1. Nel diritto latino: *a*) i concili particolari; *b*) le conferenze episcopali. — 2. Nel diritto orientale: *a*) organi consultivi; *b*) organi con potere di governo. — III. Atti necessari di organi sinodali di potere e la loro mancanza: — 1. I concili. — 2. Organi sinodali orientali. — 3. Le conferenze episcopali. — IV. Conclusione.

I. *Nozioni preliminari.*

1. *Sinodalità.*

Negli ultimi decenni, la categoria della sinodalità è stata usata con diversi significati nella letteratura canonistica. Seguendo la convincente scelta terminologica di Georges Chantraine possiamo comprendere il termine sinodalità nel senso più esteso della collegialità, di cui parla il Concilio Vaticano II⁽¹⁾. Non si tratta quindi sempre della collegialità effettiva nel senso stretto, che presuppone necessariamente atti giuridici collegiali del collegio dei Vescovi⁽²⁾. Ma si tratta piuttosto spesso di atti più o meno collettivi di gruppi di Ve-

(1) G. CHANTRAINE, *Synodalité, expression du sacerdoce commun et du sacerdoce ministériel?*, in *La Synodalité La participation au gouvernement dans l'Eglise = L'année Canonique Hors série I*, Paris 1992, 55.

(2) Cf. W. AYMANS, *Kollegium und kollegialer Akt im kanonischen Recht. Eine rechtsbegriffliche Untersuchung insbesondere aufgrund des Codex Iuris Canonici* (Münchener Theologische Studien, Kanonistische Abteilung 28), München 1968, 88-93.

scovi o di altri sacerdoti radunati da varie Chiese particolari o rimanenti all'interno di una sola Chiesa particolare⁽³⁾. Eugenio Corecco ha costatato persino una analogia tra la dimensione sinodale del ministero episcopale e la struttura sinodale del presbiterio⁽⁴⁾. Alcuni autori parlano anche della sinodalità dei fedeli facendo riferimento alle diverse forme della creazione del *consensus fidelium*⁽⁵⁾. Possiamo ammettere senza grosse difficoltà anche questo ampio significato della parola sinodalità.

Per quanto riguarda il senso più stretto della sinodalità sembra ben fondata la scelta terminologica di quelli che riferiscono questa parola esclusivamente alle assemblee composte essenzialmente da Vescovi e che costituiscono una espressione della collegialità episcopale, almeno di quella affettiva⁽⁶⁾.

2. *Governo.*

Malgrado il significato così ampio della sinodalità, nel presente discorso, rispettando il titolo che ci è stato assegnato, dobbiamo occuparci soltanto di quelle forme della sinodalità che sono collegate con l'esercizio della potestà di governo. Tale potestà dobbiamo però considerarla nelle sue tre funzioni, cioè come potere esecutivo, giudiziario e legislativo. Per osservare i limiti di questo discorso non è possibile soffermarci su ogni forma istituzionale che abbia qualche relazione con le funzioni di governo, ma è doveroso restringerci all'esame degli organi governativi. Non ci occupiamo quindi in questa sede di organi pur esprimenti la collegialità episcopale, ma sprovvisti di potestà di governo, come sono il sinodo dei Vescovi e i consigli delle conferenze episcopali o le assemblee continentali dei Vescovi⁽⁷⁾.

(3) Cf. W. AYMANS, *Das synodale Element in der Kirchenverfassung* (Münchener Theologische Studien, Kanonistische Abteilung 30), München 1970, 17-18; ID., *Kirchenrechtliche Beiträge zur Ekklesiologie* (Kanonistische Studien und Texte 42), Berlin 1995, 169 («Synodalität» kann auch Formen umfassen, die in ihrer rechtlichen und praktischen Verwirklichung der Synode nachgebildet sind und gewisse Ähnlichkeiten mit dem Rechtsinstitut 'Synode' aufweisen »).

(4) E. CORECCO, *Ontologia della sinodalità*, pro manuscripto 12; cf. CHANTRAINE, *Synodalité* 64.

(5) G. PHILIPS, *La Chiesa e il suo mistero nel Concilio Vaticano II. Storia, testo e commento della Costituzione Lumen Gentium*, Milano 1989, 153-159; CHANTRAINE, *Synodalité* 66-67.

(6) Cf. AYMANS, *Kirchenrechtliche Beiträge zur Ekklesiologie* 176-177.

(7) Cf. per es. R. PUZA, *Die Bischofssynode und die Zusammenschlüsse der*

3. *Partecipazione.*

Come è risultato chiaro già in sede di preparazione dell'attuale canone 129, § 2, i laici possono cooperare nell'esercizio della potestà di governo, ma si evita l'affermazione che essi possano anche partecipare a quella potestà⁽⁸⁾. Rispettando questa distinzione (il cui significato preciso tuttora non è stato sufficientemente chiarito) dobbiamo limitarci all'esame degli organi che esercitano un vero e proprio potere di governo rinunciando alla presentazione della vasta problematica degli organi consultivi nella diocesi e a livello interdiocesano.

Il problema più attuale a proposito di questi organi governativi sinodali della Chiesa consiste nella discontinuità del loro funzionamento e soprattutto nel fatto che il diritto li riveste di responsabilità per certe azioni, mentre essi possono mancare completamente o essere impediti nella loro attività. L'attività sinodale infatti richiede molti elementi e molte condizioni e perciò è molto esposta all'effetto delle diverse circostanze che impediscono il suo regolare svolgimento. Per tutti questi motivi, in quello che segue cerchiamo di identificare i principali organi sinodali di governo, cioè quelli rivestiti di vero potere di governo. Questi organi sinodali sono intesi nel senso principale del termine, cioè sono soltanto quegli organi che realizzano la cooperazione sinodale tra i Vescovi. Rinunciamo invece all'esame di organi analoghi esprimenti la collaborazione tra altri chierici o tra i fedeli laici. Dopo di questo cercheremo di rintracciare quegli atti necessari per la vita della Chiesa che devono essere posti da tali organi sinodali. Questa analisi vuole anche rispondere al quesito: chi è competente di porre gli atti in questione nel caso di inerzia degli organi sinodali competenti o in mancanza dei medesimi?

II. *Organi sinodali di potere.*

Se prescindiamo dal concilio ecumenico che, pur essendo un organo sinodale, non soltanto partecipa all'esercizio del potere di go-

Bischofskonferenzen, in Synodalrecht und Synodalstrukturen. Konkretionen und Entwicklungen der «Synodalität» in der Katholischen Kirche, Hrsg. R. Puza-A.P. Kustermann (Freiburger Veröffentlichungen aus dem Gebiete von Kirche und Staat 44), Freiburg/Schweiz 1996, 31-66.

⁽⁸⁾ Cf. per es. *Communicationes* 14 (1982) 148.

verno, ma come organo eminente del funzionamento del Collegio dei Vescovi, dispone di suprema e piena potestà sulla Chiesa universale (cf. can. 336), possiamo dire che i principali organi sinodali episcopali che partecipano al potere di governo sono tutti di livello intermedio tra la Chiesa particolare e la Chiesa universale. Si tratta quindi di organi interdiocesani.

1. *Nel diritto latino.*

Nel diritto della Chiesa latina gli organi sinodali interdiocesani rivestiti da vero potere di governo sono i concili particolari e le Conferenze Episcopali⁽⁹⁾.

a) *I concili particolari.*

I diversi tipi di concili particolari.

Il Capitolo III della Parte II del Libro II del Codice di Diritto Canonico è dedicato ai "concili particolari" (*De conciliis particularibus*). Anche se il Codice non offre una definizione del concilio particolare in genere, secondo la tradizione canonica, il concilio particolare è un vero concilio composto da Vescovi, il quale però — non essendo ecumenico — non rappresenta l'intero Collegio dei Vescovi e non è per conseguenza soggetto di potestà piena e suprema su tutta la Chiesa. Il Codice distingue due tipi di concili particolari: il *concilio plenario*, il quale è competente per tutte le Chiese particolari di una Conferenza dei Vescovi (can. 439, § 1); e il *concilio provinciale* che serve per le diverse Chiese particolari di una provincia ecclesiastica (can. 440, § 1). Se i confini di una provincia ecclesiastica coincidono coi confini di una nazione, il concilio provinciale, circa la sua convocazione, è retto dalla norma valida per i concili plenari, cioè per la sua convocazione è necessaria l'approvazione della Santa Sede (can. 439, § 2).

Anche se in base alla storia dei concili — malgrado le difficoltà della terminologia e della tipologia — sia ben conosciuta la figura dei *concili particolari diversi dai due tipi menzionati nel Codice* (il concilio plenario e quello provinciale), essendo stati convocati nell'antichità concili anche senza tener conto dei confini provinciali o per più provincie o per una *dioikesis* o per una regione ancor più vasta

⁽⁹⁾ Per questa limitazione del cerchio di tali organi vedi per es. AYMANS, *Das synodale Element* 19-64.

o persino per l'intera parte occidentale (per es. Arles 314) od orientale dell'Impero⁽¹⁰⁾ o con un carattere del tutto speciale come i concili romani, la legislazione attuale non tiene presente queste forme. Anzi, essa restringe la nozione — più ampia ancora nel can. 281 del Codice Pio-Benedettino che comprendeva in questa categoria tutti i concili che radunavano i Vescovi di più province⁽¹¹⁾ — ai concili che comprendono i Vescovi di una sola conferenza episcopale⁽¹²⁾. In questo contesto — come insegna la prassi dei pochi concili plenari degli ultimi anni — può trattarsi non soltanto del territorio di una conferenza episcopale tipica, ossia nazionale (cf. can. 448, § 1), ma anche del territorio di conferenze regionali come le Marche o la Sardegna, anche se queste conferenze non hanno tutti i diritti di una conferenza episcopale descritta nel Codice⁽¹³⁾. Eppure, i concili particolari che non sono né provinciali né plenari non sembrano né illeciti né impossibili secondo il diritto canonico vigente. Se fosse ragionevole, da un punto di vista pastorale, radunare veri concili particolari diversi da quelli menzionati nel Codice (per es. un concilio continentale) bisognerebbe però tener presente che all'analogia del concilio plenario (cf. can. 19) sarebbe necessario il permesso previo

⁽¹⁰⁾ Cf. per es. Conc. Constantinopol. a. 381, can. 6; J. GAUDEMET, *L'Église dans l'Empire Romain (IV^e-V^e siècles)* (Histoire du Droit et des Institutions de l'Église en Occident III), Paris 1958, 452-454; Id., *Église et diocèse. Histoire du droit canonique*, Paris 1994, 117; *Concilia Galliae. A.314-A.506*, ed. C. Munier (Corpus Christianorum, Ser. Lat. 148), Turnholti 1963, 14-22.

⁽¹¹⁾ E. TEJERO, *Comentario, al can. 439*, in AA.VV., *Comentario exegetico al Código de Derecho Canónico*, Dir. A. Marzoa-J. Miras-R. Rodríguez-Ocaña, II, Pamplona 1996, 921.

⁽¹²⁾ Per la storia della discussione sulla restrizione della nozione codiciale del concilio plenario vedi *Communicationes* 12 (1980) 246-254; 17 (1985) 97-98; R. METZ, *Les conciles nationaux, pléniers ou régionaux*, in *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* (Histoire de droit et des institutions de l'Église en Occident XVII), Paris 1983, 127-128; Id., *Concile national, concile plénier, concile régional*, in *Raccoltà di scritti in onore di Pio Fedele*, Dir. G. Barberini, I, Perugia 1984, 552; J.I. ARRIETA, *Instrumentos supradiocesanos para el gobierno de la Iglesia particular*, in *Ius Canonicum* 24 (1984) 620-623; TEJERO, *Comentario, al can. 439* 922.

⁽¹³⁾ Cf. J.B. D'ONORIO, *Les Conciles particuliers après dix ans d'application du Code de droit canonique de 1983*, in *Ius in vita et in missione Ecclesiae. Acta Symposii Internationalis Iuris Canonici occurrente X anniversario promulgationis Codicis Iuris Canonici diebus 19-24 aprilis 1993 in Civitate Vaticana celebrati*, Città del Vaticano 1994, 595-596.

della Santa Sede (cf. can. 439) ⁽¹⁴⁾. Tale permesso lo dovrebbe richiedere, sempre secondo l'analogia del concilio plenario, quell'organo — anche se consultivo — che rappresenta i Vescovi della regione (diverso dalla conferenza episcopale regionale, perché se vi fosse una tale conferenza, si potrebbe parlare già in un qualche significato di un concilio plenario), o le conferenze episcopali del continente o della vasta zona in questione (per es. CCEE, CELAM). Se tale organo non esistesse, bisognerebbe trovare un'altra forma di consultazione per colmare la lacuna della legge. Tuttavia, un tale gruppo di Vescovi — diversamente dai Vescovi di una provincia o di una conferenza episcopale (cf. cann. 439, § 1; 440, § 1) non avrebbe il diritto di decidere sulla convocazione del concilio particolare. La competenza attuale del concilio particolare, che prevede anche la legislazione con il voto della maggioranza e senza l'unanimità, presuppone infatti la partecipazione dell'Autorità Suprema della Chiesa. Tale partecipazione è data per i concili plenari e provinciali dalla normativa stessa del Codice. Per gli eventuali altri concili particolari l'aspetto governativo della comunione universale dovrebbe esprimersi successivamente, in quanto tali gruppi di Vescovi non sembra che possano decidere sulla celebrazione di un concilio, ma pare che debbano chiedere come grazia il consenso previo o la convocazione stessa da parte dell'Autorità Suprema della Chiesa. Quest'ultimo provvedimento significa ben più di una mera approvazione da parte della Sede Apostolica, prevista per la convocazione dei concili plenari (cf. can. 439, § 1), perché da questo atto dell'autorità suprema dovrebbero scaturire anche le competenze governative di un eventuale concilio di questo genere.

Nel caso del tutto speciale in cui si trattasse di un concilio dell'intera Chiesa latina, sarebbe evidente che tale concilio dovrebbe essere convocato dal Romano Pontefice, unico organo personale governativo competente su tutta quella parte della Chiesa. Sarebbe difficile trovare qualche limitazione per il potere del Romano Pontefice come organo superiore di tutta la Chiesa latina, essendo lo stesso Pontefice anche soggetto della suprema, piena, immediata e universale potestà su tutta la Chiesa (cf. can. 331). In questo contesto il pri-

⁽¹⁴⁾ Per il fatto che l'*approbante Apostolica Sede* del can. 439, § 1 significa un permesso previo alla celebrazione vedi per es. O. STOFFEL, in *Münsterischer Kommentar zum Codex Iuris Canonici*, Hrsg. von K. Lüdicke, Essen 1985 ss., 439/1-2.

mato pontificio sembra infatti assorbire le possibili funzioni di un cosiddetto patriarcato d'Occidente⁽¹⁵⁾.

La potestà dei concili particolari.

Dei concili particolari il Codice afferma categoricamente, che essi *godono di potestà di governo*, in specie legislativa, così che, salvo il diritto universale della Chiesa, possano decidere quello che sembra opportuno per l'incremento della fede, per ordinare l'azione pastorale comune, per regolare i costumi e conservare, introdurre e tutelare la comune disciplina (can. 445). Tale forte riconoscimento, che risale al can. 290 del CIC 1917 e al numero 36 del decreto *Christus Dominus*, contiene alcuni accenti nuovi rispetto alle sue fonti. Tali sono: la ripetuta indicazione del carattere pastorale della finalità di questi concili, il chiarimento del fatto che nella sua funzione legislativa il concilio deve rimanere nel quadro stabilito dal diritto universale, e infine la precisazione che la potestà del concilio particolare si esercita soprattutto nel campo della legislazione⁽¹⁶⁾.

È soltanto tenendo presente la storia di questa istituzione che possiamo renderci conto della radicalità della disciplina vigente. I concili provinciali — e in alcune parti anche quelli plenari od altri detti "generalì" — infatti erano, sin dall'antichità cristiana, una istituzione di diritto canonico universale⁽¹⁷⁾. È vero che già San Leone Magno abbia considerato come compito principale dei concili particolari di disporre circa la disciplina ecclesiastica⁽¹⁸⁾, ma non risulta chiaro se, nella mentalità dell'epoca, i concili particolari fossero veri organi legislativi o piuttosto autentici testimoni della tradizione disciplinare⁽¹⁹⁾. Nel decreto di Graziano i concili provinciali si presen-

(15) Cf. per es. P. ERDO, *Comentario, al can. 438*, in AA.VV., *Comentario exegetico al Código de Derecho Canónico*, Dir. A. Marzoa-J. Miras-R. Rodríguez-Ocaña, II, Pamplona 1996, 916. Vedi anche A. GARUTI, *Il Papa Patriarca d'Occidente? Studio storico dottrinale* (Collectio Antoniana 2), Bologna 1990; o ancora F.X. WERNZ-P. VIDAL-P. AGUIRRE, *Ius Canonicum*, II, ³Romae 1943, 497, nr. 436.

(16) Cf. per es. D.J. ANDRÉS GUTIÉRREZ, in *Código de Derecho Canónico. Edición bilingüe, fuentes y comentarios de todos los cánones*, Dir. A. Benlloch Poveda, Valencia 1993, 226.

(17) Cf. per es. H.J. SIEBEN, *Die Konzilsidee der Alten Kirche* (Konziliengeschichte, B.), Paderborn-München-Wien-Zürich 1979, 104-112.

(18) Ep. 6, 5: PL 54, 619 B («... in qua maxime constituendum esse noverit quod ad disciplinam poterit ecclesiasticam pertinere»); cf. SIEBEN, *Die Konzilsidee der Alten Kirche* 105.

(19) Cf. per es. Vincentius Lerinensis, *Commonitorium* 31, 16, citato da H.J. SIE-

tano già in quella forma, in cui erano concepiti dopo la riforma gregoriana ed esercitati prima di tutto sotto la guida di legati pontifici ai tempi di Urbano II (1088-1099) e Onorio II (1124-1130) in Europa occidentale⁽²⁰⁾. In base ai *dicta* possiamo affermare che Graziano ritenne capaci i concili provinciali di esercitare il potere giudiziario e quello esecutivo, non attribuendo però a questi concili alcuna potestà legislativa⁽²¹⁾. Anche se più tardi l'attività legislativa dei concili provinciali si è rafforzata, è rimasta importante la cooperazione dei legati pontifici nella legislazione provinciale. Oltre al motivo dell'origine legatina delle norme provinciali precedenti (che venivano forse modificate) doveva essere questa incertezza sulla competenza legislativa dei sinodi provinciali uno dei veri motivi per l'uso di chiedere la conferma pontificia per le norme accettate in un concilio provinciale. Già Antonio Agustín, padre della scienza moderna della storia del diritto canonico, richiamò l'attenzione sul fatto che erano rimasti conservati numerosi rescritti pontifici confermant i concili provinciali o persino prescriventi norme disciplinari per la provincia⁽²²⁾.

BEN, *Vom Apostelkonzil zum Ersten Vatikanum. Studien zur Geschichte der Konzilsidee* (Konzilengeschichte B.), Paderborn-München-Wien-Zürich 1996, 92 («... admirati sumus... quanta concilii illius fuerit humilitas et sanctitas, ut tot numero sacerdotes... quibus propterea ipsa in unum congregatio audendi ab se aliquid et statuendi addere uideretur fiduciam, nihil tamen nouerant, nihil praesumerent, nihil sibi penitus adrogarent, sed omni modis praecauerent, ne aliquid posteris traderent, quod ipsi a patribus non accepissent, et non solum in praesenti rem bene disponerent, uerum etiam post futuris exempla praeberent, ut et ipsi scilicet sacrae uetustatis dogmata colerent»).

⁽²⁰⁾ Cf. S.C. BONICELLI, *I concili particolari da Graziano al Concilio di Trento. Studio sulla evoluzione del diritto della Chiesa latina* (Ricerche di Scienze Teologiche 8), Brescia 1971, 22-23; A. GARCÍA Y GARCÍA, *Los concilios particulares en la Edad Media*, in *El Concilio de Braga y la función de la legislación particular en la Iglesia. Trabajos de la XIV Semana Internacional de Derecho Canónico celebrada en Braga bajo el Patrocinio del Señor Arzobispo Primado, el C.S.I.C. el Instituto «San Raimundo de Peñafort»*, Salamanca 1975, 142-149; E. TEJERO, *Comentario, al can. 440*, in AA.VV., *Comentario exegético al Código de Derecho Canónico*, Dir. A. Marzoa - J. Miras - R. Rodríguez-Ocaña, II, Pamplona 1996, 926.

⁽²¹⁾ Del problema della potestà legislativa del concilio provinciale vedi F.J. MURPHY, *Legislative Powers of the Provincial Council* (Canon Law Studies 257), Washington, D.C. 1947. Della visione di Graziano vedi specialmente W. GÓRALSKI, *Synodi prowincjonalne w Dekrecie Gracjana*, in *Prawo Kanoniczne* 26 (1983) Nr. 3-4, 172-178.

⁽²²⁾ Cf. *Antonii Augustini Archiepiscopi Tarraconensis opera omnia*, III, Lucae 1767, 374 («Sunt etiam nonnulla Romanorum Pontificum rescripta hic relata, quibus aut confirmantur provincialia concilia, aut aliqua iubentur ad provinciae statum et mores pertinentia»).

Una certa conseguenza di queste riserve nella mentalità dell'epoca precedente al concilio Lateranense IV (a. 1215) era forse la distinzione terminologica osservata, anche se non in tutti i testi fino all'epoca moderna, secondo cui le norme obbligatorie dei concili provinciali non erano generalmente chiamate canoni (*canones*), ma piuttosto costituzioni (*constitutiones*)⁽²³⁾. Anche se il concilio Lateranense IV riconobbe una certa capacità legislativa ai concili provinciali, sempre tra i limiti stabiliti dal diritto superiore⁽²⁴⁾, l'istituzione dell'esame pontificio delle costituzioni dei sinodi provinciali, che risale all'epoca di Innocenzo I (337-351), quando si richiedeva che nessuno emanasse dei canoni "per le Chiese" all'insaputa del Vescovo di Roma⁽²⁵⁾, rimase come un ricordo della prassi precedente. Anzi, essa si stabilizzò all'epoca posttridentina⁽²⁶⁾. Tale revisione pontificia ormai non significava né una promulgazione pontificia, né una conferma degli statuti. Questa istituzione, che colloca l'attività legislativa di tutti i tipi dei concili particolari nel contesto della comunione della Chiesa universale⁽²⁷⁾, è rimasta conservata anche nel diritto canonico vigente (can. 446: "Terminato il concilio particolare, il presidente curi che tutti gli atti del concilio siano trasmessi alla Sede Apostolica; i decreti emanati dal concilio non siano promulgati, se non dopo che saranno stati esaminati dalla Sede Apostolica").

(23) Cf. per es. D. BOUIX, *Du concile provincial ou traité des questions de théologie et de droit canon qui concernent les conciles provinciaux*, Paris 1850, 466-473.

(24) Conc. Lateranense IV, c. 6: *Constitutiones Concilii quarti Lateranensis una cum Commentariis glossatorum*, ed. A. García y García (Monumenta Iuris Canonici, Ser. A, Vol. 2), Città del Vaticano 1981, 53. 7-14 («Vt autem id ualeat efficacius adimpleri, per singulas dioceses statuunt personas idoneas, prouidas uidelicet et honestas, que per totum annum simpliciter et de plano, absque ulla iurisdictione sollicitè inuestigent que correctione et reformatione sunt digna, et ea fideliter proferant ad metropolitanum et suffraganeos in concilio subsequenti... Et quod statuerint faciant obseruari, publicaturi ea in episcopalibus synodis annuatim per singulas dioceses celebrandis») = X 5.1.25.

(25) Cf. Socrates, HE II, 17; Sózomenos, HE III, 10.

(26) Cf. BENEDICTUS XIV, *De synodo dioecesana*, Ferrariae 1767, II, 150-153, Lib. XIII, c. 3 («Ea, antequam promulgentur, transmitti iussit Sixtus V ad sacram Congregationem Concilii, non quidem ut postea confirmationem reportent a Sede Apostolica, sed ut corrigantur»); BOUIX, *Du concile provincial* 380-397.

(27) Cf. per es. J. ORLANDIS, *Funzione storica e ecclesiologica dei concili particolari*, in *La sinodalità nell'ordinamento canonico*, Dir. M. Ghisalberti - G. Mori, Padova 1991, 149-152.

b) *Le conferenze episcopali.*

Malgrado che nell'ultimo decennio sia stata formulata anche l'opinione secondo la quale le conferenze episcopali posseggono soltanto una potestà delegata di governo⁽²⁸⁾, sembra prevalere nella letteratura la convinzione che queste conferenze abbiano una potestà ordinaria, nel quadro della quale i diversi autori distinguono diversamente le singole competenze basate su di una potestà ordinaria propria o su quella vicaria, a seconda della loro concezione sulla nozione della potestà propria e vicaria⁽²⁹⁾. Riassumendo le diverse opinioni, possiamo affermare con notevole certezza che le conferenze episcopali sono veri organi di potere che hanno potestà di creare delle norme, le quali, per essere promulgate, hanno bisogno di revisione e non di conferma da parte della Santa Sede (cf. can. 455, § 2). Tale revisione non cambia il fatto che queste norme debbano essere attribuite alla conferenza episcopale stessa. Del resto, il can. 455, § 1 chiama queste norme decreti generali. Tali decreti però, secondo i canoni 29 e 30, devono provenire dal legislatore o da un organo provvisto di potere esecutivo e dell'autorizzazione espressa del legislatore. In base a tutto ciò è evidente che la conferenza episcopale, almeno nella sua forma tipica (can. 448, § 1), costituisce un vero organo di potere governativo.

2. *Nel diritto orientale.*

Tra gli organi sinodali, cioè quelli esprimenti in qualche modo la collegialità tra i Vescovi, anche nel diritto comune delle Chiese cat-

(28) Cf. per es. C. de DIEGO-LORA, *La potestad de régimen de las conferencias episcopales en el «Codex» de 1983*, in *Ius Ecclesiae* 1 (1989) 23-46, specialmente 36.

(29) Cf. per es. J.I. ARRIETA, *Conferenze episcopali e vincolo di comunione*, in *Ius Ecclesiae* 1 (1989) 3-22; V. FAGIOLO, «Potestas» del vescovo e conferenza episcopale, in *Ius Ecclesiae* 1 (1989) 47-67; G. GHIRLANDA, *De Episcoporum Conferentia deque exercitio potestatis magisterii*, in *Periodica* 76 (1987) 573-604; ID., *Responsio P.F.J. Urrutia animadversionibus*, ivi 637-649; F.J. URRUTIA, *De exercitio muneris docendi a Conferentis Episcoporum*, ivi 605-636; J.L. GUTIÉRREZ, *La conferenza episcopale come organo sopra-diocesano nella struttura ecclesiastica*, in *Ius Ecclesiae* 1 (1989) 69-91; *Naturaleza y futuro de las conferencias episcopales. Actas del coloquio internacional de Salamanca 3-8 enero 1988*, Ed. H. Legrand - J. Manzanares - A. Garcia y Garcia, Salamanca 1988; *Die Bischofskonferenz. Theologischer und iuridischer Status*, Hrsg. H. Müller - H.J. Pottmeyer, Düsseldorf 1989; *Episcopal Conferences. Historical, Canonical & Theological Studies*, Ed. T.J. Reese, Washington, D.C. 1989.

toliche orientali, possono essere distinti quegli organi che hanno un vero potere di governo e quelli piuttosto consultivi⁽³⁰⁾.

a) *Organi consultivi.*

È prima di tutto di carattere consultivo, nelle Chiese patriarcali o in quelle di un Arcivescovo maggiore, il sinodo permanente che fa parte della curia patriarcale o arcivescovile maggiore (CCEO can. 114, § 1; cf. can. 152). Anche se il diritto, per certi atti, richiede non soltanto il consiglio, ma anche il consenso di questo sinodo (cf. CCEO cann. 82, § 3; 85, § 3; 112, § 2; 120), questo non significa che il sinodo permanente sia autore di un qualche atto di potestà di governo⁽³¹⁾. Un altro organo piuttosto consultivo è l'assemblea patriarcale (cf. CCEO cann. 140-145), quella della Chiesa arcivescovile maggiore (cf. CCEO can. 152) e quella della Chiesa metropolitana sui iuris (cf. CCEO can. 172). Queste assemblee sono organi consultivi di un'intera Chiesa patriarcale, arcivescovile maggiore o metropolitana sui iuris e non hanno vera potestà di governo⁽³²⁾.

b) *Organi con potere di governo.*

Il sinodo dei Vescovi della Chiesa patriarcale e di quella arcivescovile maggiore (CCEO cann. 102-113; 152-153) è organo legislativo (CCEO can. 110, § 1), ma allo stesso tempo costituisce anche il tribu-

⁽³⁰⁾ Cf. per es. M. BROGI, *Sinodi patriarcali, assemblee e conferenze episcopali rito orientale*, in *Antonianum* 51 (1976) 250-265; J.D. FARIS, *Synodal Governance in the Eastern Catholic Churches*, in *Canon Law Society of America Proceedings 1987*, 212-226; J. HAJJAR, *The Synod in the Eastern Church*, in *Concilium* 8 (1965) Nr. 1, 30-34; ID., *Patriarchal Synods in the New Eastern Code of Canon Law*, in *Concilium* (1990) Nr. 4, 88-97; G.P. MILANO, *Riflessioni sulla natura della potestà dei patriarchi e dei loro Sinodi alla luce della costituzione apostolica «Sacri canones»*, in *Ephemerides Iuris Canonici* 47 (1991) 157-175; G. NEDUNGATT, *Synodality in the Eastern Catholic Churches according to the New Code*, in *Concilium* (1992) Nr. 5, 65-81; W. AYMANS, *Synodale Strukturen im Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium*, in *Archiv für katholisches Kirchenrecht* 160 (1991) 367-389; E. EID, *La Synodalité dans la tradition orientale*, in *Ephemerides Iuris Canonici* 48 (1992) 9-27; P. PALLATH, *The Synod of Bishops of Catholic Oriental Churches*, Roma 1994; C.G. FÜRST, *Die Synoden im neuen orientalischen Kirchenrecht*, in *Synodalrecht und Synodalstrukturen. Konkretionen und Entwicklungen der «Synodalität» in der Katholischen Kirche*, Hrsg. R. Puza - A.P. Kustermann (Freiburger Veröffentlichungen aus dem Gebiete von Kirche und Staat 44), Freiburg/Schweiz 1996, 67-85.

⁽³¹⁾ Cf. FÜRST, *Die Synoden* 80.

⁽³²⁾ Cf. *ivi* 82-84.

nale supremo nel territorio della Chiesa patriarcale o arcivescovile maggiore (cf. CCEO can. 1062, § 1). Tale sinodo ha anche potestà esecutiva per diversi atti precisati nel diritto, come per esempio per la costituzione di un comune tribunale di prima istanza per più eparchie (CCEO can. 1067, § 2). Questo sinodo ha anche il diritto di eleggere il Patriarca o l'Arcivescovo maggiore (CCEO cann. 63-77) o anche i Vescovi e i candidati all'episcopato al di fuori del territorio della Chiesa patriarcale o arcivescovile maggiore (CCEO cann. 149, 181, § 1) ⁽³³⁾.

Nelle Chiese metropolitane *sui iuris* è il consiglio dei Gerarchi l'organo sinodale che ha una vera potestà di governo (cf. CCEO cann. 164-171). Questo consiglio, che sotto certi aspetti si rassomiglia alle conferenze episcopali della Chiesa latina ⁽³⁴⁾, supera però, quanto a potestà, le conferenze episcopali latine, essendo capace per esempio di emanare delle leggi e norme anche nei casi in cui il diritto comune rimanda la questione al diritto particolare di una Chiesa *sui iuris* (CCEO can. 167, § 1) ⁽³⁵⁾.

Le altre Chiese *sui iuris*, almeno secondo il diritto comune, non hanno organi interepiscopali provvisti di potere di governo. In esse la sinodalità si realizza nel suo senso più ampio.

III. *Atti necessari di organi sinodali di potere e la loro mancanza.*

1. *I concili.*

Nella Chiesa latina, i concili particolari non sono prescritti dal diritto universale e così non viene determinata per loro nemmeno una frequenza precisa. Se infatti la loro celebrazione non è obbligatoria, non possono esistere nemmeno dei compiti obbligatori e non facoltativi che spettino a questi concili. Per conseguenza, dalla mancanza dei concili particolari non discende nessuna difficoltà giuridica formale, nessuna lacuna di legge.

2. *Organi sinodali orientali.*

Nel diritto canonico orientale, date le funzioni necessarie per la vita della rispettiva Chiesa dei diversi organi sinodali di potere, la

⁽³³⁾ Cf. *ivi* 78.

⁽³⁴⁾ Cf. per es. P. ERDŐ, *La participation des évêques orientaux à la conférence épiscopale. Observations au 1^{er} § du can. 450*, in *Apollinaris* 64 (1991) 301-304.

⁽³⁵⁾ Cf. per es. FÜRST, *Die Synoden* 81-82.

mancanza o l'inerzia di questi organi può avere delle conseguenze di rilievo. Se, per esempio, il sinodo dei Vescovi di una Chiesa patriarcale o arcivescovile maggiore deve procedere come tribunale superiore, perché si presenta il caso di appello, ma non procede, succede quello che accade ogni qual volta quando un tribunale competente non si occupa di una causa di sua competenza. La specialità del caso discende dal fatto che questo tribunale è competente per giudicare le cause contenziose sia delle eparchie che dei Vescovi, in primo grado mediante un tribunale da se creato, e in grado di appello direttamente (CCEO can. 1062, § 2-4). Se il sinodo non costituisce questo tribunale (secondo il CCEO can. 1062, § 2) o non procede come tribunale quando dovrebbe farlo, la causa potrà essere portata senza dubbio davanti alla Sede Apostolica, dato che "a causa del primato del Romano Pontefice ogni fedele cristiano ha pieno diritto di deferire la sua causa, in qualsiasi stato e grado del giudizio, all'esame dello stesso Romano Pontefice che è il giudice supremo per tutto il mondo cattolico e che giudica personalmente o attraverso i tribunali della Sede Apostolica o per mezzo di giudici da lui delegati" (CCEO can. 1059, § 1). Così il foro del Romano Pontefice potrà supplire alla mancanza dell'attività giudiziale di questi organi sinodali. Rispetto al consiglio dei Gerarchi, esso può legiferare ed emanare altre norme, quando i canoni lo autorizzano espressamente o quando rimandano al diritto particolare di una intera Chiesa *sui iuris* (CCEO ca. 167, § 1). Se tale consiglio non produce le norme necessarie, si presenta un caso analogo alla mancanza delle norme di una conferenza episcopale di cui parleremo ancora. È da notare comunque che l'inerzia del consiglio dei Gerarchi nel campo della produzione delle norme ha la stessa conseguenza anche quando il diritto rimanda una questione al diritto particolare della Chiesa *sui iuris*, perché, nella Chiesa metropolitana *sui iuris*, è questo consiglio l'unico organo interno ordinario competente per legiferare per l'intera Chiesa *sui iuris*. Quando invece il CCEO parla del diritto particolare in generale, senza precisare che si tratta di quello di una intera Chiesa *sui iuris*, con un rinvio di questo genere — come segue dall'argomentazione convincente di Ivan Žužek — il consiglio dei Gerarchi non viene autorizzato a legiferare⁽³⁶⁾.

(36) I. ŽUŽEK, *Qualche nota circa lo « ius particolare » nel « Codex Canonum Eccle-*

3. *Le conferenze episcopali.*

Una importanza straordinaria aveva, soprattutto nei paesi dell'Europa centro-orientale, fino a poco tempo fa, la mancanza o l'impedimento totale o parziale delle conferenze episcopali e così anche delle norme che, secondo il diritto universale, avrebbero dovuto essere emanate dalle medesime. Tali situazioni sono state lo spunto per speciali soluzioni pratiche e anche per certe riflessioni canonistiche⁽³⁷⁾.

In questi paesi, infatti, non era raro che la conferenza episcopale adottasse, con decisione presa all'unanimità, una soluzione per una serie di questioni tra le quali alcune erano indicate nel CIC come di spettanza della conferenza episcopale. In mancanza di una norma *recognita* dalla Santa Sede e promulgata dalla conferenza episcopale, a volte sembrava necessario introdurre provvisoriamente qualche regola in base alla competenza generale dei singoli Vescovi (cf. can. 381, § 1). Le norme accettate dalla conferenza episcopale all'unanimità, essendo di competenza propria dei singoli Vescovi, non hanno bisogno di una revisione da parte della Santa Sede. Se invece viene regolamentata in questo modo una materia che, secondo il CIC, spetterebbe alla conferenza episcopale (ossia *dovrebbe* e non soltanto potrebbe essere ordinata da essa), al di fuori dei casi di impedimento nell'agire diversamente, tale norma non è da considerare sufficiente e soprattutto non impedisce che i singoli Vescovi cambino poi tale regola per la loro diocesi. Certamente la libertà dei Vescovi di cambiare la norma rimane in tutti quei casi nei quali la conferenza episcopale accetti all'unanimità una regola su qualsiasi materia appartenente ai singoli Vescovi. È vero che il potere dei Vescovi può essere limitato mediante l'affidamento di un determinato atto alla conferenza episcopale per una legge universale. È scontato che le singole questioni nelle quali il Codice autorizza la conferenza episcopale a emanare delle norme obbligatorie sono di carattere diverso. Quando, per sua natura, la questione dovrebbe spettare alla Santa Sede, si tratta di una concessione. In quei casi invece, nei quali sarebbe competente il singolo Vescovo, si tratta di una specie di riserva. In generale, non nel senso pieno però della "riserva", la competenza infatti

siarum Orientalium», in *Il Diritto Canonico Orientale nell'ordinamento ecclesiale*, a cura di K. Bharanikulangara (Studi giuridici 34), Città del Vaticano 1995, 39.

(37) Cf. per. es. P. ERDŐ, in *Teologia* (Budapest) 29 (1995) 24-26.

per l'atto in questione non viene tolta al singolo Vescovo (in alcuni casi, la possibilità alternativa di regolamentare una questione a livello del singolo Vescovo o a livello della conferenza episcopale viene anche espressamente menzionata nel CIC - cf. can. 535, § 1: "secundum Episcoporum conferentiae aut Episcopi dioecesani praescripta"). Tuttavia, se in tali questioni esiste una norma della conferenza episcopale, accettata con la necessaria maggioranza, *recognita* dalla Santa Sede e promulgata, il singolo Vescovo non può liberamente legiferare sull'argomento (cf. cann. 135, § 2; 455, § 2), o almeno non può emanare delle norme contrarie a quelle provenienti dalla conferenza episcopale (cf. can. 135, § 2). Ma quando l'organo, al quale la creazione della norma è affidata, risulta impedito a porre quell'atto (o se tale organo non esiste, perché non poteva esser istituito, come accadeva in alcuni paesi dell'Europa centrale o orientale o ancora in altri paesi comunisti, nei quali — come per esempio in Romania o nella Cecoslovacchia socialista — fino a poco fa non si poteva fondare la conferenza episcopale), pare che rimanga intatta la competenza generale dei singoli Vescovi diocesani, dato che ad essi, nella loro diocesi, "compete tutta la potestà ordinaria, propria e immediata che è richiesta per l'esercizio del loro ufficio pastorale" (can. 381, § 1; CD 8a; LG 27 ecc.).

Come supplisse l'azione individuale o collettiva dei singoli Vescovi alla mancante attività produttiva di norme della conferenza episcopale può essere dimostrato con vari esempi propri dell'epoca socialista dell'Est europeo.

Nella Romania, quando non esisteva ancora la conferenza episcopale, presentava una difficoltà pratica il fatto che, secondo il can. 1126, spettasse alla conferenza dei Vescovi stabilire il modo in cui erano da farsi le dichiarazioni e promesse, richieste prima della concessione del permesso di celebrare un matrimonio misto. Nella diocesi di Alba Julia, era il Vescovo a determinare la forma di queste promesse. La soluzione adottata sembra del tutto legittima, dato che in generale spetta al Vescovo diocesano precisare la modalità dell'esecuzione delle leggi universali.

Per altre materie la situazione era l'opposto. In alcuni paesi, come in Cecoslovacchia, si presentava la questione della sostituzione dell'astinenza dal mangiare carne il giorno di venerdì. Tale sostituzione può essere introdotta dalla conferenza dei Vescovi, che può anche prescrivere l'astinenza da un altro cibo diverso dalla carne (cf. cann. 1251, 1253). In mancanza di conferenza episcopale nel rispet-

tivo territorio era osservata religiosamente l'astinenza dalla carne senza alcuna possibilità di sostituzione. In questo caso, infatti, si trattava non di una norma propria della conferenza episcopale disciplinante i dettagli di esecuzione della legge universale, ma di una possibilità di sostituire (cioè cambiare!) la regola universale in base ad una concessione espressa del supremo legislatore, contenuta nella stessa legge. Tale concessione è da interpretarsi strettamente (cf. can. 18). Così i singoli Vescovi non potevano sentirsi autorizzati a far uso di questa facoltà concessa alle conferenze episcopali.

Una tendenza speciale poteva osservarsi nei paesi nei quali esisteva la conferenza episcopale, ma non poteva trasmettere, o per qualsiasi motivo non si sentiva in grado di trasmettere, le sue norme alla Santa Sede per la revisione (*recognitio*) richiesta nel can. 455, § 2. In tali casi, per esempio in Ungheria, in quelle materie nelle quali, in mancanza della norma proveniente dalla conferenza episcopale, poteva legiferare il singolo Vescovo, i Vescovi preferivano adottare una soluzione disciplinare all'unanimità⁽³⁸⁾. Quando poi la conferenza episcopale è riuscita ad elaborare e — dopo la revisione fatta dalla Santa Sede — anche a promulgare quelle norme che secondo il CIC essa doveva o poteva creare, i Vescovi hanno spesso semplicemente ripetuto il testo che prima era già in vigore come decisione unanime. Così hanno prescritto, per esempio, il libro parrocchiale delle cresime (cf. can. 535, § 1)⁽³⁹⁾. Tale prescrizione vigeva in Ungheria già in precedenza, da ultimo in base al regolamento dell'immatricolazione accettato con decisione unanime dalla conferenza episcopale nel 1988⁽⁴⁰⁾. Un caso simile era quello del fidanzamento. Nel paese non veniva praticato da lungo tempo il fidanzamento ecclesiastico ufficiale⁽⁴¹⁾. La conferenza episcopale, nella sua norma data all'esecuzione del can. 1062, § 1 — come già nel suo precedente rego-

⁽³⁸⁾ Cf. P. ERDŐ, *Neue Entwicklungen im ungarischen Partikularkirchenrecht*, in *Archiv für katholisches Kirchenrecht* 162 (1993) 467.

⁽³⁹⁾ *Episcoporum Conferentiae Hungariae, Normae complementariae ad Codicem Iuris Canonici*, 8 gennaio 1993, art. 16, in *Ius Ecclesiae* 6 (1994) 849; cf. P. ERDŐ, *Note alle norme applicative del CIC in Ungheria*, in *Ius Ecclesiae* 6 (1994) 857.

⁽⁴⁰⁾ Cf. Magyar Katolikus Püspöki Kar, *Egységes katolikus anyakönyvezési szabályzat*, Budapest 1988, §§ 52-55.

⁽⁴¹⁾ Per la pratica antica ungherese del fidanzamento ecclesiale vedi per es. I. STPOS - L. GÁLOS, *A katolikus házasságjog rendszere a Codex Iuris Canonici szerint*, ed. 4, Budapest 1960, 97-117; P. ERDŐ, *Egyházjog*, Budapest 1992, 408-409.

lamento accettato all'unanimità circa le matricole⁽⁴²⁾ — presuppone però che venga tenuto un libro parrocchiale per la registrazione di quelli che hanno richiesto la celebrazione del matrimonio. Tale libro, tuttavia, non viene prescritto dalla stessa conferenza episcopale. Esso è infatti richiesto dal regolamento suindicato, accettato all'unanimità da tutti i Vescovi, che in questo caso hanno esercitato la potestà che compete loro come singoli, in una materia, per la regolamentazione della quale, viene autorizzata anche la conferenza episcopale (cf. can. 535, § 1)⁽⁴³⁾. In questo caso speciale, quindi, i singoli Vescovi (di comune accordo) hanno emanato una norma, la quale non era riservata alla conferenza episcopale. Quando poi la conferenza aveva la possibilità di legiferare sulla stessa materia, essa si accontentava di fare un rinvio alla comune norma preesistente dei singoli Vescovi⁽⁴⁴⁾. Dato che questa volta la decisione della conferenza episcopale adotta una formula dichiarativa e non costitutiva, il carattere della norma non si cambia. Essa rimane una norma unanime dei singoli Vescovi.

Un altro caso tipico di supplenza alla mancata norma della conferenza episcopale è stato quello degli statuti del consiglio presbiterale. Secondo il can. 496 infatti il consiglio presbiterale deve avere i propri statuti approvati dal Vescovo diocesano, ma composti secondo le norme emanate dalla conferenza dei Vescovi. Quando tali norme mancavano, i Vescovi — persino nel quadro nella conferenza episcopale — hanno accettato all'unanimità un testo comune di statuti per i consigli presbiterali di tutto il paese. Certamente la competenza di determinare le linee direttrici per tali statuti, per l'esecuzione del Codice di Diritto Canonico, per la mancanza della rispettiva attività della conferenza episcopale (probabilmente per impedimenti esterni), ritornava ai singoli Vescovi. Quando invece la conferenza episcopale poteva accettare delle norme a maggioranza e promulgarle, dopo la revisione dalla Santa Sede, questa si vedeva ob-

⁽⁴²⁾ Magyar Katolikus Püspöki Kar, *Egységes katolikus anyakönyvezési szabályzat*, Budapest 1988, §§ 56-65, 67.

⁽⁴³⁾ La CE come tale richiede, oltre ai libri parrocchiali prescritti nel diritto universale (cf. can. 535, § 1), soltanto il registro parrocchiale della cresima.

⁽⁴⁴⁾ *Episcoporum Conferentia Hungariae, Normae complementariae ad Codicem Iuris Canonici*, art. 9, in *Ius Ecclesiae* 6 (1994) 845 («Ius particulare canonicum in Hungaria praescribit usum libri sponsorum, in quo signatur voluntas matrimonii celebrandi, firmo praescripto can. 1062 § 2»).

bligata a creare tali norme e a lasciare ormai a ciascun Vescovo l'approvazione degli statuti dei singoli consigli presbiterali⁽⁴⁵⁾.

IV. *Conclusiones.*

Dopo aver trattato brevemente dei diversi tipi di organi strettamente sinodali di potere ed aver considerato non pochi problemi pratici connessi con certi atti necessari di tali organi, possiamo formulare alcuni principi generali circa la natura e il funzionamento di questi organi.

1) Gli organi sinodali, in senso stretto, con potere di governo sono organi della *collegialità episcopale*. Sono composti sostanzialmente da Vescovi, anche se tra i loro membri possono trovarsi pure dei presbiteri. Tra gli altri collaboratori di questi organi possono svolgere la propria attività anche altre persone.

2) Tali organi, in quanto hanno una certa potestà sopra le singole Chiese particolari, si inseriscono nel contesto della comunione della Chiesa universale ed hanno bisogno di qualche autorizzazione proveniente dalla Suprema Autorità della Chiesa. La forma di questa autorizzazione può essere varia nelle diverse epoche storiche e nelle singole Chiese *sui iuris*. La presenza del legato pontificio ai concili particolari medievali, l'indicazione della competenza legislativa dei concili particolari nel Codice vigente o l'assegnazione della facoltà di creare certe norme alle conferenze episcopali nel medesimo Codice sono tutte forme d'intervento costitutivo dell'Autorità Suprema, sulla quale si basa la potestà governativa di questi organi.

3) L'elenco degli organi sinodali con vera potestà di governo, nel diritto della Chiesa latina e nel diritto comune delle Chiese orientali, può essere composto in modo tassativo in base all'autorizzazione proveniente dall'Autorità Suprema, senza la quale tali organi non possono esistere (anche se questa autorizzazione teoricamente può essere implicita). La Suprema Autorità della Chiesa può creare però altre forme stabili od occasionali di esercizio sinodale della potestà di governo, o può conferire la facoltà di porre degli atti di potere a degli organi sinodali per loro natura soltanto consultivi.

⁽⁴⁵⁾ *Episcoporum Conferentia Hungariae, Normae complementariae ad Codicem Iuris Canonici*, art. 4, in *Ius Ecclesiae* 6 (1994) 844.

4) Alcuni degli organi sinodali di potere sono necessari, perché richiesti dai Codici o anche perché diverse loro attività sono prescritte e necessarie. Altri organi hanno una esistenza o un funzionamento facoltativo, il quale può avere diversa importanza pastorale secondo le circostanze⁽⁴⁶⁾.

5) Il funzionamento di tutti questi organi è inserito organicamente nel contesto delle Chiese particolari e in quello dell'attività dei singoli Vescovi. Tale collegamento, oltre ad essere necessario per la missione sacramentale dei singoli Vescovi, che va oltre i confini della loro Chiesa particolare, è anche di grande utilità pratica soprattutto nelle situazioni nelle quali gli organi gerarchicamente inferiori devono supplire ad alcune attività nell'esercizio del potere, attribuite dal diritto positivo ecclesiale a questi organi sinodali. Tali situazioni particolari rivelano anche il carattere del rapporto tra il potere dei singoli Vescovi e quello degli organi sinodali.

6) All'origine della potestà e delle singole competenze degli organi sinodali sta in genere o una semplice concessione fatta dall'Autorità Suprema, o una riserva proveniente dalla medesima. Riserva e concessione possono essere a volte anche due aspetti della stessa realtà. Tale riserva può avere diversi gradi: L'Autorità Suprema può ordinare che le norme di un organo sinodale non possano poi essere modificate dai singoli Vescovi nelle loro diocesi. La riserva può avere per effetto che l'organo sinodale e il singolo Vescovo abbiano competenza parallela o cumulativa sulla stessa materia. In questi casi le norme degli organi sinodali costituiscono un diritto superiore rispetto al diritto dei singoli Vescovi. In questo punto riserva e concessione si incontrano, perché tale forza superiore del diritto proviene dalla stessa Autorità Suprema.

⁽⁴⁶⁾ Cf. per es. AYMANS, *Kirchenrechtliche Beiträge zur Ekklesiologie* 191 («Die Frage, inwieweit Synodalität und Konsiliarität ordentliche oder außerordentliche Formen kirchlicher Leitung sind, kann nicht einheitlich beantwortet werden. Die Antwort hängt allein von der diesbezüglichen Ausgestaltung des positiven Rechts ab»).

Pagina bianca

II. *Altri studi*

Pagina bianca

FRANS DANEELS, O. PRAEM.

SOPPRESSIONE, UNIONE DI PARROCCHIE
E RIDUZIONE AD USO PROFANO
DELLA CHIESA PARROCCHIALE (*)

Introduzione. — I. Soppressione e unione estintiva di parrocchie. — 1. Il c. 515 § 2, ossia la norma fondamentale in materia. — 2. Le fonti immediate del c. 515 § 2. — 3. Diverse figure di soppressione di parrocchie. — 4. La destinazione dei beni della parrocchia soppressa. — 5. La procedura da seguire per la soppressione di parrocchie. — 6. Alcuni argomenti addotti contro la soppressione di una parrocchia. — 7. Una osservazione conclusiva sulla giurisprudenza della Segnatura Apostolica concernente la soppressione di parrocchie. — II. La riduzione ad uso profano di una chiesa, specialmente di una chiesa «già» parrocchiale. — 1. Il c. 1222, ossia la norma fondamentale. — 2. Storia della redazione del c. 1222 § 2. — 3. Le gravi ragioni che consigliano che non si adibisca più la chiesa al culto divino. — 4. Ulteriore analisi del c. 1222 § 2. — 5. Qualche ulteriore osservazione. — III. Questioni procedurali riguardanti i ricorsi contro la soppressione di una parrocchia e la riduzione della sua chiesa ad uso profano. — 1. Nota previa. — 2. Chi può ricorrere contro la soppressione di una parrocchia o la riduzione della sua chiesa ad uso profano? — a. La parrocchia come tale, tramite il rappresentante legittimo. — b. Non un gruppo di fedeli come tale. — c. La legittimazione dei singoli parrocchiani. — 3. I termini a ricorrere. — 4. Il previo ricorso alla competente Congregazione richiesto per poter ricorrere alla Segnatura. — 5. La domanda di sospensione delle decisioni impugnate. — 6. «An datur actio iudicati?» — IV. Conclusione: un primo bilancio.

Introduzione

1. Intendo svolgere la mia relazione sul tema «Soppressione, unione di parrocchie e riduzione ad uso profano della chiesa parroc-

(*) Relazione tenuta nell'incontro di studi per gli operatori dei tribunali organizzato il 14 marzo 1996 dall'Arcidiazio della Curia Romana e dall'Associazione Canonistica Italiana, già pubblicata in *La Parrocchia*, (Studi Giuridici XLIII), Città del Vaticano 1997, 85-112, ed ora aggiornata, specialmente al n. 2 dell'introduzione (le aggiunte nelle note vengono indicate con il segno*).

chiale», con particolare riferimento alla giurisprudenza della Segnatura Apostolica in materia.

Infatti dal 1985 a tutto il 1995 sono state introdotte presso la Seconda Sezione della Segnatura Apostolica 4 cause che riguardano la soppressione o l'unione estintiva di parrocchie⁽¹⁾, 13 cause che hanno come oggetto della controversia sia la soppressione di parrocchie che la chiusura o riduzione ad uso profano delle rispettive chiese parrocchiali⁽²⁾, mentre in 4 cause si tratta della riduzione ad uso profano di una chiesa parrocchiale (dopo la soppressione non impugnata della parrocchia in tre dei quattro casi)⁽³⁾ ed infine in 1 causa si impugna il fatto che la propria chiesa parrocchiale non sia stata ritenuta come chiesa parrocchiale della nuova parrocchia dopo l'unione estintiva di tre parrocchie⁽⁴⁾. Nell'insieme si tratta di ben 22 cause, di cui 8 sono state introdotte nel 1994 e 5 nel 1995⁽⁵⁾.

(1) Prot. NN. 21023/89 CA (la chiesa rimane come «sacellum» sotto la cura della nuova parrocchia), 24936/94 CA, 25465/94 CA e 26205/95 CA (la chiesa della parrocchia personale soppressa rimane come chiesa parrocchiale della nuova parrocchia territoriale, ma i fedeli della parrocchia soppressa contestano il fatto che detta chiesa non sia più la «loro» chiesa e che la liturgia generalmente non venga più celebrata nella loro lingua nativa, non avendo più un parroco della loro etnia).

(2) Vedi *infra*, nella seconda parte di questa introduzione.

(3) Prot. NN. 17447/85 CA, 17914/86 CA, 19672/87 CA (è stata costruita una nuova chiesa parrocchiale posta più al centro della parrocchia, ma i parrocchiani che abitano vicino alla vecchia chiesa parrocchiale contestano la sua chiusura), 26339/95 CA (il ricorso riguarda di fatto soltanto la riduzione della chiesa ad uso profano).

(4) Prot. N. 26001/95 CA.

(5) Inoltre c'è una causa «Suppressionis "Missionis" et clausurae eius ecclesiae» (Prot. N. 22238/90 CA), nella quale l'Ecc.mo Segretario ha rigettato il ricorso «a limine», perché «extra terminum peremptorium propositus».

In qualche caso (Prot. N. 25895/95 CA) il «ricorso» riguardava la ventilata, ma non ancora decretata soppressione di una parrocchia; è stata data notizia al mittente con semplice lettera che la Segnatura Apostolica non poteva almeno per il momento intervenire nel caso.

Nei Prot. NN. 18015/86 CA e 19037/87 CA si tratta di due ricorsi non formalizzati contro la vendita (e prevista demolizione) di chiese; la Segnatura Apostolica non ha quindi dato seguito a detti «ricorsi».

La documentazione esibita è stata invece trasmessa alla competente Congregazione perché non c'era ancora una sua decisione nei seguenti due casi: Prot. N. 26108/95 (unione estintiva di parrocchie) e Prot. N. 26482/95 (riduzione ad uso profano ed alienazione di una chiesa).

La causa Prot. N. 21024/89 CA non riguarda la riduzione di una chiesa ad uso profano, ma la sua ristrutturazione. Il decreto del Congresso è stato pubblicato in *Notitiae* 283 (1990) 2, 142-144.

Anche se nessuna di dette cause proviene dall'Italia, ritengo che la problematica possa interessare i canonisti italiani, sia per questioni di diritto sostanziale che procedurale. La problematica, infatti, riguarda non soltanto la soppressione di parrocchie e la riduzione di chiese ad uso profano, ma investe questioni più generali circa il sistema canonico dei ricorsi gerarchici e specialmente dei ricorsi contenzioso-amministrativi alla Segnatura Apostolica.

Mi limito, ovviamente, all'aspetto canonistico della problematica, nella consapevolezza che non è l'unico aspetto ⁽⁶⁾, ma anche nella convinzione dell'importanza di una retta intelligenza ed osservanza della normativa al riguardo. Per non appesantire troppo l'esposizione mi limiterò inoltre alla sola normativa per la Chiesa latina ⁽⁷⁾.

Nella seconda parte di questa introduzione fornirò l'elenco delle suddette 22 cause. Poi la mia esposizione si articolerà in tre parti. Tratterà, nella prima parte, della soppressione e dell'unione estintiva di parrocchie, nella seconda parte della riduzione di una chiesa e specialmente di una chiesa parrocchiale ad uso profano, e nella terza parte di alcune questioni procedurali riguardanti i ricorsi contro la soppressione di una parrocchia e la riduzione della sua chiesa ad uso profano.

2. Ecco l'elenco di dette 22 cause (tra parentesi indico per ciascuna causa brevemente qualche punto essenziale dell'eventuale decisione; una sentenza definitiva o un decreto definitivo riferisce alla decisione del Collegio degli Em.mi ed — a partire dal 1992 — anche degli Ecc.mi Giudici; un decreto del Congresso che non ammette la causa alla discussione davanti al Collegio dei Giudici chiude la causa relativa a quella parte della controversia non ammessa alla discussione, ma detto decreto del Congresso viene talvolta impugnato davanti al Collegio dei Giudici, il quale allora definisce tale impugnazione con un decreto definitivo e non con una sentenza):

* Nel 1996 è stata introdotta soltanto una causa «*Suppressionis paroeciae et reductionis ecclesiae ad usum profanum*» (Prot. N. 27198/96 CA); nel Congresso del 13.5.96 non è stata ammessa alla discussione davanti al Collegio dei Giudici «*utpote manifeste quolibet carens fundamento*».

⁽⁶⁾ Infatti, non appare sufficiente che la decisione sia legittima e pienamente conforme ai criteri di buon governo pastorale, ma occorre che anche i fedeli interessati, almeno in quanto possibile, la percepiscano come una decisione saggia e buona.

⁽⁷⁾ Nessuno dei suddetti casi riguarda una Chiesa orientale.

— Prot. N. 17447/85 CA, «Demolitionis ecclesiae», decreto def. 21.11.87: causa non ammessa alla discussione «propter defectum capacitatis processualis necnon legitimationis activae in recurrentibus»; decreto pubblicato in *Communicationes* 20 (1988) 88-94.

— Prot. N. 17914/86 CA, «Demolitionis ecclesiae», decreto def. 21.5.88: causa non ammessa alla discussione (per la stessa ragione che nella causa precedente).

— Prot. N. 19672/87 CA, «Iurium: ... in specie adversus decisionem veteris ecclesiae paroecialis non amplius ad cultum adhibendi», Congresso 15.5.89: non ammessa alla discussione «propter defectum legitimationis activae in recurrentibus».

— Prot. N. 21023/89 CA, «Suppressionis paroeciae», Congresso 14.1.92: reiezione del ricorso (per mancanza di legittimazione del ricorrente).

— Prot. N. 21883/90 CA, «Suppressionis paroeciae» (e chiusura della sua chiesa), sentenza def. 16.1.93: i ricorrenti godono la legittimazione nel caso; constare «de violatione legis in procedendo» sia per la soppressione della parrocchia che per la riduzione della chiesa ad uso profano; decreto def. 25.6.95: «non datur actio iudicati in casu» (vedi *infra*, III, 6).

— Prot. N. 21896/90 CA «Suppressionis paroeciae» (e riduzione della sua chiesa ad uso profano), Congresso 25.1.91: reiezione del ricorso (per mancanza di legittimazione dei ricorrenti).

— Prot. N. 22036/90 CA, «Suppressionis paroeciae» (e chiusura della sua chiesa), sentenza def. 20.6.92: «Non constare de defectu legitimationis activae in partibus recurrentibus neque constare de defectu alius praesuppositi processus... Constare de violatione legis in procedendo quoad: a) suppressionem paroeciae... b) reductionem ecclesiae... ad usum profanum...»; decreto def. 12.11.94: «non datur actio iudicati in casu» (vedi *infra* III, 6).

— Prot. N. 24048/93 CA, «Suppressionis paroeciae» (e riduzione della sua chiesa ad uso profano), decreto def. 25.6.94: causa non ammessa alla discussione (per manifesta mancanza di fondamento).

— Prot. N. 24388/93 CA, «Suppressionis paroeciae et reductionis ecclesiae in usum profanum non sordidum», Congresso 3.5.95: non ammessa alla discussione riguardo alla soppressione della parrocchia e «in procedendo» alla riduzione della chiesa ad uso profano, ma ammessa alla discussione riguardo alla riduzione della

chiesa ad uso profano «in decernendo»; sentenza def. 4.5.96: «non constare de violatione legis in decernendo».

— Prot. N. 24924/94 CA, «Suppressionis paroeciae et reductionis ecclesiae ad usum profanum»: nel caso c'è un duplice ricorso; il primo ricorso non è ammesso alla discussione «ob manifestum recurrentium defectum personae legitimae standi in iudicio» nel Congresso del 19.4.96, ma il ricorrente principale ha fatto ricorso al Collegio dei Giudici, che con decreto def. del 21.6.97 ha confermato il decreto del Congresso; secondo ricorso non ammesso alla discussione per la stessa ragione nel Congresso del 12.12.96.

— Prot. N. 24936/94 CA, «Suppressionis paroeciae», reiezione «a limine» con decreto dell'Ecc.mo Segretario, 24.3.95, «ob terminum peremptorium elapsum».

— Prot. N. 25322/94 CA, «Suppressionis paroeciae et reductionis ecclesiae ad usum profanum», Congresso 12.12.96: causa non ammessa alla discussione riguardo alla soppressione della parrocchia, ma ammessa riguardo alla riduzione della chiesa ad uso profano; sentenza def. 8.11.97: «1) Non constat de non servatis fatalibus ad recursum Rev.mi Parochi... quod attinet; 2) Non constat de defectu legitimationis activae ad recursum prosequendum ex parte partveciarum post eiusdem Parochi mortem; 3) Non constat de violatione legis in procedendo nel in decernendo relate ad ... reductionem ecclesiae...». Il ritardo nella definizione della causa è in parte dovuta alla morte del parroco durante il processo (vedi *infra* III, 2, a, 2°, nota 51).

— Prot. N. 25323/94 CA, «Suppressionis paroeciae et reductionis ecclesiae paroecialis ad usum profanum», Congresso 12.10.95: «Relate ad suppressionem paroeciae, quidquid est de legitimatione activa recurrentium, recursus... ad disceptationem non admittitur utpote manifeste carens fundamento; Relate ad ecclesiae reductionem in usum profanum, dilata, ea mente ut compleatur disceptatio tam de legitimatione activa recurrentium quam de rationibus pro ecclesiae reductione allatis»; decreto dell'Em.mo Prefetto 15.3.96: «lis finita» (dopo la revoca da parte del Vescovo del decreto di riduzione della chiesa ad uso profano).

— Prot. N. 25427/94 CA, «Suppressionis paroeciae... et reductionis ecclesiae paroecialis ad usum profanum», Congresso 18.1.96: «Recursus ad disceptationem... non admittitur ob manifestum defectum praesuppositi».

— Prot. N. 25465/94 CA, «Suppressionis paroeciae», Congresso 18.1.96: «Recursum... ad disceptationem... non admittitur utpote manifeste carens fundamento».

— Prot. N. 25500/94 CA, «Suppressionis paroeciae» (e riduzione della sua chiesa ad uso profano); decreto def. 4.5.96: «... recursus non admittitur ad disceptationem...» (nel caso la competente Congregazione aveva rigettato il ricorso per la tardiva rimostranza: vedi *infra*, III, 3, a).

— Prot. N. 25530/94 CA, «Suppressionis paroeciae... et reductionis ecclesiae paroecialis ad usum profanum», Congresso 12.10.95: «Recursum adversus suppressionem paroeciae... ad disceptationem... non admittitur utpote manifeste carens fundamento; Recursus adversus ecclesiae paroecialis reductionem in usum profanum ad disceptationem... admittitur»; sentenza def. 18.1.97: «In tuto posita N.S.T. competentia, non constare de violatione legis tum in procedendo tum in decernendo».

— Prot. N. 25931/95 CA, «Suppressionis paroeciae», Congresso 5.6.96: causa non ammessa alla discussione «quia impugnatio decisionis, qua Congregatio pro Clericis die 16 decembris 1994 recursum ob neglectum praescriptum can. 1734 § 2 reiecit, manifesto caret fundamento».

— Prot. N. 26001/95 CA, «Non-electionis ecclesiae... in ecclesiam paroecialem novae paroeciae», Congresso 24.6.96: «Recursum... ad disceptationem... non admittitur utpote manifesta carens fundamento» decreto def. 4.6.97: «Recursum adversus non-electionem ecclesiae... ad disceptationem... non admittitur utpote manifeste carens fundamento».

— Prot. N. 26205/95 CA, «Suppressionis paroeciae», Congresso 26.1.96: «Recursum non admittitur ad disceptationem utpote manifeste quolibet carens fundamento»; il ricorso al Collegio dei Giudici è stato dichiarato perento il 18.7.96.

— Prot. N. 26248/95 CA, «Suppressionis paroeciae... et reductionis ecclesiae paroecialis ad usum profanum», Congresso 4.3.96: causa non ammessa alla discussione «quia manifeste caret fundamento».

— Prot. N. 26339/95 CA, «Suppressionis paroeciae... et reductionis ecclesiae ad usum profanum» (nel caso è apparso, dopo un più approfondito esame della causa, trattarsi soltanto della impugna-

zione della riduzione della chiesa ad uso profano), Congresso 26.1.96: «*Recursum non admittitur ad disceptationem utpote manifeste quolibet carens fundamento*».

I. *Soppressione e unione estintiva di parrocchie*⁽⁸⁾.

1. *Il c. 515 § 2, ossia la norma fondamentale in materia.*

Mentre il Codice Pio-Benedettino trattava dell'unione, divisione e dismembrazione delle parrocchie nel contesto della unione, divisione e dismembrazione dei benefici (cc. 1422-1428 CIC 1917)⁽⁹⁾, è stata felicemente recuperata nel Codice vigente la figura autonoma e comunitaria della parrocchia (c. 515 § 1) ed è adesso proprio nel contesto della normativa concernente la parrocchia che viene data la seguente norma fondamentale riguardo alla sua soppressione o alla sua notevole innovazione: «... sopprimere o mutare le parrocchie spetta unicamente al Vescovo diocesano, il quale non... sopprime parrocchie, né le muti notevolmente, se non ascoltato il consiglio presbiterale» (c. 515 § 2)⁽¹⁰⁾.

Competente in materia è dunque il solo Vescovo diocesano e gli equiparati a lui a norma del c. 381 § 2, esclusi il Vicario generale e episcopale se non per mandato speciale (cf. c. 134 § 3). Il Vescovo diocesano deve prima consultare il consiglio presbiterale. Anche se ciò non viene detto esplicitamente nel canone, è evidentemente richiesta una giusta causa, perché l'esercizio dell'autorità pastorale non può mai essere arbitrario nella Chiesa, ma deve attenersi ai criteri di buon governo, promuovendo la «*salus animarum*».

Fra parentesi noto che il c. 515 § 2 vale anche per la soppressione di parrocchie personali, non essendo mantenuta nel Codice vigente per la loro innovazione la riserva alla Sede Apostolica di cui al c. 216 § 4 del Codice Pio-Benedettino.

⁽⁸⁾ Cfr. J.H. PROVOST, *Some Canonical Considerations on Closing Parishes*, in *The Jurist* 53 (1993) 362-370; J.A. CORIDEN, *The Vindication of Parish Rights*, in *The Jurist* 54 (1994) 22-39. Questi articoli riguardano anche la riduzione della chiesa ad uso profano ed almeno in parte le questioni procedurali.

⁽⁹⁾ Il can. 2292 prevedeva inoltre la «*poenalis suppressio aut translatio sedis paroecialis*»

⁽¹⁰⁾ Cfr. c. 280 CCEO: «*Paroecias erigere, immutare et suppressere est Episcopi eparchialis consulto consilio presbyterali*».

2. *Le fonti immediate del c. 515 § 2.*

Già nel n. 32 del decreto «Christus Dominus» del Concilio Vaticano II si stabiliva che: «... salus animarum causa sit, qua determinantur aut recognoscantur paroeciarum... suppressiones, aliaeve huiusmodi innovationes, quas quidem Episcopus propria auctoritate peragere poterit».

Il *Motu proprio* «Ecclesiae Sanctae» di Paolo VI aggiungeva (I, 21 § 3) che: «se vi sono convenzioni tra la Sede Apostolica e il Governo Civile o dei diritti quesiti di altre persone fisiche o morali, per tali casi l'Autorità competente trovi, d'accordo con gli interessati, la giusta soluzione»⁽¹¹⁾. Detta autorità competente è, secondo una interpretazione autentica del 1969⁽¹²⁾, la Santa Sede, quando si tratti di convenzioni stipulate tra la Sede Apostolica e il Governo Civile; è il Vescovo o, in grado superiore, la Santa Sede tramite il competente Dicastero, quando si tratti delle convenzioni stipulate o dei diritti acquisiti di altre persone fisiche o morali. Attesi sia il c. 3 concernente le convenzioni tra la Sede Apostolica e le nazioni od altre società politiche, che il c. 4 concernente i diritti acquisiti, risulta che detta normativa del *Motu proprio* «Ecclesiae Sanctae» è ancora in vigore, nonostante il fatto che il c. 515 § 2 non ne faccia menzione.

Da notare che lo stesso *Motu proprio* «Ecclesiae Sanctae» (I, 21 § 1) diceva esplicitamente che «bisogna raggruppare in una sola le parrocchie troppo piccole, nella misura in cui la realtà lo richieda e le circostanze lo permettano»⁽¹³⁾.

Ed anche il Direttorio Pastorale dei Vescovi «Ecclesiae imago», del 22 febbraio 1973, indica al n. 177, fra l'altro, che: «In vista del bene delle anime sarà talora necessario procedere... alla unificazione di più parrocchie..., ad un nuovo interno ordinamento delle parrocchie di una medesima città: sarà, insomma, necessario che le strutture vengano adattate alle esigenze della cura d'anima, in una visione globale ed organica che offra la possibilità di penetrazione capillare»⁽¹⁴⁾.

⁽¹¹⁾ EV 2, n. 803, pp. 722-725.

⁽¹²⁾ PONTIFICIA COMMISSIO DECRETIS CONCILII VATICANI II INTERPRETANDIS, «Responsum ad propositum dubium», approv. il 3 luglio 1969, AAS 61 (1969) 551.

⁽¹³⁾ EV 2, n. 801, pp. 722-723.

⁽¹⁴⁾ EV 4, n. 2233, pp. 1428-1429. Cf. S. CONGR. PRO CLERICIS, «Notae di-

3. *Diverse figure di soppressione di parrocchie.*

Dalle cause pervenute alla Segnatura Apostolica risulta che la figura più comune di soppressione di parrocchie è l'unione di diverse parrocchie così che dall'insieme di dette parrocchie sorga una nuova parrocchia. Una figura molto simile è la soppressione di una parrocchia in modo che la parrocchia soppressa diventi parte integrante di una parrocchia vicina⁽¹⁵⁾. In un'altra figura simile le diverse parti della parrocchia soppressa diventano parte di più parrocchie vicine⁽¹⁶⁾.

Un caso particolare costituisce la soppressione di una parrocchia personale. Siccome la cura pastorale della parrocchia personale è per sé cumulativa con quella della o delle rispettive parrocchie territoriali, potrebbe riscontrarsi la figura della mera soppressione di tale parrocchia personale. Nella prassi, però, viene generalmente decretata l'unione estintiva di una tale parrocchia con una o più parrocchie territoriali, a meno che non si tratti di una unione estintiva di parrocchie personali, per es. di più parrocchie personali costituite per la stessa etnia.

4. *La destinazione dei beni della parrocchia soppressa.*

I beni e i diritti patrimoniali della parrocchia soppressa, con i rispettivi oneri, vanno a norma dei cc. 121-122 alla nuova parrocchia o «pro rata» alle parrocchie che hanno incorporato le diverse parti della parrocchia soppressa. Ma in ogni caso devono rispettarsi la volontà dei fondatori e donatori, nonché i diritti acquisiti (cf. cc. 121-122). Il vero fondatore della parrocchia è per sé la competente autorità ecclesiastica; si potrebbero però in senso lato chiamare fondatori

rectivae *Postquam apostoli* de mutua ecclesiarum particularium cooperatione promovenda...», del 25 marzo 1980, EV 7, nn. 234-287, pp.232-281, vedi n. 17: «... si richiede anzitutto che anche nel seno della stessa chiesa particolare si proceda ad una nuova revisione delle forze ed ad una ristrutturazione dei quadri tradizionali. La ragione sta nel fatto che nelle regioni tradizionalmente cristiane si sono verificati fenomeni sociali che già di per sé hanno trasformato le strutture della società; quindi anche le strutture ecclesiastiche dovrebbero essere adattate alla nuova realtà... Perciò s'impone il problema se e come rinnovare le strutture che una volta soddisfacevano al bisogno spirituale del popolo di Dio...» (EV 7, nn. 265-266, pp. 258-261).

⁽¹⁵⁾ In queste due figure si tratta di una unione estintiva: cfr. G. MICHELS, *Principia generalia de personis in Ecclesia*, 2^a ed., Parisiis — Tornaci — Romae 1955, p. 538.

⁽¹⁶⁾ In questa figura si tratta di una totale dismembrazione della parrocchia.

della parrocchia quelle persone che hanno reso possibile l'erezione della parrocchia con cospicue donazioni. Riguardo ai donatori ritengo trattarsi non di contributi normali dei fedeli alla vita e sussistenza della loro parrocchia, ma di specifiche donazioni ancora valide al momento della soppressione della parrocchia.

Come già detto, sembra ipotizzabile una mera soppressione di una parrocchia personale. In tal caso i beni della parrocchia soppressa andrebbero alla diocesi, a meno che il diritto particolare o il decreto d'erezione⁽¹⁷⁾ dispongano altrimenti, «salvis semper fundatorum et oblatorum voluntate necnon iuribus quaesitis» (c. 123). Ritengo però che l'equità richieda che in tal caso almeno una parte di detti beni vada alla o alle parrocchie territoriali che adesso diventano le uniche che dovranno «ex officio» assicurare la cura pastorale per i parrocchiani della parrocchia soppressa.

Riguardo ai beni della parrocchia soppressa possono sorgere questioni molto delicate, per es. qualora si tratti di beni che canonicamente appartengono alla parrocchia ma civilmente alla diocesi, e specialmente qualora si tratti di beni che canonicamente appartengono alla diocesi, ma sono stati acquisiti con il sostanziale contributo dei parrocchiani.

5. *La procedura da seguire per la soppressione di parrocchie.*

a) Come già detto ci vuole anzitutto la previa consultazione del consiglio presbiterale (c. 515 § 2).

In due casi⁽¹⁸⁾ il Collegio degli Em.mi ed Ecc.mi Giudici della Segnatura Apostolica ha dichiarato l'illegittimità «in procedendo» della soppressione della parrocchia (ed anche della riduzione della sua chiesa ad uso profano) proprio per una certa difettosa consultazione del consiglio presbiterale.

In uno di essi il Vescovo aveva già preso la decisione di sopprimere la parrocchia e ne aveva fatto divulgare la notizia prima della consultazione del consiglio presbiterale, ma non aveva ancora emanato il formale decreto di soppressione. Al riguardo si legge nella sentenza definitiva della Segnatura: «Elementum essenziale, quod proprium est normae can. 515 § 2, stat in expetendo consilio *antequam* decisionem supprimendae paroeciae episcopus efficiat aliisque

⁽¹⁷⁾ Il decreto d'erezione svolge la funzione degli statuti menzionati al can. 123.

⁽¹⁸⁾ Prot. NN. 21883/90 CA e 22036/90 CA.

communicet»⁽¹⁹⁾. Una comunicazione del fatto compiuto ed una eventuale discussione di tale fatto compiuto non è infatti una previa consultazione.

In ambedue i casi, poi, il consiglio presbiterale è stato informato dell'intenzione di sopprimere la parrocchia (di fatto in un caso c'era già la decisione), ed i singoli membri del consiglio avevano potuto presentare qualche domanda o osservazione critica al riguardo, ma non è stato chiesto un vero voto consultivo del consiglio come tale. In una delle due sentenze viene perciò osservato che il consiglio presbiterale ha sentito i Vicari episcopali, ma che il Vescovo non ha sentito il consiglio⁽²⁰⁾. La consultazione del consiglio presbiterale richiede dunque «ex natura rei» due elementi, cioè 1) che il consiglio riceva prima la dovuta informazione, cosa che è stata fatta in questi due casi, e poi 2) che il consiglio come tale esprima il suo voto consultivo, cosa invece che è stata omessa.

Ritengo utile rammentare che il consiglio presbiterale è il senato del Vescovo, che ha il compito di aiutare il Vescovo nel governo della diocesi, affinché sia promosso al massimo il bene pastorale della porzione del popolo di Dio a lui affidata (cf. c. 495 § 1). Il consiglio presbiterale non deve quindi far presente soltanto gli interessi dei sacerdoti, ma gli interessi pastorali di tutto il popolo di Dio che è nella diocesi⁽²¹⁾.

b) Il Vescovo deve inoltre a norma del c. 50 raccogliere le notizie e le prove necessarie, e per quanto possibile, ascoltare coloro i cui diritti possono essere lesi, prima di emanare il decreto di soppressione della parrocchia.

Dai casi pervenuti alla Segnatura risulta che i Vescovi non sopprimono una parrocchia se non dopo un ampio studio e una larga consultazione.

Riguardo alla previa audizione di coloro i cui diritti possono essere lesi, rimando anzitutto a quanto sopra detto in occasione dell'analisi dell'art. 21 § 3 della prima parte del *Motu proprio* «Ecclesiae Sanctae». Così non si potrà omettere per es. l'audizione del parroco

⁽¹⁹⁾ Prot. N. 21883/90 CA, Sentenza definitiva del 16 gennaio 1993, p. 9, n. 19.

⁽²⁰⁾ Prot. N. 22036/90 CA, Sentenza definitiva del 20 giugno 1992, p. 10, n. 8: «Consilium audivit Vicarios episcopales... sed... Archiepiscopus non audivit Consilium».

⁽²¹⁾ Cfr. F. DANEELS, *De dioecesanis corresponsabilitatis organis*, in *Periodica* 74 (1985) 301-324, vedi 313-316 e 324.

che perderà il suo ufficio o dell'istituto religioso a cui è affidata con convenzione scritta la parrocchia che il Vescovo intende sopprimere.

Sorge la domanda se la stessa parrocchia da sopprimere ed i suoi parrocchiani siano tra coloro i cui diritti possano essere lesi nel caso e conseguentemente devono essere sentiti prima della soppressione. Talvolta si adduce l'argomento che una parrocchia è una persona giuridica (c. 515 § 3) e perciò per sé perpetua (c. 120 § 1) e che la parrocchia avrebbe dunque un vero diritto a non essere soppressa e quindi ad essere sentita prima della sua soppressione, ed anche che i diritti dei parrocchiani possono essere lesi dalla soppressione della loro parrocchia e che devono quindi prima essere sentiti, almeno tramite qualche rappresentanza, data la difficoltà di ascoltarli tutti. Personalmente non oserei affermare trattarsi di un diritto in senso stretto, siccome a norma del c. 120 § 1 una persona giuridica può essere legittimamente soppressa dalla competente autorità ed il c. 515 § 2 non richiede nel caso la previa consultazione della parrocchia e dei parrocchiani. Ritengo però che è sommamente prudente coinvolgere la parrocchia in un modo o nell'altro nella procedura per la sua soppressione, ciò che d'altronde sembra essere la prassi comune.

c) La procedura per la soppressione di una parrocchia richiede infine che il decreto di soppressione sia emanato per iscritto e che nel decreto venga esposta, almeno sommariamente, la motivazione per tale decisione (c. 51). Non è sufficiente una motivazione generica, che varrebbe per qualsiasi decisione del Vescovo, ma è richiesta l'indicazione almeno sommaria delle ragioni specifiche per la soppressione della concreta parrocchia di cui si tratta.

6. *Alcuni argomenti adottati contro la soppressione di una parrocchia.*

a) Talvolta si impugna la soppressione di una parrocchia con la generica motivazione che la soppressione di una parrocchia costituisce la violazione di una serie di diritti ed obblighi fondamentali dei «christifideles». È ovvio che una tale asserzione vuole provare troppo e di fatto non prova niente. Infatti, se la soppressione di parrocchie per il fatto stesso costituisce già una violazione dei diritti ed obblighi fondamentali dei fedeli, non si potrebbe mai legittimamente sopprimerle o unirle⁽²²⁾.

(22) Ciò viene già affermato nella nota decisione (prot. n. 17447/85 CA) del 21

La Segnatura considera perciò detta generica asserzione di violazione dei diritti ed obblighi dei fedeli priva di qualsiasi forza probativa, ed anzi suole rispondere che: «nullum ius christifidelibus agnoscitur ad determinatam paroeciam, cum illis sufficiat paroecia quaedam, quae eorundem curam pastorem expleat»⁽²³⁾.

b) La soppressione di una parrocchia personale per una determinata etnia viene non di rado impugnata per l'asserita violazione del diritto dei migranti a conservare il loro patrimonio spirituale, che secondo l'Istruzione «Pastoralis migratorum cura» del 22 agosto 1969⁽²⁴⁾ deve ovunque essere considerato con grande stima.

Al riguardo occorre osservare che⁽²⁵⁾: 1) il migrante ha certamente il diritto di salvaguardare il proprio patrimonio spirituale, ma anche il dovere di rispettare la cultura e la lingua del popolo che lo accoglie, nonché il dovere di integrarsi ed inserirsi attivamente nel suo nuovo ambiente; 2) speciali strutture pastorali sono da erigere per i migranti quando e in quanto la cura pastorale ordinaria non è in grado di andare incontro alla loro giustificate esigenze, ma devono anche aiutarli nel processo di integrazione e sono perciò, almeno in parte, transitorie; 3) in ogni caso, la parrocchia personale è soltanto una delle varie possibili strutture per la loro cura pastorale; 4) la soppressione di una parrocchia pastorale per migranti non significa quindi automaticamente la fine della dovuta cura per il patrimonio spirituale dei migranti.

Specialmente quando si tratta della seconda e terza generazione dei migranti è quando per diverse ragioni il numero dei fedeli della

novembre 1987 pubblicata in *Communicationes* 20 (1988) 88-94, vedi 93, però in rapporto alla legittimazione dei ricorrenti. Nella causa Prot. N. 26248/95 CA si legge nel decreto del Congresso del 4 marzo 1996, p. 2: «Iura et obligationes a Cl.mo Patrono recurrentis memoratae (cfr. can. 515 § 2 in relatione directa cum canonibus 211, 212, 213, 214, 215, 216, 217, 221; et indirecta cum canonibus 209, 210, 222, 224, 225, 229, 231) per se suppressione paroeciae non violantur, et in casu violatae non sunt, quia Exc.mus Episcopus aliter providit pro cura pastoralis christifidelium, scilicet novam constituens paroeciam ex unione extinctiva paroeciarum suppressarum ortam».

⁽²³⁾ Prot. N. 25323/94 CA, decreto del Congresso del 12 ottobre 1995, p. 2, n. 3. Cf. Prot. N. 25465/94 CA, decreto del Congresso del 18 gennaio 1996, p. 2, n. 3; Prot. N. 25530/95 CA, decreto del Congresso del 12 ottobre 1995, p. 2, n. 3.

⁽²⁴⁾ S. CONGR. PRO EPISCOPIS, *Instructio de pastoralis migratorum cura*, EV 3, nn. 1500-1605, pp. 900-961.

⁽²⁵⁾ Cfr. C. SCICLUNA, *La parrocchia personale e la missione con cura di anime affidate ai religiosi*, in *Informationes SCRIS* 15 (1989) 258-277, vedi 260-262.

parrocchia personale è molto diminuito, può esserci una giusta ragione per sopprimere detta parrocchia, a condizione che la nuova parrocchia tenga conto delle giuste esigenze dei migranti e della loro diversità e delle loro tradizioni peculiari.

Comunque sia, la generica invocazione del diritto a conservare il proprio patrimonio spirituale non viene considerata dalla Segnatura un argomento valido contro la soppressione di una parrocchia personale ⁽²⁶⁾.

7. *Una osservazione conclusiva sulla giurisprudenza della Segnatura Apostolica concernente la soppressione di parrocchie.*

Mentre la Segnatura Apostolica ha decretato in due casi la violazione della legge «in procedendo» di una parrocchia, non ve n'è tra le cause definite nessuna nella quale sia stata decretata la violazione della legge «in decernendo». Infatti, per la soppressione di una parrocchia è sufficiente una giusta causa, ed è molto difficile provare la sua mancanza. Tanto più che dalle cause finora esaminate risulta che i Vescovi non prendono alla leggera la sofferta decisione di sopprimere una parrocchia.

II. *La riduzione ad uso profano di una chiesa, specialmente di una chiesa «già» parrocchiale*

1. *Il c. 1222, ossia la norma fondamentale.*

Il c. 1222 § 1 recita: «Se una chiesa in nessun modo possa essere adibita al culto divino, e non si dia la possibilità di restaurarla, dal Vescovo diocesano può essere ridotta ad uso profano non sordido» ⁽²⁷⁾. Questo paragrafo corrisponde sostanzialmente alla prima parte del c. 1187 del Codice Pio-Benedettino e indica due condi-

⁽²⁶⁾ Già nella causa Prot. N. 21896/90 CA si legge nel decreto del Congresso del 25 gennaio 1991, p. 2, riguardo alla parrocchia personale: «est una tantum ex pluribus comprobatis rationibus et viis — ad locorum adiuncta seu circumstantias, ad consuetudines et necessitates eorundem fidelium accomodandis — in pastoralis cura agenda pro coetibus specialibus fidelium (cfr. ... S. Congr. pro Episcopis, "Instructio de pastoralis migratorum cura", nn. 11, 12 et 33, AAS 61 [1969] pp. 619 et 630-631)». Tale concetto viene ribadito nei decreti del Congresso del 3 maggio 1995 (Prot. N. 24388/93 CA, p. 3-4, n. 4) e del 26 gennaio 1996 (Prot. N. 26205/95 CA, p. 2, n. 4,b).

⁽²⁷⁾ Il c. 873 § 1 CCEO è sostanzialmente uguale: «Si qua ecclesia nullo modo

zioni, cioè: a) la chiesa non può più essere usata per il culto divino, e b) non c'è possibilità di restaurarla. Quest'ultima condizione, attese le direttive del Concilio Tridentino, non indica l'assoluta impossibilità di restaurarla, ma soltanto la relativa impossibilità di farlo. Il Concilio Tridentino permetteva infatti la demolizione di una chiesa in rovina quando non disponeva di beni e redditi adeguati per pagare il suo restauro ed inoltre, se si trattava di una chiesa parrocchiale, quando il patrono, il clero della chiesa e la comunità locale erano troppo poveri per sostenere le spese del restauro⁽²⁸⁾.

Occorre notare che il Vescovo diocesano può ridurre in tal caso la chiesa ad uso profano non sordido senza ulteriori condizioni.

Nuovo invece è il § 2 del c. 1222: «Qualora altre gravi cause consiglino che qualche chiesa non si adibisca più al culto divino, il Vescovo diocesano, ascoltato il consiglio presbiterale, la può ridurre ad uso profano non sordido, con il consenso di coloro che legittimamente rivendichino diritti su di essa, e purché il bene delle anime non ne tragga nessun detrimento»⁽²⁹⁾. Si noti che finora il Vescovo diocesano nei casi adesso compresi nella fattispecie del c. 1222 § 2 non poteva procedere alla riduzione senza il permesso del competente Dicastero della Curia Romana⁽³⁰⁾.

2. Storia della redazione del c. 1222 § 2.

Trattandosi di una nuova norma, giova vedere brevemente la storia della redazione del c. 1222 § 2⁽³¹⁾. In un primo momento si voleva lasciare una ampia discrezionalità al Vescovo diocesano, dandogli la facoltà di ridurre una chiesa ad uso profano non sordido, se

amplius ad cultum divinum adhiberi potest et possibilitas non datur eam reficiendi, ab Episcopo eparchiali in usum profanum non sordidum redigi potest».

⁽²⁸⁾ Sess. XXI, de ref., c. 7 (COD 730-731).

⁽²⁹⁾ Cfr. c. 873 § 2 CCEO: «Si aliae graves causae suadent, ut aliqua ecclesia ad cultum divinum amplius non adhibeatur, Episcopus eparchialis eam in usum profanum non sordidum redigere potest consulto consilio presbyterali, de consensu eorum, qui iura in eandem sibi legitime vindicant, et dummodo salus animarum nihil inde detrimenti capiat».

⁽³⁰⁾ Cfr. H. WAGNON, *Eglises. XII. Désaffectation des Eglises*, in DDC V, Paris 1953, 208-211, vedi 209.

⁽³¹⁾ Cfr. *Communicationes* 3 (1972) 162; 12 (1980) 338-339; 15 (1983) 248-249. Cfr. J. MANZANARES, *De aedificio sacro problemata recentiora atque nova codificatio*, in *Periodica* 63 (1974) 69-97, vedi 84-85; ID., *In schema de locis et temporibus sacris deque cultu divino animadversiones et vota*, in *Periodica* 68 (1979) 139-158, vedi 154.

ciò a suo parere fosse più conveniente per il bene delle anime, « de consensu eorum qui iura in ea sibi legitime vindicant ». Attese le osservazioni fatte al riguardo, detta discrezionalità è poi stata limitata nello schema del 1980, nel quale si richiedeva oltre al consenso di coloro che legittimamente rivendicano diritti su la chiesa: *a)* gravi ragioni che consiglino la riduzione ad uso profano; *b)* la consultazione del consiglio presbiterale, e *c)* l'assenza di detrimento al bene delle anime.

3. *Le gravi ragioni che consigliano che non si adibisca più la chiesa al culto divino.*

a) Nel c. 1222 § 1 si tratta di una chiesa che in nessun modo può essere adibita per il culto divino, senza possibilità di restaurarla, mentre nel § 2 si tratta di « *aliae graves causae* ». Ciò sembra insinuare che queste « *aliae graves causae* » debbano essere dello stesso ordine di gravità di quella indicata al § 1. Ritengo però che una tale interpretazione sia esagerata, per le seguenti ragioni: 1) nel § 2 si tratta di « *graves causae* » e non di « *causae gravissimae* », mentre nel § 1 si proponeva una causa senza dubbio gravissima; 2) il § 2 parla semplicemente di « *aliae graves causae* » e non di « *aliae huiusmodi graves causae* »; 3) nel § 2 si tratta soltanto di gravi cause che « consigliano » (« *suadeant* ») che qualche chiesa non si adibisca più al culto divino, e non di cause che lo esigono; 4) nel § 2, infine, vengono aggiunte diverse altre condizioni, specialmente la previa consultazione del consiglio presbiterale, che non sono menzionate al § 1.

D'altra parte è chiaro, sia dal testo del § 2 che dalla sua storia di redazione, che nel caso viene richiesta una grave causa, e non semplicemente una giusta causa, come per la soppressione di una parrocchia, o la mera convenienza per il bene delle anime a giudizio del Vescovo diocesano. C'è infatti una chiara preferenza della Chiesa per la conservazione delle chiese, a meno che una grave causa non consigli il contrario⁽³²⁾.

⁽³²⁾ Prot. N. 26600/A/95 CA, « Notes on the Meeting of 27 November 1995 », n. 1: « It is clear from the text of can. 1222, as well from the Church's tradition in this matter, that the Church per se wishes churches (cf. can. 1214) to be preserved and used for divine worship; the reduction of a church to profane use is an exception to this principle and can be done only for the very serious reasons prescribed in par. 1, or for other reasons which are *grave* (par. 2). By contrast, a parish can be suppressed for a *just cause* (can. 515, § 2) ». Nel caso si tratta della relazione da parte della Segnatura Apostolica

Nel ponderare la gravità della causa si dovrà ovviamente tener conto di tutte le circostanze del caso, come per es. della condizione materiale della chiesa, se cioè abbisogna di gravi riparazioni o meno; della necessità o utilità della chiesa per i fedeli affinché abbiano la reale facoltà di partecipare al culto divino; delle risorse per riparare o conservare la chiesa, nel qual caso non si potrà dimenticare quanto detto nel Direttorio dei Vescovi «*Ecclesiae imago*» (n. 181): «non è giusto... che per le chiese materiali ne scapitino la carità e l'apostolato della Chiesa vivente»⁽³³⁾. Non sarebbe infatti giusto che le offerte dei fedeli dovessero servire in tal modo per il culto divino, che non ci fossero più le dovute risorse per le altre necessità della Chiesa, come le opere di apostolato, la carità e l'onesto sostentamento dei suoi ministri (cf. c. 221 § 1)⁽³⁴⁾.

Una recente sentenza definitiva del 4 maggio 1996 della Segnatura Apostolica ha confermato quanto finora esposto riguardo al requisito della grave causa per la riduzione di una chiesa ad uso profano: «*Causae... a lege requiruntur graves, nec gravissimae: excluduntur igitur nugae vel causae quae suapte natura graves haberi nequeunt, dum e contra gravitas causae, etsi apparenter levi innitur fundamento, diversimode aestimari potest si diligenter considerentur circumstantiae vel loci, vel rei oeconomicae vel personarum, quae Ordinario apprime innotescunt: re quidem vera quaestio est facti... Praeterea ut salvetur aedificium sacrum negligi haud queunt eleemosynae ceteraque subsidia pauperibus praesertim elargienda et alia huiusmodi*»⁽³⁵⁾.

b) Ho insistito sulla necessità della grave causa, perché la prassi dimostra che talvolta inizialmente viene addotta una causa per la riduzione di una chiesa ad uso profano che, almeno da sola, è senza dubbio insufficiente per legittimarla, come per es. il fatto che una parrocchia venga soppressa e che la nuova parrocchia non abbia bisogno della chiesa della parrocchia soppressa⁽³⁶⁾; il fatto che ci sia

di un incontro con rappresentanti di una provincia ecclesiastica, relazione poi spedita al Metropolita.

⁽³³⁾ EV 4, n. 2237, pp. 1430-1433.

⁽³⁴⁾ C'è però il pericolo che i fedeli offesi per la chiusura di una chiesa non diano neanche più le loro offerte per le altre necessità della Chiesa.

⁽³⁵⁾ Prot. N. 24388/93 CA, pp. 6-7, nn. 6 e 9.

⁽³⁶⁾ Cfr. la sentenza definitiva del 16 gennaio 1993 (Prot. N. 21883/90 CA), p. 10, n. 22: «*auctoritas censuit sufficere illas supra numeratas atque adductas causas sup-*

un piano globale per il riordinamento delle strutture pastorali; o il fatto che il consiglio presbiterale abbia dato un parere favorevole⁽³⁷⁾.

Sembrano inoltre motivi insufficienti sia la volontà di favorire l'unità della nuova parrocchia che la giusta promozione della celebrazione domenicale della S. Eucaristia nella chiesa parrocchiale⁽³⁸⁾ della nuova parrocchia. Tali motivi legittimerebbero infatti la riduzione ad uso profano di molte chiese già parrocchiali o semplicemente non parrocchiali e svuoterebbero quindi, almeno in gran parte, la normativa del c. 1222 § 2.

c) Come già detto, in diverse cause pervenute alla Segnatura Apostolica viene impugnata la riduzione della chiesa parrocchiale ad uso profano, decretata in concomitanza con ed a seguito della soppressione della parrocchia. Sarebbe perciò logicamente più accurato parlare di riduzione ad uso profano di chiese già parrocchiali.

La Segnatura ha deciso in diversi casi che la mancanza della richiesta grave causa non era provata, come per es. in un decreto definitivo del Collegio degli Em.mi ed Ecc.mi Giudici del 25 giugno 1994⁽³⁹⁾. In tal caso la condizione pericolante della chiesa era confermata dal giudice civile ed il Vescovo non riteneva opportuno one-

primendae paroeciae ut et aliae actiones, id est clausura ecclesiae et eiusdem reductio ad usum profanum, essent legitimae».

⁽³⁷⁾ Prot. N. 26600/A/95 CA, «Notes...» (nota 32): «2. There must be *specific* and *grave* reasons for the reduction of a church to profane use; thus:

- a general pastoral plan in itself would not be sufficient reason,
- nor would the fact that the presbyteral council or the pastor or parish pastoral council is in favor of the decision,
- nor the simple fact that the church in question, e.g. after the merger of several parishes, is no longer necessary for pastoral ministry».

⁽³⁸⁾ Cfr. S. CONGR. RITUUM, *Istruzione* «Eucharistium mysterium» del 25 maggio 1967 (EV 2, nn. 1293-1367, pp. 1083-1153), n. 26: «Soprattutto la domenica e i giorni festivi, le celebrazioni che si fanno in altre chiese ed oratori debbono essere coordinate con le celebrazioni della chiesa parrocchiale, sì da essere di aiuto all'azione pastorale. Anzi è utile che le piccole comunità di religiosi non chierici e altre dello stesso genere, soprattutto quelle che svolgono le loro attività in parrocchia, partecipino in quei giorni della messa nella chiesa parrocchiale».

⁽³⁹⁾ Prot. B. 24048/93 CA, p. 3, n. 3: «Conditio periculosa ecclesiae... confirmata est etiam ab iudice civili; ... Decisio Episcopi non respiciebat absolutam incapacitatem paroecianorum ecclesiam reparandi sed opportunitatem eos non gravandi huiusmodi onere».

rare i fedeli piuttosto poveri della comunità locale con le spese del restauro della chiesa, mentre a poca distanza c'era un'altra chiesa abbastanza grande per i fedeli della stessa lingua in buona condizione. Un altro esempio riguarda un recente decreto del Congresso, che non ha ammesso il ricorso alla discussione davanti al Collegio dei Giudici per manifesta mancanza di fondamento⁽⁴⁰⁾. In questo caso la parrocchia soppressa non aveva costruito la sua chiesa parrocchiale, ma si era accontentata di una palestra provvisoriamente adattata, e adesso si impugnava la riduzione di tale « chiesa » provvisoria alla sua originaria destinazione, mentre la nuova parrocchia dispone di una chiesa abbastanza ampia e abbisogna della palestra per i giovani della parrocchia.

In qualche altro caso, però, il Congresso ha ammesso la questione della riduzione della chiesa parrocchiale alla discussione davanti al Collegio dei Giudici, proprio perché la mancanza di fondamento per la sua impugnazione non era manifesta. È infatti compito della Segnatura Apostolica e specialmente del Collegio dei Giudici sviluppare una giurisprudenza, che indichi criteri più precisi per discernere se la violazione della legge « in decernendo » sia provata o meno in detti casi⁽⁴¹⁾.

Nella già citata recente sentenza del 4 maggio 1996 il Collegio dei Giudici ha deciso che la violazione della legge in decernendo non era provata riguardo alla riduzione ad uso profano di tre chiese, dopo l'unione di cinque parrocchie, per la seguente ragione: « *Conservatio trium ecclesiarum intolerabile onus oeconomicum novae paroeciae imponeret. Attento quod curae pastorali fidelium, ob immutatas circumstantias, illae non amplius inserviunt, dum nova paroecia inde ab erectione ingenti aere alieno gravatur, venditio illarum ecclesiarum confestim efficax subsidium necessitatibus urgentioribus no-*

(40) Prot. N. 26248/95 CA, p. 2: « *Assertae violationes "in decernendo" a Cl.mo Patrono recurrentis adductae non sustinentur, dum e contra inter motiva ab Exc.mo Episcopo ... allata graves exstant rationes quae reductionem, ad mentem can. 1222 § 2, suadent; Id in casu eo vel magis valet, cum agatur de aedificio tantum modo provisorio ad cultum divinum adhibito* ».

(41) Prot. N. 26600/A/95 CA, « *Notes...* » (nota 32): « *The Second Section of the Apostolic Signatura, as a tribunal, can give criteria concerning those required grave reasons only through its jurisprudence, the application of the law to concrete cases in its decisions, namely the decrees of the Congresso and especially the definitive decrees and sentences of the College of the Judges (can. 16, 3). For this reason it will be helpful if the College of Judges issues a sentence in one or another of these cases* ».

vae paroeciae praestat, quod secus prorsus deficeret. Nam numerus fidelium, quorum oblationibus nova paroecia praesertim sustinetur, in dies minuit»⁽⁴²⁾.

4. *Ulteriore analisi del c. 1222 § 2.*

a) Il c. 1222 § 2 tratta della riduzione di una chiesa ad uso profano non sordido. Non si può certamente considerare come uso profano non sordido un eventuale uso contra la moralità pubblica. Per il resto sembra, attesa la storia della redazione del canone, spettare al prudente giudizio del Vescovo discernere quale sia un uso profano non sordido⁽⁴³⁾.

Talvolta un Vescovo decide semplicemente di chiudere una chiesa per il culto divino senza decidere, almeno per ora, sul futuro uso dell'edificio della chiesa⁽⁴⁴⁾, insinuando che per una tale chiusura non si dovrebbe osservare la normativa del c. 1222 § 2. È invece costante prassi della Segnatura considerare la chiusura di una chiesa per il culto divino come equivalente ad una sua riduzione ad uso profano. Il c. 1222 § 2 recita infatti: «Qualora altre gravi cause consiglino che qualche chiesa *non si adibisca più al culto divino*, il Vescovo diocesano ... può ridurla ad uso profano non sordido...», insinuando così la sostanziale equiparazione tra il fatto di non adibire più la chiesa al culto divino e la sua riduzione ad uso profano non sor-

⁽⁴²⁾ Prot. N. 24388/93 CA, p. 7, n. 9. * Nella sentenza def. del 18 gennaio 1997 (Prot. N. 25530/95 CA) si esamina ai nn. 7-10 una doppia causa per la riduzione della chiesa ad uso profano. La prima causa riguarda il pericolo che una chiesa «utpote quae non adhibeatur sub Episcopo magisterio ad cultum publicum, originem dare potest ecclesiasticae consociationi, quae vulgo appellatur "parallela"», e la sentenza asserisce che: «Quod periculum, si adsit, certo certius gravem constituit causam quae Episcopi interventum postulat» (n. 8). L'altra causa addotta per la riduzione è di ordine economico. Al riguardo la sentenza osserva che: «a) cum sermo fit ab Episcopo de quaestionibus et difficultatibus rem oeconomicam spectantibus, iudicium ad rem proferri potest et debet consideratione habita condicionis in hac provincia dioeceseos totius; b) exitiosum esset minutatim rem ponderare et solummodo ab extrinseca parte, ratione minime habita aestimationis Exc.mi Episcopi, qui certo certius prae aliis rei statum cognoscere valet, praesertim cum de re fusius disseruerunt necessarii Episcopi Curiae administri» (n. 9). La sentenza conclude che: «causae ab Exc.mo Episcopo... adductae exstant in re, nec vacuae, fuitiles vel spernendi ponderis aestimandae sunt» (n. 10) e perciò «non constare de violatione legis» (n. 11).

⁽⁴³⁾ Cfr. *Communicationes* 15 (1983) 248-249.

⁽⁴⁴⁾ Così per es. nelle cause Prot. NN. 21883/90 CA e 22036/90 CA.

dido⁽⁴⁵⁾. Quest'ultima formula classica esplicita però di più il divieto di destinarla ad un uso profano sordido.

b) Competente per la riduzione di una chiesa ad uso profano è il Vescovo diocesano, che deve prima consultare il consiglio presbiterale. Rimando al riguardo a quanto sopra detto circa la soppressione di una parrocchia, con una sola osservazione, e cioè che l'oggetto della decisione del Vescovo e della consultazione previa del consiglio presbiterale concernente la chiesa deve essere ben distinto dalla questione della soppressione della parrocchia.

c) Il canone richiede inoltre il consenso di coloro che legittimamente rivendicano diritti sulla chiesa. Il noto decreto definitivo della Segnatura del 21 novembre 1987 specifica al riguardo che: «Iura de quibus sermo fit in canone sunt praesertim iura patrimonialia vel eis assimilata, quae magna ex parte e fundatione vel aedificatione ecclesiae exsurgunt»⁽⁴⁶⁾.

Nel caso si tratta senza dubbio di diritti in senso stretto, e coloro che pretendono che non si possa chiudere una chiesa senza il loro consenso, devono prima provare che sono titolari di un tale vero diritto in senso stretto⁽⁴⁷⁾. Anche se si devono rispettare le volontà dei donatori, non è sufficiente per qualcuno richiamare un dono fatto alla chiesa perché pretenda che la chiesa non venga chiusa senza il suo consenso⁽⁴⁸⁾.

Ritengo utile osservare che qui si tratta di coloro il cui consenso è richiesto per poter ridurre la chiesa ad uso profano, e non di coloro che eventualmente potranno ricorrere contro detta riduzione. Della legittimazione, o meno, a ricorrere tratterà nella terza parte della relazione.

Comunque sia, nel caso non può trattarsi del consenso dei singoli parrocchiani, la cui chiesa viene chiusa dopo la soppressione della parrocchia. Altrimenti potrebbe qualsiasi parrocchiano bloc-

(45) Cfr. il c. 1212: «Dedicationem vel benedictionem amittunt loca sacra, si magna ex parte destructa fuerint, vel ad usus profanos permanenter decreto competentis Ordinarii vel de facto reducta».

(46) Prot. N. 17447/85 CA, in *Communicationes* 20 (1988) 93.

(47) Cfr. Prot. N. 24388/93 CA, decreto del Congresso del 3 maggio 1995, p. 4, n. 5: «Non demonstratur haberi personas quae vera iura in ecclesia... sibi legitime vindicant».

(48) Cfr. Prot. N. 25530/94 CA, decreto del Congresso del 12 ottobre 1995, p. 2, n. 4: «non requiritur in casu consensus recurrentium (cf. can. 1222, § 2), cum ipsi, etiamsi oeconomica contributione ad aedem sacram exstruendam vel conservandam providissent, nullum verum ius in eandem ecclesiam acquisiverint».

care la riduzione della chiesa ad uso profano con il diniego del suo consenso, cosa che appare assurda.

d) Il c. 1222 § 2 richiede, infine, che il bene delle anime non tragga nessun detrimento dalla riduzione della chiesa ad uso profano. Un tale detrimento potrebbe configurarsi qualora i fedeli non abbiano accesso ad un'altra chiesa senza gravi inconvenienti. Ma non si può parlare di un detrimento per il bene delle anime, se si tratta soltanto di una reazione scomposta di qualche comitato di contestazione. In un decreto del Congresso del 3 maggio 1995 si legge perciò che detto detrimento non nasce «ex reactione impropria» dei fedeli⁽⁴⁹⁾.

5. *Qualche ulteriore osservazione.*

Riguardo ad ulteriori precisazioni concernenti la procedura da seguire nel caso e la volontà dei donatori da rispettare, rimando alle osservazioni fatte nella prima parte della relazione, che sono anche vevolevoli per la riduzione di una chiesa ad uso profano.

Occorre soltanto annotare che una eventuale motivazione inadeguata del decreto di riduzione della chiesa ad uso profano, non esclude che ci siano davvero ragioni gravi per detta riduzione. In altre parole, una inadeguata motivazione del decreto costituisce una violazione della legge «in procedendo», ma non indica necessariamente una violazione della legge «in decernendo»⁽⁵⁰⁾.

III. *Questioni procedurali riguardanti i ricorsi contro la soppressione di una parrocchia e la riduzione della sua chiesa ad uso profano*

1. *Nota previa.*

Preferisco il termine generico «questioni procedurali», perché si tratta di questioni riguardanti sia il processo giurisdizionale da-

⁽⁴⁹⁾ Prot. N. 24388/93 CA, p. 4, n. 5: «Detrimentum, de quo in canone, videtur praesertim damnum oriturum ex ipso facto quod ecclesia ad cultum divinum non amplius adhibebitur, non autem ex reactione impropria adversus idem factum».

⁽⁵⁰⁾ Prot. N. 26600/A/95 CA, «Notes...» (nota 32): «6. It must be remembered that in the decree reducing a church to profane use — which is an action distinct from that of suppressing or merging a parish — the bishop must indicate, at least summarily (can. 51), what the specific and grave reasons for his decision are. Indeed the failure to do this would amount to a violation of the law *in procedendo*. Furthermore, the failure to express those specific and grave reasons makes it easier for someone to allege a violation of the law *in decernendo* on the basis of lack of grave reasons».

vanti alla Seconda Sezione della Segnatura Apostolica che il ricorso gerarchico davanti alla competente Congregazione, che non è un vero processo.

Sembra anche opportuno rammentare che il Superiore competente deve vedere in caso di ricorso gerarchico non soltanto della illegittimità «in iure et in facto», ma anche, almeno su richiesta del ricorrente, dell'opportunità dell'atto impugnato, mentre spetta alla Seconda Sezione della Segnatura Apostolica vedere soltanto dell'asserita illegittimità di detto atto, ed eventualmente in modo subordinato della riparazione dei danni arrecati dall'atto illegittimo.

2. *Chi può ricorrere contro la soppressione di una parrocchia o la riduzione della sua chiesa ad uso profano?*

a) *La parrocchia come tale, tramite il rappresentante legittimo.*

1) Essendo la parrocchia «ipso iure» una persona giuridica (c. 515 § 3), non c'è nessun dubbio che essa come tale possa interporre un vero ricorso giuridico tramite il suo legittimo rappresentante (c. 1480 § 1) contro la sua soppressione o contro la riduzione della sua chiesa ad uso profano.

Tale legittimo rappresentante è il parroco (c. 532), l'amministratore parrocchiale (c. 540 § 1) o, prima della sua costituzione, il sacerdote che «ad interim» a norma del c. 540 § 1 assume il regime della parrocchia, il moderatore dei sacerdoti ai quali è affidata in solido la cura pastorale di una parrocchia (c. 543 § 2, n. 3), o il sacerdote moderatore della cura pastorale qualora per la penuria di sacerdoti la partecipazione nell'esercizio della cura pastorale di una parrocchia sia affidata ad un diacono o ad altra persona non insignita del carattere sacerdotale o ad una comunità di persone a norma del c. 517 § 2.

Attesa la normativa esplicita al riguardo del legittimo rappresentante della parrocchia, risulta che nessun altro, come per es. il diacono che partecipa all'esercizio della cura pastorale della parrocchia a norma del c. 517 § 2 o il presidente del consiglio pastorale, possa rappresentare legittimamente la parrocchia nei negozi giuridici.

2) Occorre però notare che molto raramente il rappresentante legittimo propone di fatto un ricorso giuridico contro la soppressione della parrocchia o la riduzione della chiesa ad uso profano. In-

fatti, soltanto in due ⁽⁵¹⁾ dei suddetti 22 casi pervenuti alla Segnatura Apostolica è proprio il legittimo rappresentante che impugna la decisione del Vescovo diocesano, approvata dalla competente Congregazione per il Clero.

Nel primo caso si è ventilata la seguente questione: il parroco della nuova parrocchia sorta dalla unione estintiva di due parrocchie, tra le quali la parrocchia soppressa ricorrente tramite il suo parroco, intendeva revocare il ricorso presso la Segnatura Apostolica, asserendo che egli ormai rappresentava la parrocchia soppressa, essendo essa stata assunta nella nuova parrocchia. Egli però non ha proposto una formale istanza al riguardo e perciò non c'è stata risposta formale della Segnatura. Ritengo che il parroco della nuova parrocchia potrebbe in questo caso chiedere di poter intervenire come controinteressato, cioè come rappresentante della nuova parrocchia che ha interesse a difendere la nuova situazione, ma in nessun modo come rappresentante della parrocchia soppressa che ha un interesse totalmente contrario, cioè il ripristino della situazione anteriore.

3) Secondo il c. 1480 § 2 lo stesso Ordinario può stare in giudizio di persona o mediante un altro, a nome delle persone giuridiche che sono sotto la sua potestà, in caso di carenza del rappresentante o di sua negligenza. Non sembra che nella prassi detta norma possa avere applicazione per la nostra problematica: infatti, è proprio il Vescovo diocesano che decide di sopprimere la parrocchia o di ridurre la sua chiesa ad uso profano ed è impensabile che egli stesso o un suo Vicario intenda impugnare detta decisione.

b) *Non un gruppo di fedeli come tale.*

Mentre la parrocchia come tale può senza dubbio impugnare tramite il suo rappresentante legittimo la sua soppressione o la riduzione della sua chiesa parrocchiale ad uso profano, è altrettanto

⁽⁵¹⁾ Prot. NN. 26248/95 CA * e 25322/94 CA. Nell'ultimo caso è apparso soltanto recentemente che il ricorrente originario alla Segnatura era il parroco. Dopo la sua morte un parrocchiano ha proseguito il ricorso (cf. c. 1518), mentre il Vescovo chiedeva di dichiarare il ricorso deserto. Il Congresso ha ritenuto in data 12 dicembre 1996 che: «in casu adductum non videtur argumentum peremptorium ut causa ob mortem Rev.mi Parochi seponi possit». E la sentenza definitiva del 8 novembre 1997 ha confermato che: «Non constat de defectu legitimationis activae ex parte parvecianorum ad recursum prosequendum post... Parochi mortem».

chiaro che un gruppo di fedeli non può farlo proprio come gruppo di fedeli.

1) Al riguardo è ben nota l'interpretazione autentica del 20 giugno 1987: «D. Utrum christifidelium coetus, personalitatis iuridicae, immo et recognitionis de qua in canone 299, § 3, expers, legitimatorem activam habeat ad recursum hierarchicum proponendum adversus decretum proprii Episcopi dioecesanii. R. Negative, qua coetus...»⁽⁵²⁾

Il c. 310 stabilisce infatti che una associazione privata di fedeli non costituita in persona giuridica, *come tale* non può essere soggetto di obblighi e di diritti; tuttavia i fedeli associati possono congiuntamente contrarre obblighi, acquisire e possedere diritti, ecc., ed essi hanno la facoltà di esercitare tali diritti e obblighi mediante un mandatario o un procuratore. Detto canone si riferisce, a mio parere, anzitutto ad una associazione di fedeli che ha ottenuto il riconoscimento di cui al c. 299 § 3. Orbene se neanche tale associazione può essere *come tale* un soggetto di obblighi e di diritti nell'ordinamento canonico, a fortiori non può esserlo una associazione non riconosciuta. Sembra infatti contraddittorio *riconoscere* un gruppo *non riconosciuto* quale soggetto di obblighi e di diritti. Con ciò non intendo dire che i membri di tale gruppo «coniunctim agentes» non potrebbero far valere mediante un mandatario o un procuratore un loro reale interesse, per es. ad ottenere il riconoscimento nella Chiesa, ma qui si tratta del gruppo *come tale*.

2) In seguito alla suddetta interpretazione autentica il Collegio degli Em.mi Giudici della Segnatura — nella ben nota decisione del 21 settembre 1987, pubblicata in *Communicationes*⁽⁵³⁾, ed in un altro decreto definitivo del 21 maggio 1988⁽⁵⁴⁾ — ha sancito che il «comitato per salvare la chiesa [della quale si trattava]» non aveva la capacità processuale. Tra parentesi noto che non era necessario essere parrocchiano, anzi non era richiesto essere cattolico, per far parte di detti comitati d'azione per salvare la chiesa parrocchiale.

È poi rimasto una costante nella giurisprudenza della Segnatura il non ammettere un gruppo di fedeli *come tale* ad impugnare la soppressione di una parrocchia o la riduzione della sua chiesa ad uso

⁽⁵²⁾ AAS 80 (1988) 1818. Al riguardo vedi specialmente il commento di J. MIRAS, in *Ius Canonicum* 31, n. 61 (1991) 211-217.

⁽⁵³⁾ 20 (1988) 88-94 (Prot. N. 17447/85 CA).

⁽⁵⁴⁾ Prot. 17914/86 CA.

profano. Ritengo che, stante la citata interpretazione autentica, tale prassi non possa essere modificata.

È però possibile ovviare alla non ammissione di un gruppo *come tale* a proporre un vero ricorso giuridico, dal momento che i singoli parrocchiani possono anche «coniunctim agentes» ricorrere nel caso, come vedremo poco innanzi.

2) Occorre osservare che i due menzionati decreti definitivi del Collegio dei Cardinali Giudici della Segnatura parlano di mancanza di capacità processuale per tali gruppi, mentre l'interpretazione autentica parla di mancanza di legittimazione attiva. Quest'ultima terminologia è stata ripresa in diversi decreti della Segnatura, ma in un decreto recente del Congresso⁽⁵⁵⁾ si è preferito parlare della mancanza della «legitima persona standi in iudicio» per un gruppo di fedeli *come tale*.

3) Finora si trattava di un gruppo di fedeli *come tale*, non di un organo che a norma del diritto deve intervenire affinché il Vescovo diocesano possa decidere la soppressione di una parrocchia o la riduzione di una chiesa ad uso profano. Mi riferisco in concreto al consiglio presbiterale. Penso che senza dubbio potrebbe denunciare la violazione del suo diritto ad essere previamente consultato, ma sembra mancare il richiesto interesse per la conservazione della parrocchia o della chiesa per poter proporre un vero ricorso giuridico.

c) *La legittimazione dei singoli parrocchiani.*

Più difficile è la questione della legittimazione, o meno, dei singoli fedeli, «sive singillatim sive coniunctim agentes», a ricorrere contro la soppressione di una parrocchia o la riduzione di una chiesa ad uso profano.

1) Nel caso si tratta della legittimazione a proporre un vero ricorso giuridico, e non del ricorso in senso lato ed improprio, per il quale «fideles auctoritatem ecclesiasticam certiore faciant de abusus ab inferiori auctoritate forte patris. Huiusmodi interventus denuntiatio potius appellari potest et nullis condicionibus ex parte recurrentis subiacet»⁽⁵⁶⁾. Anche se detta «denuntiatio» non sia un vero ri-

⁽⁵⁵⁾ Prot. N. 25427/94 CA, decreto del 18 gennaio 1996, p. 2: «coetui v.d. "Croatian-Slovenian United Committee" qua tali legitima persona standi in iudicio prorsus deest».

⁽⁵⁶⁾ Prot. N. 17447/85 CA, decreto definitivo del 21 novembre 1987, n. 7, c, in *Communicationes* 20 (1988) 84.

corso giuridico, non si deve sottovalutare la sua importanza nella Chiesa. Qualora risulti che gli abusi denunciati siano davvero gravi, sembra poco probabile che la superiore autorità non cercherà, il più delle volte in modo discreto e prudente, di ovviare alla situazione⁽⁵⁷⁾.

Occorre però ben notare che una risposta della competente Congregazione a un tale ricorso grazioso, non indica la capacità o la legittimazione dei denunzianti a proporre poi un vero ricorso giuridico alla Segnatura Apostolica.

2) Nel settimo principio che doveva dirigere la recognizione del Codice di Diritto Canonico veniva affermato che: «Proclamari ... oportet in iure canonico principium tutelae iuridicae aequo modo applicari superioribus et subditis, ita ut quaelibet arbitrariorum suspicio in administratione ecclesiastica penitus evanescat»⁽⁵⁸⁾. Questo principio veniva però affermato riguardo alla procedura «ad tuenda iura subiectiva», senza alcun riferimento esplicito alla tutela dei cosiddetti interessi comunitari, collettivi o diffusi⁽⁵⁹⁾. Ciò evidentemente non esclude una eventuale tutela di detti interessi ad istanza dei singoli fedeli interessati.

3) Secondo il c. 1737 § 1 «*Qui se decreto gravatum esse contendit, potest ad Superiorem hierarchicum eius, qui decretum tulit, propter quodlibet iustum motivum recurrere*». Si tratta di una formula molto ampia, che necessariamente necessita di ulteriori precisazioni nella dottrina e nella prassi, altrimenti basterebbe la mera asserzione di essere pregiudicato da un decreto singolare amministrativo per poter ricorrere contro di esso, anche qualora detto decreto manifestamente non riguardi per niente la persona del ricorrente come individuo o come membro di un gruppo⁽⁶⁰⁾. Trattandosi di una formula che necessita di ulteriori precisazioni, ritengo che il c. 1737 §

(57) Cfr. E. CAPPELLINI, «La tutela dei diritti delle comunità territoriali: diocesi e parrocchia», in *Monitor Ecclesiasticus* 113 (1988) 85-104, vedi 97-101 (anche in *Il Diritto alla Difesa nell'Ordinamento Canonico*, Città del Vaticano 1988, 85-104). Il Cappellini non si riesce, a norma di diritto positivo, di attribuire al consiglio pastorale e al consiglio per gli affari economici della parrocchia (e quindi *a fortiori* ai singoli parrocchiani) altra capacità per la tutela dei diritti della parrocchia che quella di proporre una «denuntiatio» o «petitio» (pp. 100-101).

(58) *Communicationes* 2 (1969) 83.

(59) *Ibid.*

(60) Cfr. E. LABANDEIRA, *La defensa de los administrados en el derecho canónico*, in *Ius Canonicum* 31, n. 61 (1991) 271-288, vedi 281: «no basta sentirse perjudicado, como podría parecer que dice el canon, ya que esto llevaría a afirmar la suficiencia de una sim-

1 non dia una risposta decisiva alla questione se i singoli fedeli possano proporre un vero ricorso giuridico per la tutela dei diritti della loro comunità.

4) La già menzionata interpretazione autentica del 20 giugno 1987 ammette la legittimazione dei singoli fedeli soltanto «*dummodo revera gravamen passi sint*», aggiungendo che: «In aestimatione... huius gravaminis, iudex congrua discretionalite gaudeat oportet»⁽⁶¹⁾.

Qualche autore ha considerato detta clausola «*dummodo revera gravamen passi sint*» come una interpretazione ultra-restrittiva del c. 1737 § 1, anzi come una interpretazione difficilmente condivisibile, perché sarebbe richiesto nel caso un esame preliminare della questione di fondo, cioè se il ricorso fosse davvero fondato⁽⁶²⁾.

Ritengo che il vero senso dell'interpretazione autentica sia piuttosto la seguente: trattandosi di un atto singolare amministrativo che riguarda un gruppo di persone, ci vuole nei singoli fedeli un interesse qualificato per poter proporre un ricorso giuridico per la tutela dei diritti comunitari pregiudicati e spetta all'autorità o al giudice che riceve tale ricorso anzitutto vedere se il ricorrente abbia tale interesse qualificato.

5) Secondo la decisione del 21 dicembre 1987 del Collegio degli Em.mi Giudici della Segnatura la legittimazione «*nihil aliud est quam peculiaris et iuridice tutelata relatio cum obiecto controversiae*», e per poter ricorrere ci vuole un interesse «personale, directum, attuale et a lege, saltem indirecte, tutelatum»⁽⁶³⁾.

A mio parere, è dunque richiesta nel ricorrente una peculiare relazione con l'oggetto della controversia, e tale relazione deve avere nell'ordinamento canonico una protezione almeno indiretta; inoltre deve prospettarsi per il ricorrente titolare di una tale relazione con l'oggetto della controversia, un reale, personale, diretto e attuale vantaggio, qualora il ricorso venga accolto⁽⁶⁴⁾.

ple motivación psicológica para recurrir». Lo stesso articolo anche in ID., *Cuestiones de derecho administrativo canónico*, Pamplona 1992, 467-490.

⁽⁶¹⁾ AAS 80 (1988) 1818.

⁽⁶²⁾ L.G. WRENN, *Authentic Interpretations on the 1983 Code*, Washington DC 1993, 46-47.

⁽⁶³⁾ *Communicationes* 20 (1988) 90-91 (Prot. N. 17447/85 CA). Per una critica a detto decreto definitivo, cf. E. LABANDEIRA, *La defensa* (nota 60).

⁽⁶⁴⁾ Cfr. P. MONETA, *I soggetti nel giudizio amministrativo canonico*, in *La giustizia*

Ritengo che la legittimazione e l'interesse non sono due esigenze adeguatamente distinte, in quanto l'interesse deve essere *personale* e la legittimazione rimanda proprio alla *personale* relazione del ricorrente con l'oggetto della controversia, relazione che deve essere giuridicamente tutelata⁽⁶⁵⁾. Dove parlo per brevità soltanto di legittimazione o di interesse qualificato, mi riferisco sia alla legittimazione che all'interesse qualificato.

6) Il Collegio dei Giudici ha poi, nella parte motiva sia di detta decisione che del decreto definitivo del 21 maggio 1988⁽⁶⁶⁾, ritenuto che ai singoli fedeli manca la legittimazione a ricorrere contro la soppressione della loro parrocchia e la riduzione della chiesa parrocchiale ad uso profano, ammettendo soltanto nel caso la « *petitio gratiae* » o la « *denuntiatio* ».

L'argomentazione per negare la legittimazione a ricorrere nel caso sembra sommariamente essere la seguente: L'esercizio dei diritti dei fedeli non dipende dalla conservazione o meno di una determinata chiesa già parrocchiale, quasi che — distrutta questa — essi non possano più partecipare alla vita ecclesiale di una parrocchia. La decisione di demolire una chiesa può creare un qualche scomodo ai fedeli, ma questo fatto non dà vita ad un interesse così forte da legittimare il riconoscimento di un diritto ad agire e cioè non è un interesse giuridicamente protetto⁽⁶⁷⁾.

Occorre notare che in detti casi i ricorrenti, almeno prevalentemente, invocavano la tutela dei diritti ed obblighi comuni di tutti i fedeli.

amministrativa nella Chiesa, Città del Vaticano 1991, 55-70; G.P. MONTINI, *Il risarcimento del danno provocato dall'atto amministrativo illegittimo e la competenza del Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica*, in *La giustizia amministrativa*, 179-200, vedi 197, nota 65; G. TOGNONI, *La tutela degli interessi diffusi nell'ordinamento canonico*, in *Quaderni di Diritto Ecclesiale* 8 (1995) 321-344; I. ZUANAZZI, *La legittimazione a ricorrere uti fidelis per la tutela dei diritti comunitari*, in *Diritto «per valori» e ordinamento costituzionale della Chiesa*, a cura di R. BERTOLINO - S. GHERRO - G. LO CASTRO, Torino 1996.

⁽⁶⁵⁾ E. FAZZALARI, *Istituzioni di diritto processuale*, Padova 1989, 5^a ed., 297, nota 29, asserisce riguardo all'«interesse ad agire»: «È venuto perdendo l'originaria autonomia rispetto al concetto di "legittimazione ad agire" ... e vada inteso, piuttosto, come un componente della "legittimazione"».

⁽⁶⁶⁾ Prot. N. 17914/86 CA.

⁽⁶⁷⁾ Cfr. la nota introduttiva al suddetto decreto definitivo del 21 novembre 1987 in *Il Diritto Ecclesiastico* 100/II (1989) 3.

7) Il Collegio dei Giudici della Segnatura ha invece nelle sentenze del 20 giugno 1992⁽⁶⁸⁾ e del 16 gennaio 1993⁽⁶⁹⁾ ritenuto che i singoli parrochiani godono nel caso della legittimazione.

L'argomentazione per sostenere tale affermazione sembra essere sommariamente la seguente nella prima di dette sentenze⁽⁷⁰⁾: *a)* già l'interpretazione autentica del 20 giugno 1987 ammetteva la loro legittimazione «*dummodo revera gravamen passi sint*»; *b)* «*Nemo est qui hodie, post declarationes Concilii Vaticani II quoad Christifidelium iura et obligationes partem habentium in evangelizatione, in actuositate pastorali et in adjuvandis ministris sacrae hierarchiae, non videat quantum sit christifidelium "interesse" seu bonum, quod... ipsa lex agnoscit atque defendit: non aliter, enim, deducitur ex plurimis canonibus, simul recte perpensis, iura muneraque christifidelium respicientibus (cfr. cc. 224-231)*»; *c)* i documenti conciliari e postconciliari illustrano l'importanza della parrocchia — infatti «*dioecesis "paroecia veluti cellula est" (AA 10)*» — nonché il momento della partecipazione e collaborazione dei fedeli alla attuosità pastorale della loro parrocchia; *d)* la soppressione di una parrocchia è quindi un atto «*qui iuridice atque multopere tangit vitam communitatis paroecialis et singulorum membrorum paroeciae*»; *e)* un elemento importante di una parrocchia è la chiesa parrocchiale; la soppressione della parrocchia e la riduzione della chiesa parrocchiale ad uso profano non può perciò non avere conseguenze per la comunità locale dei fedeli e i singoli parrochiani.

La seconda sentenza definitiva, del 16 gennaio 1993, parla anzi di «*membra paroeciae... ius habentia ut in omnibus, quae eorum vitam paroecialem respiciunt, servetur ius canonicum... Christifideles..., propter arctam cum Ecclesia consuetudinem et coniunctionem vitae, quae generatim et praesertim in propria paroecia exercent, membra activa habendi sunt eorum paroeciae atque habiles ad iura paroeciae defendenda*»⁽⁷¹⁾.

8) Occorre osservare che in questi due casi si trattava insieme della soppressione della parrocchia e della riduzione della chiesa par-

⁽⁶⁸⁾ Prot. N. 22036/90 CA.

⁽⁶⁹⁾ Prot. N. 21883/90 CA.

⁽⁷⁰⁾ Pp. 7-9, n. 7.

⁽⁷¹⁾ Pp. 7-8, n. 18.

rocchiale ad uso profano, e che la domanda di riapertura della chiesa parrocchiale era intimamente connessa con la domanda di ripristino della parrocchia.

Rimane però la questione della legittimazione a ricorrere contro la sola riduzione della chiesa parrocchiale ad uso profano, qualora non si tratti più della soppressione della parrocchia. In qualche caso non c'è ricorso da parte dei fedeli contro la soppressione della parrocchia, bensì contro la chiusura della loro chiesa. In qualche altro caso recente il Congresso della Segnatura non ha ammesso alla discussione per manifesta mancanza di fondamento il ricorso contro la soppressione della parrocchia, bensì il ricorso contro la chiusura della chiesa (72).

Non sembra del tutto chiaro l'interesse qualificato a ricorrere in tal caso, tanto più qualora il Vescovo lasci tale chiesa per qualche tempo aperta per celebrazioni liturgiche sporadiche e poi decida la sua riduzione ad uso profano. Se però, secondo quanto detto nella sentenza del 16 gennaio 1993, «*membra paroeciae... ius [habent] ut in omnibus, quae eorum vitam paroecialem respiciunt, servetur ius canonicum*», si deve concludere che quei parrocchiani che hanno un interesse personale, diretto ed attuale che la chiesa rimanga aperta al culto liturgico, possono pretendere che le norme del diritto canonico vengano osservate nel caso.

9) Un'ultima questione concernente la legittimazione dei singoli parrocchiani a ricorrere contro la soppressione della loro parrocchia e la riduzione della sua chiesa ad uso profano è la seguente, cioè se un fedele che partecipa attivamente (anche economicamente) alla vita di una parrocchia territoriale, ma non abita nel territorio di detta parrocchia, goda della legittimazione a ricorrere. Il caso si è posto recentemente per il fatto che un Vescovo diocesano ha eccepito la legittimazione dei ricorrenti, che partecipavano attivamente alla vita della parrocchia soppressa senza abitare nel suo territorio. La causa (73) è nel frattempo finita per un'altra ragione, ma desta comunque sorpresa che nel caso nessun ricorrente abitasse nel territorio della parrocchia soppressa.

(72) Così per es. nelle cause Prot. NN. 24388/93 CA (decreto del 3 maggio 1995) e 25530/94 CA (decreto del 12 ottobre 1995).

(73) Prot. N. 25323/94 CA.

3. *I termini a ricorrere.*

Come è ben noto, se qualcuno vuole ricorrere contro la decisione del Vescovo diocesano di sopprimere una parrocchia o di ridurre la sua chiesa ad uso profano, deve prima richiedere per iscritto la revoca o l'emendamento di tale decisione al Vescovo diocesano dentro il termine perentorio di dieci giorni utili (c. 1734 §§ 1-2). Poi c'è il termine perentorio di quindici giorni utili, che nel caso decorrono a norma del c. 1735, per proporre il ricorso gerarchico alla Congregazione per il Clero (c. 1737 § 2), ed infine il termine perentorio di trenta giorni utili per ricorrere alla Segnatura contro la decisione della Congregazione («Pastor bonus», art. 123 § 1).

a) In qualche caso il Vescovo diocesano ha fatto comunicare ad una parrocchia la propria decisione di sopprimerla e di chiudere la sua chiesa alcuni mesi prima della effettiva soppressione, ma ha emanato i relativi decreti soltanto pochi giorni prima del giorno fatale. Alcuni parrocchiani avevano già domandato copia della decisione motivata, richiedendo nello stesso tempo invano la sua revoca ed hanno presentato ricorso gerarchico alla competente Congregazione prima dell'emanazione dei relativi decreti. Il Vescovo ha poi eccepito l'omessa rimostranza dopo l'emanazione di detti decreti. La Congregazione ha nondimeno ammesso il ricorso gerarchico e anche la Segnatura Apostolica ha ritenuto che nel caso non si poteva rigettare il ricorso a causa della rimostranza fatta prima dell'emanazione dei formali decreti da parte del Vescovo⁽⁷⁴⁾. Mi pare che una decisione contraria sarebbe stata contro l'equità canonica.

In ogni caso, qualora ci sia prima un annuncio pubblico della decisione del Vescovo e soltanto qualche tempo dopo l'emanazione dei relativi decreti, potrebbe esservi un fondato dubbio sul giorno della decorrenza del termine perentorio utile per richiedere la revoca o l'emendamento di dette decisioni, e tale dubbio sembra doversi interpretare a favore degli eventuali ricorrenti.

b) In un altro caso il Vescovo ha fatto annunciare le proprie decisioni durante le SS. Messe della fine settimana nella chiesa parrocchiale ed ha in seguito notificato i decreti di soppressione della parrocchia e chiusura della chiesa all'amministratore parrocchiale. Avvenuta poi la soppressione della parrocchia e la chiusura della chiesa,

⁽⁷⁴⁾ Prot. N. 22036/90 CA, sentenza definitiva del 20 giugno 1992, pp. 3-4 e 6-7, nn. 2-3 e 5-6.

alcuni parrocciani si sono prima invano rivolti al giudice civile⁽⁷⁵⁾ ed hanno soltanto alcuni mesi dopo invano presentato al Vescovo la formale richiesta di revoca di dette decisioni. Poi hanno fatto ricorso alla Congregazione per il Clero che ha rigettato il ricorso proprio a causa della tardiva rimostranza, ed infine essi si sono rivolti alla Segnatura Apostolica, invocando la loro ignoranza sia dei termini perentori utili che del giorno della loro decorrenza.

Il Congresso della Segnatura⁽⁷⁶⁾ non ha ammesso il ricorso alla discussione per le seguenti ragioni: 1) Anche se è vero che secondo il can. 201 § 2 il tempo utile non decorre in caso di ignoranza, è altrettanto vero che l'ignoranza della legge «non praesumitur [c. 15 § 2] et tantummodo excusatur si reapere verisimilis est et nullam admittit negligentiae notam»; orbene i ricorrenti non hanno dimostrato l'assenza di qualsiasi negligenza al riguardo; 2) è sufficiente che i formali decreti di soppressione della parrocchia e della chiusura della chiesa vengano notificati al legittimo rappresentante: infatti, «omnino absonum esset requirere ut haec decreta directe notificata essent omnibus forte interesse habentibus»; in ogni caso i ricorrenti avevano già da alcuni mesi la notizia certa e pubblica delle decisioni comunicate durante le SS. Messe e dette decisioni erano per di più già state eseguite alcuni mesi prima della rimostranza formale.

Nel caso appena esposto i ricorrenti hanno fatto ricorso avverso il decreto del Congresso al Collegio degli Em.mi ed Ecc.mi Giudici della Segnatura, che in data 4 maggio 1996 ha confermato la decisione del Congresso. (Non conosco in questi undici anni che lavoro nella Segnatura Apostolica nessun caso, in cui il Collegio dei Giudici abbia riformato la decisione del Congresso di non ammettere il ricorso alla discussione, sia per mancanza di un presupposto che per manifesta mancanza di fondamento).

⁽⁷⁵⁾ Al riguardo si nota nel decreto del Congresso del 12 ottobre 1995 (Prot. N. 25500/94 CA), p. 2, n. 3: «recurrentes prius contra can. 1375 iudicem civilem et nonnisi postea formaliter auctoritatem ecclesiasticam adierunt». In un altro decreto del Congresso dello stesso giorno (Prot. N. 25530/94 CA), p. 3, n. 8, si legge: «Recursus interpositus penes auctoritatem civilem ex parte recurrentium reprobatur; Exc.mi Episcopi erit, positus ponendis et servatis servandis, sanctiones poenales adversus eosdem applicare (cf. can. 1375)»; in questo caso il Vescovo aveva richiesto un intervento della Segnatura Apostolica contro i ricorrenti.

⁽⁷⁶⁾ Prot. N. 25500/94 CA, decreto del 12 ottobre 1995, p. 2, n. 3.

Detto decreto definitivo conferma il sopraddetto principio: «Ignorantia circa legem non praesumitur et tantummodo excusatur si verisimilis est et nullam admittit negligentiae notam», con la seguente spiegazione: «Concedimus... ignorantiam termini peremptorii utilis ipsa lege statuti facilius haberi posse apud rudes christifideles. Quaestio autem est utrum ipsi tempestive a perito in iure canonico vel a competenti auctoritate opportunas notitias in re exquisiverint, necne. Apti enim diligentia necessario requiruntur, quia secus termini peremptorii utiles simplices fideles per raro urgerent, facile pessumdatis legibus quae terminos peremptorios statuunt»⁽⁷⁷⁾. Ed al riguardo non possono invocare il fatto che l'autorità ecclesiastica non abbia spontaneamente dato notizie circa il modo ed i termini per impugnare la decisione, proprio perché «nullibi in cann. 1732-1739 statuitur quod auctoritas ecclesiastica sua sponte notitias dare tenetur circa modum procedendi ad decreta administrativa singularia impugnanda»⁽⁷⁸⁾.

Risulta quindi che l'ignoranza dei termini perentori utili stabiliti dalla legge canonica non viene presunta e che la correlativa presunzione della conoscenza dei termini legali non viene facilmente ribaltata. Il Legislatore ha infatti voluto stabilire termini perentori abbastanza brevi per il bene comune, cioè per prevenire che si possa mettere in dubbio per troppo tempo un atto singolare amministrativo.

Riguardo ad un ricorso contro una decisione della competente Congregazione che ha rigettato un ricorso gerarchico per mancanza di qualche presupposto, sembra opportuno annotare che allora l'oggetto della controversia presso la Segnatura può essere soltanto detto rigetto del ricorso per mancanza del presupposto. In altre parole: in questi casi la Segnatura non vede della soppressione della parrocchia o della chiusura della chiesa, ma soltanto della mancanza del presupposto, cioè nel caso citato se la rimostranza sia stata fatta nei termini perentori.

4. *Il previo ricorso alla competente Congregazione richiesto per poter ricorrere alla Segnatura.*

Un presupposto per poter ricorrere alla Segnatura contro la soppressione della parrocchia o la riduzione della sua chiesa ad

⁽⁷⁷⁾ P. 5, n. 8.

⁽⁷⁸⁾ P. 6, n. 10.

uso profano, è che il ricorrente abbia prima interposto ricorso gerarchico alla competente Congregazione.

Sembra una cosa ovvia, però nella prassi si avverte che non di rado i fedeli che hanno fatto ricorso alla Congregazione non siano gli stessi che poi fanno ricorso alla Segnatura.

Al riguardo si legge nel decreto definitivo del 16 gennaio 1988: «Hoc Supremum Signaturae Apostolicae Tribunal definire nequit recursum adversus decretum administrativum Ordinarii..., nisi praecesserit recursus ad competentem Congregationem Curiae Romanae, quod, in casu, relate ad singulos christifideles, non verificatur»⁽⁷⁹⁾.

Nel testo citato si tratta di fedeli che prima avevano fatto il ricorso come gruppo e poi si sono rivolti alla Segnatura come singoli. A fortiori si deve concludere che un singolo fedele non può ricorrere alla Segnatura, se prima non l'ha fatto alla Congregazione, neanche come membro di un gruppo come tale.

In ogni caso è costante la prassi della Segnatura di non ammettere il ricorso di ricorrenti che non abbiano fatto prima ricorso alla Congregazione⁽⁸⁰⁾.

5. *La domanda di sospensione delle decisioni impugnate.*

Il ricorso contra la soppressione di una parrocchia e la riduzione di una chiesa ad uso profano, è di per sé soltanto «in devolutivo» e non «in suspensivo». I ricorrenti chiedono però spesso la sospensione delle decisioni del Vescovo.

La prassi della Segnatura in tali casi è di non concedere durante la pendenza del ricorso la sospensione della soppressione della parrocchia o della riduzione della chiesa ad uso profano, ma invece di sospendere la ventilata alienazione definitiva della chiesa o la sua modifica sostanziale, «qua restitutio in pristinum statum impossibilis vel oeconomicae onerosior evaderet»⁽⁸¹⁾.

Si legge così, per es., in un decreto con il quale il Congresso della Segnatura ha ammesso alla discussione soltanto la questione dell'asserita violazione della legge «in decernendo» riguardo alla ri-

⁽⁷⁹⁾ Prot. N. 17914/86 CA, p. 7, n. 16. Nello stesso senso il decreto definitivo del 4 maggio 1996, Prot. N. 25500/94 CA, p. 4, n. 5, ad b.

⁽⁸⁰⁾ Cfr. per es. Prot. N. 25427/94 CA, decreto del Congresso del 18 gennaio 1996, p. 2.

⁽⁸¹⁾ Prot. N. 25323/94 CA, decreto del Congresso del 12 ottobre 1995, p. 5.

duzione della chiesa già parrocchiale: «Petita suspensio decisionum conceditur tantum quoad *ecclesiam...*, ea mente ut aedes sacra una cum suppellectili in tuto ponatur donec Em.mi et Exc.mi Iudices de recursu videant»⁽⁸²⁾.

Occorre osservare che tale sospensione porta talvolta con sé oneri abbastanza pesanti, come per es. l'obbligo di continuare a pagare l'assicurazione per la chiesa, la necessità di pagare una sorveglianza per evitare che la chiesa venga ben presto da vandali ridotta ad una rovina o diventi un rifugio per sbandati, la necessità di riscaldare la chiesa durante l'inverno per evitare gravi danni, ecc. L'avvocato del Vescovo ha perciò in qualche caso richiesto di imporre ai ricorrenti una cauzione per risarcire in caso di sconfitta processuale dette spese, ma finora la Segnatura non ha accolto una tale richiesta.

6. «*An datur actio iudicati?*»

Un'ultima questione procedurale riguarda la possibilità di proporre una «*actio iudicati*» da parte dei ricorrenti per ottenere l'imposizione dell'esecuzione di una decisione a loro favorevole. La questione si è posta in due casi, nei quali la Segnatura aveva dichiarato la violazione della legge «in procedendo» concernente sia la soppressione della parrocchia sia la riduzione della sua chiesa ad uso profano. In questi due casi il Vescovo aveva dopo la decisione del Collegio dei Giudici della Segnatura prima decretato il ripristino delle parrocchie e la riapertura delle chiese e poi qualche giorno dopo, osservando stavolta la retta procedura, aveva di nuovo deciso la soppressione delle parrocchie e la chiusura delle chiese.

Come si sa, la «*res iudicata*», secondo il c. 1642 § 2 del nuovo Codice, «*dat actionem iudicati*», mentre l'esecuzione spetta nell'ordinamento canonico all'autorità amministrativa, cioè al Vescovo della diocesi, «*in qua sententia primi gradus lata est*» (c. 1653 § 1), e se questi ricusa di eseguirla o è negligente al riguardo, all'autorità «*cui tribunal appellationis... subicitur*» (§ 2). Essendo la Segnatura Apostolica un Tribunale del S. Padre, sembra quindi spettare al Sommo Pontefice far eseguire una decisione definitiva della Segnatura, qualora l'autorità inferiore non voglia eseguirla.

Nel caso, il Collegio dei Giudici della Segnatura ha asserito che: «*Antequam* H.S.T. videre possit quid censendum vel consulendum

⁽⁸²⁾ Prot. N. 24388/94 CA, p. 5, n. 6, d.

sit de imponenda, vel minus, executione sententiae huius Supremi Tribunalis..., suapte natura *primum* videndum est utrum, necne, detur actio iudicati in casu, seu actio qua petitur ut sententia... executioni mandetur»⁽⁸³⁾. Il Collegio ha quindi trattato la questione preliminare: «An datur actio iudicati in casu?»

Nei due brevissimi decreti⁽⁸⁴⁾ l'argomentazione era poi la seguente: *a)* la sentenza definitiva ha soltanto dichiarato la violazione della legge «in procedendo»; *b)* il Vescovo ha eseguito tale decisione; *c)* «Quod ipse deinde denuo decrevit suppressionem parociae et reductionem ecclesiae ad usum profanum, minime obstat executioni sententiae, nam... hac vice iuxta legis canonicae praescripta processit ideoque vitia de quibus in sententia... sedulo vitavit»; *d)* si deve perciò rigettare «a limine» la «actio iudicata», perché la sentenza è stata eseguita; *e)* «Deest proinde in casu materia contendendi ad propositam actionem iudicati quod attinet».

Ho spiegato questi due casi, anche con il proposito di richiamare l'attenzione al fatto che una dichiarazione da parte della Segnatura di una violazione di legge soltanto «in procedendo» può essere soltanto una vittoria apparente per i ricorrenti, perché l'autorità competente può in un tal caso sempre di nuovo emanare l'atto amministrativo singolare, osservando la retta procedura. Bisogna perciò seriamente riflettere prima di ricorrere alla Segnatura, qualora si abbiano ad addurre soltanto violazioni della legge «in procedendo». In ogni caso, la Segnatura suole avvertire «in limine litis» i ricorrenti di tale fatto.

IV. *Conclusiones: un primo bilancio*

1. Un ricorso alla Segnatura Apostolica contro la soppressione di una parrocchia non sembra avere quasi nessuna prospettiva reale di ottenere una sostanziale vittoria processuale, cioè di ottenere una decisione che dichiari la violazione della legge non soltanto «in procedendo», ma anche «in decernendo».

2. Anche riguardo alla riduzione di una chiesa già parrocchiale ad uso profano non c'è nessuna decisione che dichiari la violazione

⁽⁸³⁾ Prot. N. 21883/90 CA, decreto definitivo del 25 giugno 1994, p. 2, n. 3.

⁽⁸⁴⁾ L'altro decreto definitivo è del 12 novembre 1994 e riguarda la causa Prot. N. 22036/90 CA.

della legge «in decernendo», ma in una causa il Vescovo ha riaperto la Chiesa al culto divino dopo il decreto del Congresso, che aveva ammesso la causa alla discussione davanti al Collegio dei Giudici.

3. I recenti ricorsi alla Segnatura Apostolica concernenti la soppressione di una parrocchia e la riduzione della sua chiesa ad uso profano hanno provocato nella nazione dalla quale proviene la stragrande maggioranza di detti ricorsi, una più accurata attenzione sia per le norme procedurali che sostanziali da osservare nel caso.

4. Nel periodo necessario per esaminare tali ricorsi sembra profilarsi non soltanto il perdurare dello stato di agitazione da parte dei ricorrenti ed i loro sostenitori contro le impugnate decisioni del Vescovo diocesano, ma anzi una accentuazione della conflittualità. Neanche le decisioni date dalla Segnatura sembrano contribuire a riappacificare gli animi e restaurare la comunione lacerata da profonde ferite. Una riprova ne sono le reazioni sovente del tutto scomposte e molto spiacevoli.

5. Ritengo che sia opportuno tener presente tutto ciò nel dibattito sull'opportunità, o meno, di estendere la tutela dei cosiddetti interessi comunitari dei fedeli.

JOSÉ M. VIEJO-XIMÉNEZ

LA REDACCIÓN ORIGINAL DE C.29 DEL DECRETO DE GRACIANO (*)

I. Introducción. — II. La estructura de C.29 en los manuscritos de « primera recensión ». — III. Los modelos que inspiran los *dicta*. — IV. Las fuentes de las *auctoritates*. — V. Los sumarios de C.29 q.2. — VI. Algunas observaciones de crítica textual. — VII. Conclusión. — Anexo I: El cuadro de las fuentes. Anexo II: El texto de C.29 según Aa 43 - Fd.

I. *Introducción*

Con motivo de una estancia en el *Leopold Wenger Institut* de la Universidad « Ludwig-Maximilian » y en el *Stephan Kuttner Institute of Medieval Canon Law* de Munich, durante el año 1995, tuve ocasión de discutir con el Prof. Landau la metodología para estudiar un asunto que me interesaba desde hacía tiempo: la tradición canónica sobre el error en la condición servil, en el contexto más general del error sobre la persona y sus cualidades en el matrimonio canónico. Al plantear entonces la necesidad de intentar una « edición de trabajo » de C.29 del Decreto de Graciano, siguiendo los pasos de algunos estudios recientes como los de Titus Lenherr y Enrique De León⁽¹⁾, el Presidente del IMCL me sugirió posponer esta parte de

(*) Este estudio fue preparado básicamente en el *Stephan Kuttner Institute of Medieval Canon Law*, a partir de 1995, con una Beca de la *Consejería de Educación, Cultura y Deportes* del Gobierno Autónomo de Canarias (BOC del 10.4.95 número 44); agradezco al Prof. Peter Landau, Director del IMCL, su invitación para realizar mi visita a esa institución y también sus orientaciones durante mi estancia monacense.

(1) Cf. T. LENHERR, *Die Exkommunikations- und Depositionsgewalt der Häretiker bei Gratian und den Dekretisten bis zum Glossa Ordinaria des Johannes Teutonicus* (München 1987) y E. DE LEÓN, *La « cognatio spiritualis » según Graciano* (Milano 1996).

la investigación para después de la prevista celebración del *Xth International Congress of Medieval Canon Law* en Syracuse (New York); para esa reunión estaba anunciada la presentación de algunas ponencias sobre los manuscritos más antiguos de la *Concordia* graciana.

El consejo resultó muy acertado, pues el 16 de agosto de 1996 Anders Winroth participó a la comunidad científica una sensacional noticia: el descubrimiento de lo que probablemente fue una *primera redacción* del Decreto de Graciano, bastante más breve que el Decreto divulgado; en la misma sesión Rudolf Weigand apoyaba con nuevos datos el hallazgo y se preguntaba si no había llegado la hora de intentar la tan esperada *edición crítica* del Decreto⁽²⁾. Ambas intervenciones avanzaron también algunos criterios de método que podían orientar mi trabajo, y así decidí contrastar las hipótesis comentadas en Syracuse estudiando el texto de C.29 en los manuscritos de esa «primera recensión»; el objeto de estas líneas no es otro que exponer los resultados de ese trabajo.

Para Anders Winroth, un dato muestra que los manuscritos Aa, Bc, Fd contienen una «primera recensión» del Decreto y no una simple «abreviación»⁽³⁾, como hasta el momento se pensaba: estos códices tienen *lecturas propias*, que no conserva la tradición manus-

(2) Cf. A. WINROTH, *The Two Recensions of Gratian's «Decretum»* y R. WEIGAND, *Chancen und Probleme einer baldigen kritischen Edition des Dekret Gratians*: son los títulos de sus respectivas ponencias, presentadas al *X Congreso Internacional de Syracuse*; vid. una primera valoración en mi colaboración J.M. VIEJO-XIMÉNEZ, *In memoriam Stephan Kuttner. A propósito del Xth International Congress of Medieval Canon Law de 1996 en Syracuse (New York)*, «*Ius Ecclesiae*» 9 (1997) 221-64, especialmente pp. 244-52. El trabajo de Winroth se ha publicado ya con idéntico título en *ZRG Kan. Abt.* 83 (1997) 22-31; ahí Rudolf Weigand ofrece también una valoración de las perspectivas de futuro que se han abierto: cf. R. WEIGAND, *Zur künftigen Edition des Dekrets Gratians*, *ZRG Kan. Abt.* 83 (1997) 32-51.

(3) Para la nominación de manuscritos de la *Concordia*, en este estudio utilizaré las siglas de R. WEIGAND, *Die Glossen zum Dekret Gratians. Studien zu den frühen Glossen und Glossenkompositionen* (= *SG* 25-26; Romae 1991) xxi-xxiv. Los manuscritos que contienen una primera recensión de la *Concordia* de Graciano son: Admont, *Stiftsbibliothek* 23 y 43 (Aa); Barcelona, *Arxiu de la Corona d'Aragó*, Ripoll 78 (Bc); Florencia, *Biblioteca Nazionale Centrale*, Conventi Soppressi A 1.402 (Fd). A estos tres códices Rudolf Weigand acaba de añadir otro más con la sigla P = Paris, *Bibliothèque Nationale*, *lat. nouv. acq.* 1761; cf. R. WEIGAND, *o. c.* nota 2, p.38: este códice se interrumpe en C.12 como ya indicó J. RAMBAUD, *Le «Corpus Juris Civilis» dans le Décret de Gratien d'après le Manuscrit lat. nouv. acq. 1761 de la Bibliothèque Nationale*, «*Bibliothèque de l'école des Chartres*» 111 (1953) 54-64.

crita posterior, y que se deben considerar *originales* de una primera redacción porque coinciden también con las lecturas de las fuentes formales de Graciano; ese texto de *primera recensión* — cuyas argumentaciones son más coherentes — fue conocido y circuló de forma independiente durante algún tiempo. Y Winroth sugiere la distinción de dos etapas en la redacción del Decreto: *a*) en la primera Graciano consulta la *Panormia* de Ivo de Chartres (IP), el *Polycarpus* de Gregorio de San Grisógono (PC) y el tratado *De misericordia et iustitia* de Algerio de Lieja (AL), ordena el material y escribe la mayor parte de los *dicta*; *b*) en la segunda etapa se añade material de otras colecciones — sobre todo de la *Colección en Tres Libros* (3L) y de la *Tripartita* de Ivo (TrA, TrB) — y en general, sin cambios sustanciales en los *dicta*, su resultado es la *segunda recensión* del Decreto, que aproximadamente coincide con el texto editado por Friedberg (edF). El investigador sueco formuló su hipótesis a partir del estudio de C.24 — para lo cual aprovecha los análisis de Titus Lenherr — y en su intervención de Syracuse comentó también que los manuscritos de la *primera* recensión sufren el éxito de la *segunda*, pues los textos que *faltaban* en aquellos códices se recogerán también ahí, marginalmente, entre líneas o incluso en apéndice; sin embargo, no valoró suficientemente este hecho, que tal vez permita en el futuro describir con más precisión el proceso de composición de la *Concordia*.

Por mi parte puedo afirmar que la redacción de C.29 que recogen los manuscritos Aa 43 y Fd presenta algunas peculiaridades — en relación al texto más difundido del Decreto — que apuntalan la hipótesis de Winroth; de ahí mi convicción de que nos transmiten lo que probablemente fue su «redacción original». En este momento puedo aportar tres tipos de pruebas: la coherencia interna de su texto, el origen formal de sus *auctoritates* y, por último, la individuación de algunas lecturas propias; en los diversos epígrafes de este estudio se ordenan los múltiples datos referentes a cada uno de estos temas.

II. *La estructura de C.29 en los manuscritos de «primera recensión».*

Aunque la numeración de folios es independiente, los códices de Admont Aa 23 y Aa 43 forman una unidad⁽⁴⁾; el texto de C.29

(4) Sobre este manuscrito cf. F. EHEIM, *Die Handschriften des Decretum Gratiani in Österreich*, SG 7 (1959) 125-73, especialmente pp. 129-30 y 132-33 y T. LENHERR, *Die*

se recoge en Aa 43 fols.125v-127r. El manuscrito Bc se interrumpe por desgracia en C.12 q.5 c.7, y también en C.12 q.2 c.39 concluye el códice P (= Paris, Bibliothèque Nationale *lat. nouv. acq.* 1761); en Fd C.29 se transcribe en fols.82vb-83rb. Lo primero que sorprende en estos manuscritos es la extensión del texto de C.29: mientras que el comienzo de la Causa y el extenso *dictum* en que consiste la q.1 son aparentemente iguales a los de «segunda recensión», la q.2 queda reducida a su proemio, tres capítulos y dos *dicta*; el cuadro de paralelismos revela con claridad estas diferencias:

Aa 43, Fd	edF
C.29 <i>casus</i>	C.29 <i>casus</i>
q.1 <i>pr.</i>	q.1 <i>pr.</i>
q.1 1	q.1 1
q.1 2	q.1 2
q.1 3	q.1 3
q.1 4	q.1 4
q.1 5	q.1 5
q.2 <i>pr.</i>	q.2 <i>pr.</i>
c.1	c.1
—	c.2
—	c.3
d.p.c.3	d.p.c.3
c.4	c.4
c.5	c.5
—	c.6
d.p.c.6	d.p.c.6 con <i>add.</i>
“Cum dicitur — decepta est”	“Si uero — poterit”
—	c.7
—	d.a.c.8
—	c.8

Summarien zu den Texten des 2. Laterankonzils von 1139 in Gratians Dekret, AKKR 150 (1981) 528-51, especialmente su nota 10; también R. WEIGAND, *o. c.* nota 3, pp. 662-63. Y, sobre todo, W. STELZER, *Gelehrtes Recht in Österreich: von d. Anfängen bis zum frühen 14. Jh.* (Wien - Köln - Graz - Böhlau 1982) p.22 nota 4; por las características de la escritura de ambos códices, considera poco probable su datación en torno al 1160, en la época del abad *Gottfried I* (1138-1165) de Admont, y estima la fecha de su copia alrededor del año 1170.

Sin embargo, la generalidad de los textos que faltan en la *Concordia* de Aa y de Fd se transcriben al final de ambos códices, en unos folios aparte. En Aa 23 este elemento complementario del manuscrito se intitula *Exceptiones quorundam capitulorum in corpore libri omissorum* (fols.200r-296v) y se continúa en Aa 43 (fols.280r-340v); las *exceptiones* de C.29 aparecen en Aa 43 fols.319v-320v. En Fd los complementos aparecen en fols.104rb-167vb, transcritos por una mano distinta de la que copia la *Concordia* en la primera parte del códice; todos se coleccionan precedidos de los respectivos apartados de la introducción *In prima parte agitur*, y los de C.29 aparecen en fol.155rab. Así pues, los manuscritos de «primera recensión» nos transmiten lo que probablemente es una *primera redacción* del Decreto, más otros fragmentos complementarios que luego se encontrarán formando parte del Decreto divulgado, esto es, de la «segunda recensión» de la *Concordia* graciánea.

¿Por qué se deben considerar las redacciones de Aa 43 y de Fd — es decir, el texto sin los complementos — como un texto «más original» de Graciano, anterior a la segunda redacción? A mi entender, la estructura interna de C.29 según estos códices aporta datos muy significativos y por eso, antes de contrastar esa redacción con sus fuentes formales, vale la pena comentar con más detalle la coherencia interna de ese «texto abreviado»; ordenaré mis observaciones en dos series.

(i) El comienzo de C.29 y su q.1 son sustancialmente iguales al texto de «segunda recensión»: en Aa 43 y Fd únicamente faltan las tres últimas palabras de q.1 *et aliam ducere*; esta omisión puede ser una *lectura propria* de «primera recensión», pues no se mantiene en muchos manuscritos antiguos de «segunda recensión»⁽⁵⁾.

(5) Sucede esto, por ejemplo, en una amplia mayoría de manuscritos de «segunda recensión»: Bi (276ra), Bk (202ra), Br (268ra), Cd (147ra), Da (199rb), Hk (233ra), In (206vb), Mc (255vb), Mm (138va), Mq (312ra), Ms (234vb), Mt (486a), Mv (421b), Mz (206rb), Pd (229vb), Pk (247rb), Pn (222vb), Ra (233vb), Sa (194va), Sb (242vb), So (223va), Sp (193rb), Tr (184vb), Tx (230ra), Va (229ra), Vb (167vb), Vd (170va), Vo (281rb), Vv (287ra); también en otros códices como, por ejemplo, París, Bibliothèque Nationale lat. 3896.2 (147va) y lat. 3907 (283ra), que poseen colecciones breves de *adiciones*. Y sólo muestran la omisión *et aliam ducere*: Bn (*add. interl.* 163ra), Cg (202ra), Ka (*add. interl.*), Kb (234va), Mc (260ra), Mk (221va), Pf² (*add. marg.* 80rb). Agradezco al Prof. Carlos Larrainzar que generosamente haya puesto a mi disposición los fondos microfilmados del Instituto de Derecho Europeo Clásico que dirige (= IDEC), con sedes en Tenerife (Islas Canarias) y Roma.

(ii) Como se ve en la tabla anterior, en C.29 q.2 faltan c.2, c.3, c.6, c.7 y c.8, así como d.a.c.8; además, d.p.c.6 es más breve, pues no presenta el período final de edF «Si uero — concilio»⁽⁶⁾. En mi opinión, cuatro datos avalan la anterioridad del texto de «primera recensión» frente al de *segunda*, o también su consideración como una redacción «más original» de Graciano.

Primero. El d.p.c.3 enlaza sin solución de continuidad con c.1. Efectivamente, ahí se lee: «Illud autem Apostoli et Iulii Pape intelligendum est»; y, sin duda, la frase se refiere al proemio de C.29 q.2, donde se cita *1 Cor 7,39*, y a la autoridad *Omnibus nobis* (= C.29 q.2 c.1) falsamente atribuida al Papa Julio I. Se podría pensar que la mención del *Papa Julio* corresponde al c.3 *Si quis*, cuya inscripción — también falsa — dice *Item Iulius Papa*⁽⁷⁾; pero, en esta hipótesis, la omisión de una explícita referencia a la autoridad del Papa Zacarías de C.29 q.2 c.2 no parece lógica⁽⁸⁾. Y, por otra parte, mientras que ese c.1 *Omnibus nobis* desarrolla la doctrina de la igualdad de los bautizados, c.3 *Si quis* argumenta desde una perspectiva jurídica extraña a la doctrina paulina; además, el supuesto de hecho de esta

(6) En Fd fol.83rb una mano distinta de la que copia la *Concordia* ha introducido dentro de su texto el final de d.p.c.6, «Si uero — poterit»; ahí se cierra C.29 sin la inscripción *Vnde in Triburiensi concilio* de C.29 q.2 c.7, que aparece en fol.155rb con los demás «complementos» que faltan para completar el texto de «segunda recensión».

(7) El fragmento *Cod. Just.* 5.4.26 (= C.29 q.2 c.3) aparece en CAD VII R 7 (*Collectio Anselmo dedicata*, años 882-896); desde entonces, en las colecciones canónicas se atribuye falsamente al *Papa Julio I* y se completa con la adición «Omnibus nobis — non dubitamus». Este «complemento» — cuyo origen se debe buscar en Burcardo de Worms o en la *Collectio in Duodecim Partes* — vuelve de nuevo a desgajarse para formar separadamente C.29 q.2 c.1, pero con la inscripción falsa. Sobre la constitución justiniana del 530 vid. J. GAUDEMET, *Le legs du droit romain en matière matrimoniale*, «Il matrimonio della società altomedievale. Settimane di studio del Centro Italiano sull'Alto Medioevo. XXIV. Spoleto 22-28 de aprile 1976» (Spoleto 1977) 139-79, en especial p.157, nota 58 (= «Sociétés et Mariage» [Strasbourg 1980] 338-78); y sobre su transmisión en las colecciones canónicas del primer milenio vid. H. HOFFMANN - R. POKORNY, *Das Dekret des Bischofs Burchard von Worms. Textstufen. Frühe Verbreitung. Vorlagen* (München 1991) pp. 213 y 250 y, más ampliamente, E. DE LEÓN, o. c. nota 1, pp.18-20.

(8) De hecho, el comentario de Paucapalea alude conjuntamente a ambas *auctoritates*: «Hoc idem auctoritate Iulii et Zachariae papae ostenditur». Cf. J. VON SCHULTE, *Paucapalea Summa über das Decretum Gratiani* (Gießen 1890 = Aalen 1965) p.119; la frase coincide con la versión del manuscrito infoliado de Admont, *Stiftsbibliothek* 389, que Schulte no consultó directamente, pero en parte usó a través de F. MAASSEN, *Paucapalea. Ein Beitrag zur Literaturgeschichte des canonischen Rechts im Mittelalter*, *SBKAW philos.- hist. Kl.* 31 (1859) 450-516.

autoridad tampoco coincide con el *casus* de Graciano: mientras que C.29 q.2 c.3 (= *Cod. Just.* 5.4.26) responde al asunto «Si quis ancillam suam libertate donauerit et in matrimonium sibi sociauerit», C.29 q.2 c.1 se interesa por el matrimonio entre persona libre y esclavo, esto es, el verdadero problema que plantea el proemio de C.29 q.2.

Segundo. El d.p.c.6 recoge la frase «Cum dicitur “sciens illum seruum”» que conecta sin solución de continuidad con C.29 q.2 c.5 (= c.8 del concilio de Compiègne del año 757); la epístola *ad Fortunatum* de Gregorio Magno (= C.29 q.2 c.6) interrumpe, pues, el desarrollo argumental de la cuestión porque — como se advierte en ese d.p.c.6 — su segunda parte valora el *casus* de la Causa teniendo en cuenta que la mujer desconocía la condición servil del varón⁽⁹⁾.

Tercero. Parece claro entonces que el pensamiento del autor del texto de «primera recensión» queda completo en d.p.c.6, pues es ahí donde responde a la segunda y última cuestión propuesta: «Quia ergo hec et persone et conditionis dolum passa est, non cogitur adhaerere ei cuius fraude decepta est»; y, al contrario, el período «Si uero — poterit» introduce un nuevo tema *no anunciado* ni al comienzo de C.29 ni en el proemio de su q.2, que además se puede resolver de forma implícita con el principio ya enunciado en d.p.c.6.

Cuarto. Ni el comienzo de C.29, ni el proemio de su q.2 proponen la discusión del problema que se plantea en d.a.c.8: «Queritur etiam si seruus unius alterius ancillam acceperit an sit coniugium inter eos»; por tanto, estamos ante un «tema nuevo», los *coniugia seruorum*, que además no encaja en el estrecho marco de las dos cuestiones que se discuten en esta parte de la *Concordia*. En este contexto, la *auctoritas* que sigue — c.30 del concilio de Chalon del año 813 (= C.29 q.2 c.8) — tampoco aporta nada: del principio de la indisolubilidad del matrimonio de dos siervos «ubi legalis coniunctio fuit et per uoluntatem dominorum» se pueden sacar pocas enseñanzas que sean aplicables al fraude o al error.

En suma, Aa 43 y Fd presentan un texto de C.29 coherente en su planteamiento y desarrollo argumental, y cerrado en cuanto a sus

(9) Sobre los textos del registro de Gregorio I en el Decreto de Graciano vid. P. LANDAU, *Das Register Papst Gregors I. im Decretum Gratiani*, «Mittelalterliche Texte Überlieferung- Befunde- Deutungen. Kolloquium der Zentralkommission der Monumenta Germaniae Historica am 28./29. Juni 1996» (Hannover 1996) 125-40.

conclusiones; los elementos que *faltan* parecen «extraños»: o bien interrumpen el discurso lógico del autor — así c.2, c.3 y c.6 — o bien introducen cuestiones no planteadas en el diseño original de la Causa, como son el bloque formado por el período «Si uero — poterit» y los tres elementos que siguen: c. 7, d.a.c.8 y c.8, que — en mi opinión — se deben considerar un añadido posterior. El pensamiento del autor, pues, es más nítido y fácil de seguir en estos códices de *primera redacción*, y éste es un argumento nada despreciable como para sospechar que nos transmiten el borrador original de la obra⁽¹⁰⁾; el contraste de este texto con sus fuentes formales arroja nuevos y más luminosos datos.

III. *Los modelos que inspiran los dicta.*

El extenso *dictum* del maestro Graciano numerado como C.29 q.1 desarrolla una teorización completa sobre la influencia del error en el matrimonio, por primera vez en la historia de las colecciones canónicas⁽¹¹⁾. El carácter *original* del pensamiento de Graciano se ha destacado habitualmente a partir de tres consideraciones: a) la tradición del primer milenio sólo conoce la figura del *error conditio-nis*; b) C.29 q.1 no incluye ninguna *auctoritas* como capítulo independiente; c) Graciano no menciona expresamente fuente alguna en el desarrollo de su discurso. Hasta hoy, sin embargo, no se ha realizado una investigación exhaustiva que determine las fuentes de ese *dictum* o señale al menos los patrones que sirvieron de inspiración a

⁽¹⁰⁾ Los *cortes* en el discurso de la *Concordia* se han valorado como indicios de las *diversas fases* en su composición, pues serían el resultado de la introducción de nuevas *auctoritates* en el texto primitivo; cf. P. LANDAU, *Gratians Arbeitsplan*, «Iuri Canonici Promovendo. Festschrift für Heribert Schmitz zum 65. Geburtstag» (Regensburg 1994) 691-707, que ha descrito con precisión bloques de *auctoritates* de momentos diversos en la composición de la obra. La coherencia interna de C.29 en Aa 43 y Fd confirma esta hipótesis.

⁽¹¹⁾ Cf. J. FREISEN, *Geschichte des kanonischen Eherechts bis zum Verfall der Glos-senliteratur* (Paderborn 1893 = Aalen 1963) donde dice: «Die Entwicklung dieses Ehehindernisses gehört, abgesehen von dem Irrtum über die Freiheit des anderen Con-trahentem, ebenfalls einer späteren Zeit an. Sie beginnt mit Gratian und Petrus Lom-bardus» (p. 277); sin embargo A. ESMEIN - R. GÉNESTAL, *Le mariage en Droit Canonique I* (Paris 1929) opina que «la théorie était préparée par la doctrine antérieure des théo-logiens», pero añade que la distinción entre los cuatro tipos de error «reposait évidem-ment sur un relevé de faits usuels et non sur un principe supérieur et scientifique» (p. 345).

su autor; la información del *apparatus* de Friedberg es a todas luces insuficiente, pues como posibles modelos del *dictum* sólo menciona dos fragmentos romanos, *Inst.* 1.9.1 y *Dig.* 2.14.1.2, y también *Gen* 29 (edF 1091-1092).

En 1900 Friedrich Thaner advirtió que las dos cuestiones formuladas sobre el « caso » *cuidam nobili mulieri* ya habían sido estudiadas por los teólogos de comienzos del siglo XII⁽¹²⁾ y, en ese contexto, el *dictum* C.29 q.1 de Graciano desarrolla su respuesta entrelazando *rationes* personales decantadas mediante el recurso a la analogía con textos del Derecho romano; el canon 43 del concilio de Tribur (año 895) — según Thaner — es la única *auctoritas* mencionada explícitamente, pero no tiene más valor que el de ser un ejemplo en el desarrollo lógico del discurso⁽¹³⁾.

En 1966 Jean Gaudemet presentó los resultados de una investigación sobre C.29 q.1 en un trabajo que fue incluido en los *Studia Gratiana*⁽¹⁴⁾: el Profesor de París buscaba los posibles modelos de la doctrina graciana sobre el error en las colecciones canónicas y en los escritos de los teólogos que son fuente del *magister decretorum* en otros campos de su reflexión sobre el matrimonio; sus comprobaciones incluyeron también los trabajos de los primeros romanistas de la Escuela de Bolonia⁽¹⁵⁾. Y dos fueron las conclusiones más sólidas

(12) F. THANER, *Die literar-geschichtliche Entwicklung der Lehre vom Error qualitatis redundans in personam und vom Error conditionis*, SBKAW philos.- hist. Kl. 142 (1900) 1-38. Del *liber II pars 11* del tratado *De sacramentis* de Hugo de San Víctor, Thaner destaca los capítulos 18 y 19 donde el maestro de París propone dos asuntos: « *utrum dolus, qui suppositio dicitur, coniugium dissolvat* » y « *utrum conditio servilis, si nesciatur, postea coniugium dissolvat* » (PL 176.520).

(13) Cf. C.29 q.1 § 4. El Decreto recoge más adelante ese c.43 de Tribur como C.34 qq.1-2 c.6, precedido del *dictum* « *Sic etiam ignorantia excusat eum qui nesciens dormiuit cum sorore uxoris* ». En Aa 43 existe ahí una glosa marginal de remisión: « *supra xxviii q.1* » (fol.187r); en Fd C.34 qq.1-2 constan únicamente de c.1 y c.2 (fols.100ra-100vb) y c.6 aparece en los complementos finales (fol.163rb).

(14) J. GAUDEMET, *Droit canonique et droit romain à propos de l'erreur sur la personne en matière de mariage*, SG 9 (1966) 45-64 (= *Sociétés et mariage* [Paris 1980] 320-37). Los diversos tipos de error de C.29 también fueron estudiados por W. PLÖCHL, *Das Eherecht des Magisters Gratianus* (Wien 1930), especialmente pp.55-58, para quien la clasificación de la *Concordia* implica un pleonasmio: al error en la persona se oponen tres tipos de error en cualidad; en su opinión: « *Der Sklavenstand ist ebenso wie der Reichtum eine Eigenschaft, die einer Person anhaften kann* » (p.55).

(15) Las obras examinadas por Gaudemet son: a) *Panormia* (IP) y *Decretum* (ID) de Ivo de Chartres; b) los tratados de Guillermo de Champeaux, Pedro Abelardo y Hugo de San Víctor, entre los teólogos de la primera escolástica; c) el *Brachylogus*,

de aquella investigación: *a)* la distinción entre cuatro tipos de error y la consideración de que sólo el *error personae* y el *error conditionis* excluyen el consentimiento matrimonial — nervio central de la doctrina expuesta en el *dictum* — no se encuentran en ninguno de los escritos examinados por Gaudemet; *b)* al construir su teoría del error, Graciano parece inspirarse en los textos del Derecho romano sobre el error en la compraventa⁽¹⁶⁾. Sin embargo, Gaudemet se lamentaba de «ne pouvoir ni affirmer avec certitude la pleine originalité de son auteur dans cette mise en oeuvre de matériaux romains, ni préciser la source à laquelle il aurait puisé» (p.60); y entonces, haciendo eco al sentir de los decretistas de la Escuela de Bolonia, no dudó en subrayar el carácter *personal* de la reflexión graciana por su misma contextura lógica y conceptual⁽¹⁷⁾. En suma, el maestro francés sugería una pista para sopesar la «originalidad» o no del *dictum*, íntegramente recogido en los manuscritos Aa 43 y Fd.

Con esta investigación a la vista, expongo ahora los modelos y referencias que — a mi entender — pudieron servir de inspiración a Graciano en esta materia; para presentar los textos ordenadamente aludiré por separado a cada uno de los siete párrafos que se pueden distinguir en la edición de Friedberg.

(i) C. 29 q.1 «Cuidam nobili — ab illo discedere». El *casus* que propone Graciano conecta con la compleja casuística que motivó las prohibiciones civiles de los matrimonios desiguales; la originali-

las *Exceptiones Petri*, la *Summa Codicis* de Irnerio y una *Summa Institutionum* de autor incierto, entre las obras de los primeros legistas boloñeses. Cf. J. GAUDEMET, *o. c.* nota 14, pp.51-56 especialmente.

⁽¹⁶⁾ Esta observación concuerda con A. ESMEIN - R. GÉNESTAL, *o. c.* nota 11; en su opinión, Graciano construye su reflexión sobre el *dissensus*, la violencia (*vis, metus*) y el error (*error personae, error conditionis*) «en grande partie à l'aide des règles du droit romain sur les vices du consentement dans les contrats consensuels et de bonne foi. Elle suppose la connaissance exacte du droit romain et n'apparaît bien nette qu'au XII^e siècle» (p.334).

⁽¹⁷⁾ Así, por ejemplo, según *magister* Rolando: «Prima quaestio magis rationibus quam auctoritatibus probatur»; cf. F. THANER, *Die Summa Magistri Rolandi nachmals Papstes Alexander III. nebst einem Anhang Incerti Auctoris Quaestiones* (Innsbruck 1874 = Aalen 1973) p.143, aun con las reservas críticas con que se debe utilizar esta edición según S. KUTTNER, *Did Rolandus of Bologna write a «Stroma ex Decretorum corpore carptum»?*, BMCL 20 (1990) pp.69-70 y R. WEIGAND, *o. c.* nota 2 pp.33-34. Paucapalea se expresaba en parecidos términos: «Nota quia quaestio magis rationibus quam auctoritatibus terminatur»; cf. J. VON SCHULTE, *o. c.* nota 8, pp. 239-40, coincidente con el manuscrito infoliado de Admont, *Stiftsbibliothek* 389.

dad del *magister decretorum* parece estar en que plantea un supuesto donde confluyen diversos problemas, no siempre bien delimitados en la tradición del primer milenio: la condición desigual de los cónyuges (origen del impedimento secular), la equivocación en su identidad física, el fraude con dolo y, por último, el error en la condición servil⁽¹⁸⁾. En su conjunto el « caso » se considera a la luz del principio consensual, fundamento de la « novedosa » doctrina de los cuatro tipos de error que se formula en q.1; después, el estudio del *error conditionis* en q.2 servirá también para recordar el principio que intentaron imponer los cánones: la validez de los matrimonios serviles y de las uniones desiguales. En suma, detrás de esta construcción jurídica se entrevé una discusión práctica en la Escuela, sobre los materiales de las antiguas colecciones canónicas, en favor de la igualdad de los seres humanos.

(ii) C.29 q.1 « Quod autem — coniuges sunt appellandi ». Como era habitual, la *responsio* se construye dialécticamente mediante la sucesión de argumentos *pro* y *contra*. El maestro comienza afirmando la validez del matrimonio desigual, y para eso utiliza textos y principios romanos pero sin ninguna cita explícita; en concreto: primero, la definición de Modestino (*Inst.* 1.9.1), que ya había transcrito al comienzo de su exposición sobre el matrimonio (C.27 q.2 *pr.*) y que fue recogida en las colecciones canónicas a partir de Ivo de Chartres (ID 8.1 = IP 6.1)⁽¹⁹⁾; segundo, el principio « consensus utriusque

(18) Desde la primera decisión del Papa Calixto en el siglo III, los textos sobre uniones serviles son numerosos, pero de contenido variado. Las grandes colecciones canónicas del primer milenio conservan una gran parte; entre otros vid. Benedicto Levita 2.20 y 3.54; RP 2.118-122, 204, ap.3.46; DB 9.18-19, 26-27, 9.29, 75; ID 8.27, 52-58, 156-157, 164-165, 167, 212, 16.335; IP 6.37-42, 99, 110-111. Cf. una amplia exposición de sus contenidos en A. DE MAÑARICÚA, *El matrimonio de los esclavos. Estudio histórico-jurídico hasta la fijación de la disciplina en el Decreto de Graciano* (Roma 1940).

(19) Vid. G. PICASSO, *I fondamenti del matrimonio nelle collezioni canoniche*, « Il matrimonio nella società altomedievale. Settimane di studio del Centro Italiano sull'Alto Medioevo. XXIV. Spoleto 22-28 de aprile 1976 » (Spoleto 1977) 191-231, que localiza ese texto romano en la *Colección en Cinco Libros* (Vat. lat. 1348, capítulo 4.1.1) y en la *Colección en Nueve Libros* del código vaticano C 118 del *Archivio di San Pietro*. Las colecciones de Ivo de Chartres influyeron también en los teólogos de París; cf. H. REINHARDT, *Die Ehelehre der Schule des Anselms von Laon. Eine theologie- und kirchenrechtsgeschichtliche Untersuchung zu den Ehetexten der frühen pariser Schule des 12. Jahrhunderts. Anhang: Edition des Ehetraktates der Sententie Magistri A.* (Münster 1974), en cuyo tratado del año 1120 recoge la definición romana del matrimonio como primer texto.

matrimonium facit», que la obra de Graciano formulará como «consensus facit matrimonium» (C.27 q.2 *pr.*) y cuya inspiración remota se ha de buscar — aparte otros textos recordados también por Graciano en C.27 q.2 c.1, C.27 q.2 c.4 y C.27 q.2 c.6 — en los fragmentos de Ulpiano *Dig.* 50.17.30 (= PC 6.4.69) y *Dig.* 35.1.15⁽²⁰⁾, como sugiere la expresión *secundum leges* de la conocida respuesta a los búlgaros del Papa Nicolás (= C.29 q.2 c.3)⁽²¹⁾.

(iii) C.29 q.1 § 1: Para contradecir la validez de tales matrimonios, Graciano resalta la ineficacia del consentimiento prestado por error; sus palabras tienen una clara resonancia romana, pero una vez más no cita directamente ninguna fuente. En efecto, el maestro comienza recordando una definición de *consensus* que es prácticamente idéntica a la de Ulpiano (lib. 4 *ad Edictum*; *Dig.* 2.14.1.2 = *Inst.* 2.13.1.1); y su razonamiento continúa con argumentos que también proceden de las *leges* romanas, pues la frase de Graciano «qui autem errat non sentit, nec ergo consensit» pudo tener su origen en *Dig.* 50.17.116.2: «Non videntur qui errant consentire», o bien en *Dig.* 39.3.20: «Sed hoc ita, si non per errorem aut imperitiam deceptus fuerit: nulla enim voluntas errantis est». A continuación Graciano argumenta con el principio «quia non fuit ibi consensus utriusque, sine quo nullum matrimonium esse potest», que evoca el texto C.30 q.2 c.un: un *caput incertum* donde se resuelve el problema de la validez de los esponsales *ante septenium*, cuyo sumario remarca el carácter recíproco del consentimiento: «Ubi non est consensus utriusque, non est coniugium»⁽²²⁾; este texto procede de IP 6.122

(20) Sobre el consentimiento en los esponsales cf. *Dig.* 23.1.4: «Sufficit nudus consensus ad constituenda sponsalia»; y *Dig.* 23.1.11: «Sponsalia, sicut nuptiae, consensu contrahentium fiunt: et ideo, sicut nuptiis, ita sponsalibus filiasfamilias consentire oportet».

(21) Sobre esta decretal, el *apparatus* de Friedberg aporta esta relación de concordancias: *Ans.* 10.30 = IP 6.107 = TrB 3.15(16).17 = *Caes.* 10.27; sobre la recepción del derecho teodosiano durante los siglos VI al IX en las colecciones canónicas, vid. J. GAUDEMET, *o. c.* nota 7, para quien «ce droit romain tardif fournit à l'Église des solutions en ce qui concerne la formation du lien matrimonial et plus encore en matière d'interdiction de mariage teneant aux conditions sociales et à la parenté» (p.150).

(22) Cf. también *Dig.* 23.1.14: «In sponsalibus contrahendis aetas contrahentium definita non est, ut in matrimoniis: qua propter a primordio aetatis sponsalia effici possunt; si modo id fieri ab utraque persona intelligatur, id est, si non sint minores, quam septem annis».

y más tarde fue recogido en X 4.2.2. Y, finalmente, para ejemplificar la ineficacia del consentimiento viciado por error, el maestro menciona el *casus* de quien es ordenado por quien piensa que es obispo y en realidad es laico; este problema se había considerado en D.68 donde «queritur de illis qui ordinantur ab eis quos non constat fuisse episcopos an sint iterum consecrandi an non?»; según Graciano, al igual que un sujeto así no se puede considerar *ordinatus*, la mujer engañada «nulli est copulata coniugio».

(iv) C.29 q.1 § 2. Este fragmento es el núcleo central del *dictum*: a partir de la objeción «non omnis error consensum euacuat», Graciano distingue cuatro tipos de error y determina la influencia de cada uno de éstos en la formación del matrimonio. Este párrafo y los dos siguientes (§§ 2-4) se dedican al *error personae* por extenso; los errores *qualitatis et fortunae* se analizan en el § 5, y el *error conditionis* será la materia de C.29 q.2. ¿Qué textos inspiran esta doctrina del maestro?

El Prof. Gaudemet destacó, por ejemplo, la similitud que existe entre el error en la integridad física y moral de la mujer — que Graciano presenta como justificación del principio «non omnis error consensus euacuat» — y el error *in sexu* de *Dig.* 18.1.11; aquí la venta de una esclava es válida siempre que no se produzca error en el sexo y, al contrario, si «ego me virginem emere putarem, cum esset iam mulier, emptio valebit»⁽²³⁾. Pero ciertamente es difícil determinar con exactitud la fuente que sirvió de inspiración a Graciano para diferenciar los cuatro tipos de error: es verdad que sus predecesores consideraron los problemas derivados de la *conditio servil*⁽²⁴⁾, pero las colecciones del primer milenio no hablan de error en la *persona*, ni en la *calidad*, ni en la *fortuna*; es probable, pues, que los conceptos sean *originales* del maestro. No obstante, en su

(23) Cf. J. GAUDEMET, *o. c.* nota 14, p.57. La expresión *error in materia*, usada por Graciano en su *dictum*, fundamenta esta explicación, pues el principio «quia in sexu error est, nulla emptio, nulla venditio est» se construye sobre la discusión del «error en la materia» en el mismo fragmento *Dig.* 18.1.11 y en el cercano *Dig.* 18.1.14.

(24) Además de los textos citados en la nota 18, cf. las cartas 221 y 242 de Ivo de Chartres estudiadas por B. BASDEVANT-GAUDEMET, *Le mariage d'après la correspondance d'Yves de Chartres*, RHDFFE (avril-juin 1983) 195-215; sin embargo, F. THANER, *o. c.* nota 12, p.2, señaló que la misma terminología *error conditionis* es también original de Graciano, pues el *magister decretorum* la utiliza para referirse al *error qualitatis* del tratado *De sacramentis* de Hugo de San Víctor.

distinción cuádruple, laten las discusiones de los teólogos y romanistas contemporáneos; el tratado *De sacramentis* de Hugo de San Víctor se suele citar como la obra que por vez primera habla de un «error en la persona»⁽²⁵⁾, al tiempo que los textos romanos aportaban las nociones de *error in corpore* y *error in materia* en *Dig.* 18.1.9, *Dig.* 18.1.14 y *Dig.* 18.1.11. En todo caso me parece importante destacar ahora que Graciano hace una *interpretación personal* de los conceptos romanos, como se puede comprobar en los dos ejemplos que preceden a su conclusión final: «sicut ergo hic error materie excludit consensum sic et in coniugio error persone»; veamos separadamente estos supuestos.

El primero es el caso de quien concierta la venta de un *agrum* con Marcelo y, en el momento de concluir el contrato, se presenta Paulo diciendo que es Marcelo; es decir: el vendedor se equivoca sobre la identidad física del comprador — cree que es Marcelo, cuando en realidad es Paulo — y no confunde la identidad de la cosa objeto de contrato; esta segunda confusión, si se diera, es en efecto el *error in corpore* del que hablaba Ulpiano (*Dig.* 18.1.9. *pr.*), cuando no coincide el fundo «Semproniano» que uno cree estar vendiendo con el fundo «Corneliano» que la otra parte cree estar comprando. Ahora bien, el *error personae* del comprador que describe C.29 q.1 ha sido adaptado por Graciano — y forzado en cierto modo — al problema que intenta resolver, de manera que propiamente las *leges civiles* nunca considerarían el ejemplo de C.29 q.1 como *error in corpore*, ni como *error in materia*; sin embargo esa adaptación, aunque fuerce el sentido de las referencias romanas, tiene plena lógica aplicada al matrimonio canónico donde los cónyuges son al mismo tiempo *objeto* y *sujeto* del pacto. Según Graciano, pues, en el matrimonio el «error en la persona» es un verdadero *error in corpore*.

(25) Para J. GAUDEMET, *o. c.* nota 14: «Ce n'est qu'avec Hugues de Saint Victor que l'erreur sur la persone est considérée plus largement. Mais, moraliste et théologien, Hugues se place au point de vue de la fraude»; y añade más adelante: «Le ch. 19 à propos de la classique erreur sur la liberté du conjoint reprend la solution habituelle, mais ici encore la justifie par le dol qui a vicié le consentement» (p.54). La conexión con el pensamiento de Graciano es evidente; por ejemplo, basta pensar en la rúbrica *de coniugiis dolo et fraude* — que en Aa 43 precede a C.29 — y en la solución que C.29 q.2 da al supuesto del *error conditionis*: «Quia hec ergo et personae et conditionis dolum passa est, non cogitur adherere ei cuius fraude decepta est» (C.29 q.2 d.p.c.6). Y, por otra parte, el dolo y el fraude también fueron considerados por los teólogos de la escuela de Laon; cf. H. REINHARDT, *o. c.* nota 19, pp.103-104.

El segundo ejemplo recuerda el error *in materia* ⁽²⁶⁾ de los textos romanos (*Dig.* 18.1.9.2 y *Dig.* 18.19.14); aquí no existe equivocación en la identidad física de la cosa objeto del contrato, pero sí *error in substantia*, error en su sustancia: esto sucede cuando alguien promete que me entregará oro y «pro auro offerret mihi auricalcum et ita me deciperet», un supuesto que concuerda también con los ejemplos de Ulpiano. Por tanto, aquí Graciano respeta y mantiene el concepto romano sin alteraciones; pero su aplicación al *casus* de C.29 no parece tan clara: la mujer se equivoca en la identidad física de la otra parte, y no tanto en la cualidad de quien tiene delante (si es noble o siervo); así lo dan a entender las palabras del maestro: «Non enim consensit in hunc set in eum quem hunc putabat esse». Así pues, Graciano habla siempre de un *error in corpore*, difícilmente asimilable al *error in materia* o bien al *error in qualitate* romanos ⁽²⁷⁾.

(v) C.29 q.1 § 3: Tras elaborar su particular concepto de *error personae*, Graciano formula una objeción a partir de *Gen* 29, esto es, considerando el matrimonio entre Jacob y Lía, porque claramente existe ahí una sustitución de personas («Lia esset sibi supposita») pero el matrimonio es válido; para salvar el principio de la eficacia invalidante del *error personae*, el *magister* distingue un primer consentimiento *precedens* y otro segundo *subsequens* que, una vez sanado del error, es lo que convierte en marido y mujer a los personajes de la historia sagrada ⁽²⁸⁾.

(vi) C.29 q.1 § 4: El estudio sobre el error se cierra ahora con la presentación de tres ejemplos con implicaciones teológico-morales, que

⁽²⁶⁾ Se denomina también *error in qualitate* en *Dig.* 18.1.14; siglos después la edición del *Corpus Iuris Civilis* de DIONISIO GODOFREDO incluye esta glosa: «*Materia et qualitas hic pro eodem*» (ed. Antverpiae 1726, p. 355).

⁽²⁷⁾ F. THANER, *o. c.* nota 12, advirtió ya esa «confusión» de Graciano: «Der Irrthum im Genus ist kein Irrthum in der Person oder im Gegenstande (*corpus*)» (p. 4); en su opinión, esto provocó un incorrecto entendimiento del *error qualitatis redundans in personam* a partir de Pedro Lombardo, corregido más tarde por Tomás Sánchez (p. 26).

⁽²⁸⁾ Entre las fuentes que nutren los *dicta* de Graciano T. LENHERR, *o. c.* nota 1, p. 104 y E. DE LEÓN, *o. c.* nota 1, p. 231 mencionan la *Glossa Ordinaria* a la Biblia; A. WINROTH, *o. c.* nota 2, ha comprobado que el único fragmento que en C.24 deriva de esta obra aparece en los manuscritos de «primera recensión» (p. 27). Sin embargo, el comentario de Anselmo de Laon al Antiguo Testamento no destaca este aspecto de la «historia sagrada»; cf. PL 113.155-57, donde se comenta *Gen* 29.

subrayan la nota fraudulenta que en el caso acompaña al *error personae*; de hecho Graciano concluirá definitivamente su razonamiento diciendo que la mujer «*decepta errore, non in hunc set in eum quem iste se mentiebatur esse consensit*». La enseñanza de los tres supuestos pretende mostrar que el fraude siempre excusa al que obra de buena fe, porque el engañado consiente en aquello que le ha sido presentado dolosamente, y no en lo que realmente es la cosa; veamos cada uno de estos ejemplos.

a) Existe dolo y fraude cuando el varón conoce carnalmente a la hermana de su mujer que se introduce furtivamente en el lecho matrimonial, «*utroque inscio, sorore uidelicet et marito*»; éste era el asunto considerado por el c.43 del concilio de Tribur (año 895), bien conocido en las colecciones canónicas del primer milenio (RP 2.207 = DB 17.4), y que el Decreto recoge también en C.34 q.1 y C.34 q.2 c.6, aunque en C.29 q.1 únicamente se menta en las palabras «*illa auctoritate*» de modo genérico.

b) El texto 2 *Cor* 11,14 inspira el segundo ejemplo de engaño fraudulento: Satanás, transformado en ángel de luz puede ofrecer a alguien participar de su aparente beatitud; quien así es engañado y acepta, ¿ha consentido en un «*consortium diabolice dampnationis*»? o ¿no es más cierto que consiente en la «*participatio eterne claritatis*»? Tradicionalmente el fragmento paulino era citado en las *auctoritates* que describían los pecados contra la virtud de la religión; la obra de Graciano recoge algunas de las más difundidas: un canon del concilio de Ancira (C.26 q.5 c.12 § 2 = RP 2.371, 373 y 374 = DB 9.11 = ID 11.30 = IP 8.75) y un texto de San Agustín (C.26 q.5 c.14 [10] = DB 10.42 y 44 = ID 11.67 y 69 = IP 8.65 y 67 = TrB 3.21).

c) Por último, los engañados por un hereje que se hace pasar por autor de recta doctrina — como San Agustín, San Ambrosio o San Jerónimo, dice Graciano — no están consintiendo en la enseñanza herética sino en la «*integritatem catholice fidei quam ille hereticus se mentiebatur habere*»; en el sumario de C.24 q.3 c.29 — que recoge una epístola de San Agustín — se formula un principio similar: «*Non sunt heretici quia non sua audacia set aliena reducuntur in errorem*».

(vii) C.29 q.1 § 5. Como ya he dicho, C.29 q.1 concluye con el estudio del *error fortunae* y del *error qualitatis*: en la medida que no excluyen absolutamente el *consensus*, tampoco provocan la invalidez del matrimonio. Una vez más, Graciano recurre a la analogía y como único argumento de su conclusión propone dos casos, cuya solución traslada al

matrimonio: a) Es válida la aceptación de una prelatura que se cree rentable y luego resulta que es menos rica; de igual modo que no se acepta «la renuncia a la aceptación» por ese tipo de error, el consentimiento matrimonial viciado por un *error fortunae* es suficiente para su validez. b) Y análogamente el *error qualitatis* tampoco desvirtúa el consentimiento: la venta de una viña estéril o de un campo infértil no se puede rescindir sólo porque el comprador creyó que era más fértil; de igual manera, según Graciano, quien elige como esposa a una prostituta creyendo que es una mujer casta o virgen no podrá luego repudiarla.

En suma, recapitulando se puede decir que C.29 q.1 es un «tratado» que descansa sobre dos tipos de fuentes: textos romanos⁽²⁹⁾ y principios provenientes de la especulación teológico-moral apoyada en la Sagrada Escritura; el texto de los manuscritos Aa 43 y Fd nos muestran sin duda a un experto conocedor del Derecho romano, porque maneja los conceptos y nociones con tanta soltura como seguridad⁽³⁰⁾. ¿Por qué Graciano prefirió los textos sobre la compraventa frente a otros más específicos sobre el matrimonio? Gaudemet planteó la cuestión a propósito del extenso pasaje del *Epitome Juliani* 36.133.3 — que repite la solución de la *Novella* 22 c.10 y c.11 — recogido en dos ocasiones por Ivo de Chartres (ID 8.56 y IP 6.110)⁽³¹⁾

(29) Pero este *dictum* C.29 q.1 no es equiparable a los «petits traités» de Derecho romano que estudió J. RAMBAUD, *Les Legs de l'Ancient Droit: Gratien*, HDIEO 7 (Paris 1965) 47-129, especialmente pp.126-29. Sobre los concretos *modelos teológicos* de Graciano conviene recordar las matizaciones de P. LANDAU, *Gratien und die Sententiae Magistri A.*, «Aus Archiven und Bibliotheken. Festschrift für Raymond Kotje zum 65. Geburtstag» (Frankfurt a. Main - Bern - New York - Paris 1992) 311-26, especialmente p.322; y, con todo, en el *Apéndice I* de este estudio, Landau ha demostrado las dependencias de Graciano respecto de las *Sententiae* de Ailmerus para C.27 q.2 c.16 y c.17.

(30) Este hecho apoya la intuición de A. VETULANI, *Nouvelles vues sur le Décret de Gratien*, «La Pologne au Xè Congrès international des sciences historiques à Rome» (Warszawa 1955) 83-105 (= *Sur Gratien et les Décrétales* [Aldershot 1990] No. V con *Addenda et corrigenda* pp.13-15) para quien «le plan de Gratien prévoyait sciemment l'omission des prescriptions publiées par les empereurs romains» (p.96).

(31) Cf. ID 8.56, cuya rúbrica dice: «Si quis per errorem duxerit ancillam uxorem, liberam esse putans, vel si qua servum duxerit maritum, non subsistere tales nuptias. Novellarum constitutionum trigesima septima». El texto se recoge entre las *Sententiae Magistri A.*, número 95 según la edición de H. REINHARDT, *o. c.* nota 19, p.195; también aparece en una *Summa Sententiarum septem tractatibus distincta* atribuida a Hugo de San Víctor, introducido con esta rúbrica: «Inter servum et liberam, et liberum et ancillam, iuxta Romanas leges prohibentur fieri coniugium» (= tratado VII.17.1; PL 176.165).

y, sin embargo, «olvidado» por Graciano⁽³²⁾. A mi entender, la construcción de Graciano atiende directamente al principio de la validez del consentimiento de ambas partes, en paridad de igualdad por su entidad personal, y no parece que este principio sea el sentir de ese fragmento romano, que incluso afirma la nulidad del matrimonio *ab initio* por la *inaequalitatem fortunae*⁽³³⁾; por otra parte, la intensa utilización de las colecciones de Ivo de Chartres y los probados conocimientos del Derecho romano hacen poco creíble que el autor de la *Concordia* no hubiera reparado en ese texto: más que de un *negligente descuido* del maestro hay que afirmar — en mi opinión — su *total originalidad personal* en la construcción doctrinal.

Y ¿qué textos pudieron inspirar los tres *dicta* que aparecen en C.29 q.2 de Aa y Fd? En d.a.c.1, como fundamento de la validez de las uniones entre persona libre y siervo, Graciano recuerda la doctrina paulina sobre la igualdad de los cristianos y sobre la libertad para contraer matrimonio; los conocidos pasajes *Gal* 3,28, su lugar paralelo *Col* 3,11, y *1 Cor* 7,39 son los más concordes con la literalidad del *dictum* del maestro, cuyo eco resuena también en la frase final «Non precipitur ut ingenua nubat ingenuo, ancilla seruo, set quelibet earum qui uult dummodo nubat in Domino»; pero esta interpretación de los textos sagrados no se encuentra en la *Glossa Ordinaria* al Nuevo Testamento⁽³⁴⁾. Por otra parte, los *dicta* p.c.3 y p.c.6 se construyen en diálogo con los demás elementos de C.29: en ellos no se cita ninguna *auctoritas* de modo directo ni indirecto y, en este caso, las mismas *auctoritates* que colecciona Graciano ac-

(32) Cf. J. GAUDEMET, *o. c.*, nota 7, especialmente pp.159-76. En ocasiones *acusa* a Graciano de «ingenuidad» en el uso del Derecho romano, al tiempo que valora esos textos de la antigua Jurisprudencia como uno de los factores decisivos en la creación de las *originales* soluciones del derecho canónico clásico; y así, por ejemplo, llega a decir: «L'apport majeur de Rome est incontestablement la conception consensualiste du lien matrimonial et sur ce point le droit canonique médiéval a transmis au monde moderne l'héritage romain» (p.175). Pero, ciertamente esta opinión es un punto de vista bastante «contestable».

(33) Cf. Novella 22.10: «Si vero ab initio putaverit aliquis liberae iungi personae, illa vero famula postea declaretur existens: non dicimus solvi matrimonium, sed ab ipso initio neque matrimonium fieri, secundum prius a nobis dictam causam, propter inaequalitatem fortunae».

(34) Cf. PL 114.577, 614 y 531-32. Sobre el estudio de la Sagrada Escritura en los siglos medios vid. M. GIBSON, «*Artes*» and *Bible in the Medieval West* (Aldershot 1993) y J. CHÂTILLON, *D'Isidore de Séville à Saint Thomas d'Aquin. Etudes d'histoire et de théologie* (London 1985).

túan como fuente de inspiración de su pensamiento; tan sólo la especial relevancia que se concede al fraude en d.p.c.6 sugiere una vez más alguna influencia de teólogos y moralistas, tal vez la obra *De sacramentis* de Hugo de San Víctor.

IV. *Las fuentes de las auctoritates.*

Al considerar las *unmittelbare Quellen* de C.29 q.2, las *fuentes formales* de las *auctoritates* coleccionadas por Graciano, los trabajos del Prof. Peter Landau son el necesario punto de partida de la investigación, aunque ahora sus conclusiones deben ser contrastadas desde la nueva perspectiva que aporta el descubrimiento de Winroth. Los capítulos de la *primera fase* de composición de la obra procederían probablemente de dos colecciones canónicas bien determinadas: la *Panormia* de Ivo de Chartres y el *Polycarpus* de Gregorio de San Grisógono; pero la comparación del texto de Aa 43 y Fd con algunos manuscritos de la *Panormia* aporta también informaciones valiosas que tal vez merecen ahora algunos comentarios.

En un artículo sobre los matrimonios entre personas libres y esclavos en el *Decretum* de Burcardo de Worms y en el Decreto de Graciano, Peter Landau formuló ya una primera hipótesis sobre las fuentes formales de C.29 q.2 cc.1-5: Graciano tomó esas *auctoritates* de la *Panormia* de Ivo de Chartres (IP 6.37, 6.41 [6.111] y 6.42), a excepción del fragmento C.29 q.2 c.2 que procede de la *Collectio Tripartita* 1.59.2 de Ivo⁽³⁵⁾. Pero, al exponer las conclusiones de un análisis

(35) Cf. P. LANDAU, *Die Eheschliessung von Freien mit Unfreien bei Burchard von Worms und Gratian. Ein Beitrag zur Textkritik der Quellen des kanonischen Rechts und zur Geschichte christlicher Umformung des Eherechts*, «Cristianità ed Europa. Miscellanea di Studi in Onore di Luigi Prosdocimi» I (Roma - Freiburg - Wien 1994) 453-61, donde dice: «Gratian hat wohl den gesamten Block c. 3-5 der *Panormie* entnommen, da auch dort diese Kapitel in demselben Umfange aufeinanderfolgen» (p.458, nota 23), y sobre C.29 q.2 c.1 afirma que Graciano «als unmittelbare Quelle wohl die *Panormie* vor sich hatte» (p.459); más adelante señala que, si bien el *Decretum* de Ivo (= ID 8.53) y la *Tripartita B* (= TrB 3.15[16].40) recogen el texto C.29 q.2 c.2, sólo *Tripartita A* 1.59.2 presenta una «wörtliche Übereinstimmung mit Gratian — auch in der Inskription auf Papst Zacharias. Gratian hat hier also seinen Text aus Ivos *Tripartita* bezogen und nichts daran verändert, selbst das *excepta causa fornicationis* rezipiert» (pp.460-61). Por amable gentileza del Prof. Martin Brett (Cambridge University) he utilizado el borrador de su edición crítica de la *Tripartita* y así he comprobado la coincidencia entre las inscripciones de TrA 1.59.2 y C.29 q.2 c.2 y la correspondencia sustancial entre sus tex-

comparativo más amplio entre el texto de Friedberg y la tradición manuscrita de las colecciones pregracianas, Landau advirtió las dependencias del maestro de Bolonia respecto de la *Colección en Tres Libros* (3L 3.11.90) para C.29 q.2 c.6; luego aclaró también el origen de C.29 q.2 c.7 y c.8 como textos procedentes de la *Panormia* de Ivo (IP 6.99 y 6.40) ⁽³⁶⁾. Los argumentos que Landau aporta son convincentes: las *auctoritates* proceden de colecciones que Graciano utilizó efectivamente, la extensión de su texto es similar, además aparecen en sucesión coincidente y, en algunos casos, existe hasta una correspondencia literal; antes de cualquier ulterior verificación de esta hipótesis, su contraste con la estructura formal de la *Concordia* de Aa 43 y Fd permite formular tres conclusiones provisionales:

(i) De los seis capítulos de C.29 q.2 que — según Landau — proceden de la *Panormia*, sólo tres se recogen en Aa 43 y Fd: c.1, c.4, c.5; en principio, pues, estos textos de «primera recensión» son los que pertenecen a la *primera fase* de composición de la *Concordia*.

(ii) Y c.3, c.7, c.8, que también procederían de la *Panormia*, aparecen en las *exceptiones* de Aa 43 y entre los *complementos* de Fd; así pues, su introducción en C.29 q.2 corresponde a un *momento posterior* a la *primera fase* de composición de la obra, aunque posiblemente cercano al momento de su redacción inicial.

(iii) Por último, los capítulos que derivan de la *Tripartita A* (C.29 q.2 c.2) y de la *Colección en Tres Libros* (C.29 q.2 c.6) tampoco son de la «primera recensión» de C.29 q.2: Fd y Aa 43 los incluyen entre sus *complementos* y *exceptiones*; y este dato resulta coherente con su presencia en colecciones canónicas que sólo se utilizaron en una *segunda fase* de la composición del *Decretum*, según la hipótesis de Landau.

tos; no me parece que la discordancia de los sumarios — «De libero si ancillam duxerit», se lee en TrA — sea argumento suficiente para desautorizar la tesis de Landau.

⁽³⁶⁾ Cf. P. LANDAU, *o. c.* nota 10, p.699, donde contradice a J. ERICKSON, *The Collection in Three Books and Gratian's Decretum*, BMCL 2 (1972) 67-75, para quien Graciano tomó C.29 q.2 c.4, c.7 y c.8 de 3L 3.11.119, 3.11.120 y 3.11.121; Landau consulta el manuscrito de Pistoia, Biblioteca Capitolare 135 de la *Colección en Tres Libros* y concluye de modo inequívoco: «bei c.4 fehlen in der Parallelstelle 3L 3.11.119 (fol.211ra) Gratians letzte Sätze: *Si autem ancillam ... facere debet* (...) Bei c.7 fehlt in 3L Gratians erster Satz: *Perlatum est — quesitum est* in der Parallelstelle 3L 3.11.120 (fol.211rab). Bei c.8 hat die Parallelstelle 3L 3.11.121 (fol.211rb) nicht die Inschrift *in concilio Cabillonensi*» (p.699, nota 26).

Estos son, pues, los datos que deben orientar cualquier indagación ulterior. A mi entender, existen indicios suficientes como para dar por buena la hipótesis de Landau en algunos aspectos; así, por ejemplo, la versión del texto de Aa 43 y Fd confirma tres de sus afirmaciones sobre el modo en que Graciano utilizó sus fuentes inmediatas:

(i) Al Graciano de «primera recensión» hay que atribuir la división del fragmento *Cod. Just.* 5.4.26 que, probablemente desde Burcardo de Worms (= DB 9.18), se transmitía como la suma del texto *Si quis ancillam* de Justiniano — falsamente atribuido al Papa Julio I — y el añadido «Omnibus nobis — non dubitamus» (1CDP 8.19 = 2CDP 9.18 = ID 8.156 = IP 6.37 = PC 6.4.8); sin embargo, en Aa 43 y Fd aparece únicamente esta segunda adición como C.29 q.2 c.1⁽³⁷⁾.

(ii) En C.29 q.2 c.1 los códices Aa 43 y Fd incluyen el período «Si autem — dimitti poterit», que no existe en IP 6.37⁽³⁸⁾, aunque esta colección parece ser la fuente formal de Graciano⁽³⁹⁾; Landau ya puso de relieve el error de los *Correctores romani* cuando decían: «Haec usque ad finem habentur quidem in Panormia, sed non apud Burchar-

(37) Cf. P. LANDAU, *Die Eheschliessung*, o. c. nota 35, p.459, donde describe el trabajo de Graciano: «Gratian hat offenbar erkannt, daß die bei Burchard dem Codextext angefügte Begründung *Omnes nobis unus pater — dubitamus* ein allgemeines Prinzip enthielt. Er trennt daher Burchards Begründung vom Codextext, wobei er als unmittelbare Quelle wohl die Panormie vor sich hatte, und stellt Burchards Erweiterung als eigenes Kapitel mit der Rubrik *Licet servis matrimonia contrahere* an den Anfang. Diesen Grundsatz verstärkt er dadurch, daß er das Kapitel um einen Satz erweitert, der ein ausdrückliches Verbot der Verstoßung eines unfreien Ehepartners enthält» (p.459); el razonamiento concuerda plenamente con el pensamiento del autor de C.29 q.2 de «primera recensión».

(38) PC 6.4.8 tampoco incluye esa frase. Agradezco al Dr. Detlev Jasper que me facilitara los textos de la edición del Polycarpus que *Monumenta Germaniae Historica* prepara en Munich; por lo demás, vid. U. HORST, *Die Kanonensammlung Polycarpus des Gregor von S. Grisogono. Quellen und Tendenzen* (*Monumenta Germaniae Historica. Hilfsmittel* 5; München 1980).

(39) He podido consultar un total de nueve manuscritos de la *Panormia*: a) dos manuscritos españoles: Burgo de Osma, Biblioteca de la Santa Iglesia Catedral 8 = O (infoliado) y Vich, Archivo Capitular 95 = V; b) siete manuscritos de München, Bayerische Staatsbibliothek *Clm.* 2593 = M1, *Clm.* 4545 = M2, *Clm.* 6354 = M3, *Clm.* 11316 = M4, *Clm.* 17099 = M5, *Clm.* 17100 = M6, *Clm.* 28223 = M7. En todos he comprobado que se da la mencionada omisión: O, M1 (112v), M2 (103vb), M3 (71r), M4 (79r), M5 (59r), M6 (217r), M7 (88vb) y V (82ra).

dum et Ivonem»⁽⁴⁰⁾. Esta «ampliación» de Aa 43 y Fd prueba que estamos ante una corrección original del *magister*, desde la «primera redacción» de la *Concordia*; y, ciertamente, el dato es interesante, porque en esa frase es donde se enuncia el principio jurídico de la indisolubilidad de las uniones entre personas libres y los esclavos.

(iii) Por último, Aa 43 y Fd también incorporan las «manipulaciones» que — bien por DB 9.26 y DB 9.27, bien por el autor de la *Collectio Duodecim Partium* (1CDP 8.15, 8.18; 2CDP 8.93, 8.94) — se introducen en el canon 6 del capitular de Verberie (año 758, ?) y en el canon 8 del concilio de Compiègne (año 757), que son las fuentes *materiales* de C.29 q.2 cc.4-5; esas modificaciones son los añadidos de las frases «Si autem ancillam eam scierat, et collaudauerat, post ut legitimam habeat» (c.4) y «quia omnes unum patrem habemus in celis» (c.5).

Como se ve, pues, las lecturas de los manuscritos de «primera recensión» confirman las intuiciones más arriesgadas del Profesor de Munich. Las únicas objeciones que se podrían aducir contra sus conclusiones podrían venir del análisis directo de la tradición manuscrita de la *Panormia*; pero esos datos tampoco se deberían valorar de forma aislada sino en el contexto más amplio de las demás pruebas. El ejemplo más claro tal vez sea C.29 q.2 c.4: aquí los códices de «primera recensión» contienen tres *lecturas propias*, distintas a las de su fuente formal IP 6.41, que luego pasan a la tradición manuscrita del Decreto de Graciano: la primera aparece en la *inscriptio* del canon y las otras dos se localizan en su texto; veamos estos aspectos en detalle.

(i) En Aa 43 y en Fd la *inscriptio* de C.29 q.2 c.4 considera el texto del capitular de Verberie (año 758, ?) como c.6; por el contrario, la tradición manuscrita de la *Panormia*⁽⁴¹⁾ considera sus fragmentos

(40) Cf. P. LANDAU, *o. c.* nota 35, p.455 y p.459; a idéntica conclusión había llegado F. THANER, *o. c.* nota 12, pp.36-37, tras consultar seis manuscritos de la *Panormia*, pues decía: «Ich zweifle keinen Augenblick, daß es sich in den älteren Handschriften überall so verhält» (p. 37, nota 1).

(41) Aparte la ausencia del período «Si autem — poterit» en IP 6.37 se registran dos variantes más: a) *redditori* en Aa 43 y Fd por *daturi* de M1 (112v), M2 (103vb), M3 (71r), M4 (79r), M5 (59r), M6 (217r), M7 (88vb) y V (82ra); b) *Dominum* en Aa 43 y Fd por *eum* en M3 (71r), M4 (79r), M5 (59r), M6 (217r), M7 (88vb) y V. En C.29 q.2 c.5 es curiosa la unanimidad de los manuscritos de la *Panormia* al escribir — en vez de solo *uiro* de Aa 43 y Fd — la copulativa *et uiro* en IP 6.42 de O, M1 (112v), M2 (104rb), M3 (71v), M4 (79v), M5 (59r) y M6 (217r).

paralelos (IP 6.41 y 6.111) como c.7 de Verberie⁽⁴²⁾. Esta lectura de la *Panormia* es más conforme con la tradición de las colecciones canónicas del primer milenio: Regino de Prüm (RP 2.118)⁽⁴³⁾, el *Decreto* de Burcardo de Worms (DB 9.26)⁽⁴⁴⁾, la *Colección en Doce Partes* (1CDP 8.15 y 2CDP 8.93)⁽⁴⁵⁾ y el *Decreto* de Ivo de Chartres (ID 8.164)⁽⁴⁶⁾ señalan siempre c.7 de Verberie; y, sin embargo, la lectura en la *Concordia* de «primera recensión» parece más exacta, según las modernas ediciones de concilios. Si Graciano usó la *Panormia* en este

(42) La edición de Melchor de Vosmédian PL 161 imprime curiosamente *Conc. apud Verme. c. vi.* (c.1252). He aquí, pues, una prueba más de esas dependencias entre Vosmédian y las ediciones del Decreto de Graciano, que desaconsejan la utilización de esa versión de la *Panormia* en cualquier estudio crítico; cf. las explicaciones de J. RAMBAUD, *Les Sommaires de la Panormie et l'édition de Melchior de Vosmédian*, «Traditio» 23 (1967) 534-36 y P. LANDAU, *Die Rubriken und Inskriptionen von Ivo's Panormie. Die Ausgabe Sebastian Brants im Vergleich zur Löwener Edition des Melchior de Vosmédian und der Ausgabe von Migne*, BMCL 12 (1982) 31-49. Y, además, IP 6.111 falta por completo en M2 (fol.114va) y no tiene *inscriptio* en V (fol.90rab); las demás *inscriptiones* de los otros códices repiten unánimemente *cap. vii.* del concilio de Verberie.

(43) Cf. F. WASSERSCHLEBEN, *Reginonis Abbatis Prumiensis Libri Duo de Synodalibus Causis et Disciplinis Ecclesiasticis iussu Domini Reverendissimi Archiep. Trever. Ratbodi ex Diversis Sanctorum Patrum Conciliis atque Decretis Collecti* (Lipsiae 1840 = Graz 1964) donde la *inscriptio* del texto dice claramente *Ex eodem, cap. VII.* (p.260); la edición PL 132.175-400 (¿segunda recensión de Regino?) de S. BALUZIUS, *Reginonis Prumiensis Abbatis de Ecclesiasticis Disciplinis et Religione Christiana Libri Duo* (Paris 1671) repite igualmente *Ex eodem, cap. 7* (c.307).

(44) Cf. la *editio princeps* (Colonia 1548) nuevamente impresa por G. FRANSEN - T. KÖLZER, *Burchard von Worms (Burchardus Wormaciensis Ecclesiae Episcopus) Decretorum Libri XX ex Conciliis et Orthodoxorum Patrum Decretis, tum etiam Diversarum Nationum Synodis seu loci communes congesti* (Aalen 1992); la rúbrica de DB 9.26 dice *Ex concil. apud Vermeriam cui interfuit Pipinus rex. ca. 7* (fol.126vb). Y, al contrario, H. HOFFMANN - R. POKORNY, *o. c.* nota 7, p. 213 y p. 267, identifican DB 9.26 como c.6 del Concilio de Verberie, que llega a Burcardo a través de RP 2.118.

(45) Cf. la cuidada investigación de J. MÜLLER, *Untersuchungen zur Collectio Duodecim Partium* (Ebelsbach 1989); agradezco al Dr. Jörg Müller su información sobre la presencia de estos textos en CDP.

(46) Cf. PL 161.619 cuya *inscriptio* vuelve a repetir *Ex conc. apud Vermeriam cui interfuit rex Pipinus cap. 7*, pero — como es sabido — el *Decretum* de Ivo de Chartres no se considera entre las fuentes formales «seguras» de Graciano, según P. LANDAU, *Neue Forschungen zu vorgratianischen Canonessammlungen und den Quellen des gratianischen Dekrets*, «Ius commune» 11 (1984) 1-29, especialmente p.16; sobre el uso de esta colección como fuente de las *paleas* y otras adiciones, vid. P. LANDAU, *Vorgratianische Kanonessammlungen bei den Dekretisten und in frühen Dekretalsammlungen*, «Proceedings of the Eighth International Congress of Medieval Canon Law» - MIC C-9 (Città del Vaticano 1992) 93-116.

caso, es evidente que corrigió su modelo⁽⁴⁷⁾; mas ¿por qué razón?, ¿con qué recursos?, ¿de dónde obtuvo su conocimiento más certero frente a las colecciones del pasado más difundidas?

(ii) Las lecturas de Aa 43 y Fd sobre C.29 q.2 c.4 muestran una transposición de las palabras *postea fuerit* contra los códices unánimes de la *Panormia*⁽⁴⁸⁾; de igual modo Aa 43 y Fd usan el término *ancillam* en lugar del *seruam* que aparece en la obra de Ivo de Chartres⁽⁴⁹⁾. En este caso las lecturas de los códices de la *Panormia* siguen también el texto tradicionalmente transmitido por las colecciones canónicas del primer milenio como c.7 de Verberie: la lectura *postea fuerit* aparece en RP 2.118 (p.261), DB 9.26 (fol.126vb), ID 8.164 (PL 161.619); y el uso de *seruam* se comprueba incluso en las colecciones que incluyen el paso interpolado (¿por la *Colección en Doce Partes*?) «Si autem — legitimam habeat», con posterioridad a Regino de Prüm. A mi entender, pues, se puede afirmar con seguridad que Graciano modifica la palabra *seruam* por el término *ancillam*, que además recuerda algunas expresiones de la Sagrada Escritura (cf. Lc 2,38).

En suma: estos datos no son «evidencias» verdaderamente relevantes contra la hipótesis de Landau; a mi entender, la lectura de la

(47) Esta «corrección original» pasa a los manuscritos de «segunda recensión», pues *c. vi.* es la lectura de las inscripciones en la generalidad de los códices; por ejemplo, vid. como muestra: Bi (276va), Bk (202ra), Bn (163rb), Cd (147rb), Cg (202rb), Da (199rb), Hk (233rb), In (207ra), Ka, Kb (234vb), Mc (256ra), Me (260rb), Mk (221vb), Mq (312rb), Ms (235ra), Mt (486b), Pd (230ra), Pf² (80va), Pk (247va), Pn (223ra), Ra (234ra), Sa (194vb), Sb (243ra), Sp (193va), Tr (185ra), Tx (230rb), Va (229rb), Vb (168ra), Vd (170va), Vo (281va), Vv (287rb) y París, Bibliothèque Nationale *lat.* 3907 (283rb). No obstante, las inscripciones de Br (168ra), Mm (138vb), Mz (206va), So (223vb) y París, Bibliothèque Nationale *lat.* 3896.2 (148ra) copian *capitulum vii* de Verberie; y es lectura singular de Mt la anotación *capite xi* (fol.486b).

(48) La transposición de Graciano afecta igualmente a dos textos de la *Panormia* que recogen ese c.6 de Verberie: a) en IP 6.41, donde la lectura *postea fuerit* aparece en los manuscritos O, M1 (112v), M2 (104ra), M3 (71r), M4 (79v), M5 (59r) y M6 (217r); b) en IP 6.111, con idéntica lectura en los códices O, M1 (123v), M3 (78r), M4 (88r), M5 (65r), M6 (221v), M7 (97ra) y V (90ra).

(49) La unanimidad de los manuscritos de la *Panormia* es notoria: a) en IP 6.41 *seruam* es la lectura de O, M1 (112v), M2 (104ra), M3 (71r), M4 (79v), M5 (59r), M6 (217r), M7 (89ra) y V (82rb); b) en IP 6.111 se lee *seruam* en O, M1 (123v), M3 (78r), M4 (88r), M5 (65r), M6 (221v), M7 (97ra) y V (90rb).

inscriptio de C.29 q.2 c.4 no es razón suficiente para negar que el texto proceda de la *Panormia* y, más todavía, cuando la redacción de Aa 43 y Fd se muestra *peculiar* no sólo frente a la colección de Ivo de Chartres sino frente a todas las colecciones canónicas del primer milenio que transmiten el fragmento del capitular de Verberie⁽⁵⁰⁾. Por tanto, parece más que probable que las tres *auctoritates* de C.29 q.2 que aparecen en la redacción de Aa 43 y Fd procedan de IP 6.37, IP 6.41 y IP 6.42; todas proceden, pues, de una de las colecciones utilizadas en la «primera fase» de redacción y esto viene a ser un argumento más en favor del carácter *genuino* de esta versión de C.29.

V. Los sumarios de C.29 q.2.

Las tres *auctoritates* de C.29 q.2 coleccionadas en Aa 43 y Fd van precedidas de sus correspondientes *inscripciones* y de las rúbricas *summaria* de los textos; estos elementos coinciden sustancialmente con la tradición manuscrita de «segunda recensión»⁽⁵¹⁾ y en general con la edición de Friedberg. Un cuadro de paralelismos entre los *summaria* permite ver que en esto la *Concordia* aporta una notable originalidad frente a las colecciones canónicas del primer milenio.

C.29 q.2 c.1

DB 9.18	De ancilla si proprio domino suo legitima fieri possit
ID 8.156 (ex PL)	De ancilla utrum proprio domino suo legitima fieri possit
IP 6.37 (ex PL)	Inter patronum et libertam constat esse matrimonium legitimum
IP (ex MSS)	—
Concordia	Licet seruis matrimonia contrahere

⁽⁵⁰⁾ Según G. PICASSO, *Collezioni Canoniche Milanesi del secolo XII* (Milano 1969) p.287, C.29 q.2 c.5 se recoge también en la *Collectio Ambrosiana II* como *Amb. 2.93*, pero la *inscriptio* dice simplemente *Ex eodem concilio*; sobre la relación entre las colecciones milanesas y la *Concordia* de Graciano vid. E. DE LEÓN, *o. c.* nota 2, pp.205-207.

⁽⁵¹⁾ En la generalidad de los códices las variantes son simples transposiciones que no alteran el idéntico sentido de las frases; sólo Sa presenta unos sumarios significativamente distintos: *Licitum est seruuum contrahere matrimonia*, en C.29 q.2 c.1 (fol.194va); *Qui ancillam nesciens ducit redimat eam si non !!!*, en C.29 q.2 c.4 (fol.194vb); y *Non licet mulier dimittere quem sciens seruos accepit* en C.29 q.2 c.5, (fol.194vb).

C.29 q.2 c.4

RP 2.118	De ingenuo qui alterius ancillam acceperat
DB 9.26	De ingenuo homine si alterius ancillam pro ingenua acceperit et post ancillam eam esse intellexerit
ID 8.164 (ex PL)	De ingenuo si alterius ancillam pro ingenua acceperit et postea ancillam esse intellexerit
IP 6.41(ex PL)	De eo qui ancillam duxit in uxorem quam putat esse liberam
IP 6.111 (ex PL)	De eo qui ancillam duxit in uxorem quam putat esse liberam
IP (ex MSS)	—
Concordia	De eo qui ancillam ducit (<i>Aa</i> duxit) in uxorem quam putat liberam esse

C.29 q.2 c.5

RP Ap. 3.46	De femina ingenua quae servum accipit
DB 9.27	De femina ingenua si seruum maritum acceperit
ID 8.52 (ex PL)	Vt ingenua si servum duxerit ancilla sit
ID 8.165 (ex PL)	De femina ingenua si servum maritum acceperit
IP 6.42(ex PL)	Non licet mulieri dimittere quem sciens servum accepit in virum
IP (ex MSS)	—
Concordia	Non licet mulieri (<i>Aa</i> uxori) dimittere quem sciens seruum accepit in virum

En los textos transcritos no debe confundirse la coincidencia entre los sumarios de Graciano y los lugares paralelos de la *Panormia*, según la edición de la *Patrologia Latina* de Migne; como es sabido, fueron los primeros editores de la *Panormia* — Sebastian Brant en el siglo XV y Melchor de Vosmédian (Lovaina 1557) — quienes copiaron sus sumarios del *Decretum* de Graciano, y no a la inversa⁽⁵²⁾. Aquí, de nuevo, la tradición manuscrita de los códices de Ivo de Chartres es elocuente: ninguno de los manuscritos que he manejado contiene sumario alguno sobre esos textos; por tanto, sin entrar a discutir ahora la hipótesis de Vetulani⁽⁵³⁾, todo hace pensar que los sumarios se elaboraron en el taller de Graciano: su presencia en los manuscritos de

⁽⁵²⁾ Cf. P. LANDAU, *o. c.* nota 42. Vid. también E. DE LEÓN, *o. c.* nota 2, pp.220-30 sobre los sumarios de C.30 qq.1, 3 y 4; no hay datos suficientes — en su opinión — para concluir que las colecciones pregracianas fueran la fuente formal de esas rúbricas y esto permite aceptar tanto la hipótesis de una inspiración en *sumarios* de las colecciones antiguas, en algunos casos, como aceptar la originalidad del *magister* en otros.

⁽⁵³⁾ Cf. A. VETULANI, *Les sommaires-rubriques dans le Décret de Gratien*, «Proceedings of the Third International Congress of Medieval Canon Law. Strasbourg, 2-6 september 1968» = MIC C-4, (Città del Vaticano 1971) 51-57 (= *Sur Gratien et les Décrétales* [Aldershot 1990] No. XI con *Addenda et corrigenda* p.21), que el canonista polaco formuló por vez primera en su estudio *Le Décret de Gratien et les premiers dé-*

«primera recensión» sitúa cronológicamente ese elemento en un momento muy próximo al comienzo de composición de la obra, y desde ahí enlazan con la tradición manuscrita de «segunda recensión».

Sin embargo no sucede esto con una *rúbrica sumaria* de C.29, muy particular, que aparece en el códice de Admont: en Aa 43 el texto de C.29 se abre con la frase «Explicit liber xxviii. Incipit liber xxx. xxviii causa de coniugiis dolo et fraude» (fol.125v), que superpone una *división en libros* a la tradicional sistematización de la *secunda pars* del Decreto en *causae* y *quaestiones* ⁽⁵⁴⁾; asigna, pues, una rúbrica al conjunto de la Causa: «de coniugiis dolo et fraude», y un rastro de ella se encuentra en Br (fol.167va) donde C.29 se abre con la rúbrica «de coniugio fraude contracto». En Aa 23 y 43 la división de la *Concordia* en *libros* alcanza a toda la obra y, según esa división, se describe su contenido en la introducción «Hoc opus inscribitur — assensu prebente» (Aa 23 fol.8rv y Aa 43 11r-12v); C.29 será el *liber XXX* porque todas las *distinctiones* de la *prima pars* forman un *liber primus*, aunque sus *exceptiones* del apéndice final de Aa 43 se coleccionan por referencia a la numeración de las *causae* (fol.319v), esto es, C.29 y no «libro XXX».

Los manuscritos Bc, Fd, P ni conocen la organización del texto de la *Concordia* por libros, ni titulan C.29 con rúbrica alguna; a primera vista, tampoco aportan otros datos que permitan pensar que tal división les era conocida. El códice Bc, por ejemplo, transcribe sólo la introducción «In prima parte agitur — copulari ualeant» (fol.1ra-15vb), que describe los contenidos de la *secunda pars* por sus Causas. Como el manuscrito florentino comienza en D.28 d.p.c.13, no es posible conocer los elementos que en Fd precedían a la obra; los complementos finales de los textos que «faltan» se organizan por bloques introducidos también por los respectivos apartados de la *In prima parte agitur*. En fin, tampoco nos quedan vestigios de la divi-

crétistes à la lumière d'une source nouvelle, SG 7 (1959) 275-353 (= *Sur Gratien et les Décrétales* [Aldershot 1990] No. VIII con *Addenda et corrigenda* pp.17-19).

⁽⁵⁴⁾ La división de la *secunda pars* de la *Concordia* se ha considerado siempre original del autor; cf. los estudios de F. GILLMANN, *Einteilung und System des Gratianischen Dekrets nach den alten Dekretglossatoren bis Johannes Teutonicus einschließlich*, AKKR 106 (1926) 472-574 y *Rührt die Distinktioneneinteilung des ersten und des dritten Dekretteils von Gratian selbst her?*, AKKR 112 (1933) 504-33 (= R. WEIGAND, *Gesammelte Schriften zur klassischen Kanonistik von Franz Gillman*. 1. *Schriften zum Dekret Gratians und zu den Dekretisten* [Würzburg 1988] No. 3 y No. 5); vid. también A. VETULANI, *Über die Distinktioneneinteilung und die Paleae im Dekret Gratians*, ZRG Kan. Abt. 23 (1933) 346-70 (= *Sur Gratien et les Décrétales* [Aldershot 1990] No. I).

sión del *Decretum* en *libros* ni de las rúbricas de sus *causae* — a primera vista, al menos — en la tradición manuscrita más antigua de «segunda recensión»; prácticamente es una excepción insólita encontrar la introducción *Hoc opus inscribitur* en Mc (= München, Bayerischestaatsbibliothek *Clm.* 13004), pero este códice no divide el texto del Decreto en libros⁽⁵⁵⁾.

¿Es la rúbrica del «*liber XXX*» = C.29 un elemento «aislado» y «peculiar» del códice de la abadía de Admont? Así parece deducirse del cúmulo de datos señalados. Sin embargo, después de analizar con detenimiento la información que nos transmiten Aa 43 y Fd, pienso que se puede formular una hipótesis distinta: la rúbrica de C.29 supera el reducido ámbito del *Scriptorium* admonatense y — a mi entender — se debe conectar con la tradición de la «primera recensión» del Decreto de Graciano. En este momento sólo puedo esbozar algunos argumentos que fundamentan provisionalmente esta conclusión; su definitiva demostración queda para otro estudio más extenso.

Mi primera observación es que la rúbrica de Aa 43 parece estar relacionada también con la introducción al Decreto *In prima parte agitur*, muy conocida y presente en numerosos códices antiguos de «segunda recensión»; así, por ejemplo, las palabras que ahí abren el apartado correspondiente a C.29 coinciden con la titulación de la rúbrica del *Liber XXX*, pues textualmente dice: «*In xxviii causa agitur de coniugiis que dolo et fraude contrahuntur*» (Aa 43 fol.8r). Estas coincidencias — la rúbrica del *libro*, su explicación resumida en la introducción *Hoc opus inscribitur* y la idéntica literalidad en la *In prima parte agitur* — son datos suficientes, a mi entender, para afirmar que tal rúbrica era una fórmula conocida y de común entendimiento⁽⁵⁶⁾; y, si esto es así, podemos sospechar que tal rúbrica no era un elemento peculiar de un manuscrito aislado.

(55) Cf. R. WEIGAND, *o. c.* nota 3. A partir de este y otros datos que manifiestan la estrecha conexión entre Aa y Me afirma: «Wahrscheinlich wurde für beide Handschriften dieselbe Vorlage benützt»; pero más adelante matiza con prudencia: «weil gelegentlich kleine Unterschiede vorkommen, ist die zunächst ins Auge gefaßte Möglichkeit, Me sei die direkt Vorlage für Aa gewesen, doch fraglich» (p.849).

(56) Esto parecía obvio a los más antiguos decretistas. Cf. la *Summa* de Paucapalea donde dice: «*Quod autem inter fideles coniugia contrahantur, superius ostensum est. Nunc de coniugiis, quae dolo et fraude contrahuntur dicendum videtur, dum videlicet nobilis sibi aliquam expetere dicitur et pro eo ignobilis vel servis inducitur*»; vid. J. VON SCHULTE, *o. c.* nota 8, p.118, coincidente con la versión del infoliado manuscrito de Admont, *Stiftsbibliothek* 389.

Se puede añadir también que, precediendo a la *In prima parte agitur*, en Aa 23 (fol.1r) y en Me (fol.2ra) se lee: «*Incipiunt claues titulorum de concordia canonum discordantium*»; ¿a qué *títulos* se refiere?, ¿acaso a las *rúbricas* de las *auctoritates* y a las de cada pieza de una *Concordia* dividida en *libros*? Si esto parece discutible, una segunda observación resulta más concluyente: si se comparan los contenidos de las dos introducciones al Decreto aquí mencionadas, *In prima parte agitur* y *Hoc opus inscribitur*, salta a la vista que esta segunda parece redactada para una *Concordia* de «primera recensión», mientras que el autor de *In prima parte agitur* conoce y comenta el Decreto de «segunda recensión»; un buen ejemplo viene de la comparación entre los fragmentos que resumen C.29:

HOC OPVS INSCRIBITVR

Aa 43 fol.12r

In xxx queritur si nobilis mulier a filio alicuius nobilis petitur in coniugem illaque consenserit; alius uero seruilis conditionis se obtulerit et eam in coniugem accepit. Si inter eos sit coniugium. Et si prius hunc putabat esse liberum et postea deprehendit illum esse seruus, an liceat ei statim ab illo discedere

IN PRIMA PARTE AGITVR

Aa 43 fol.8rv

In xxviii causa agitur de coniugiis que dolo et fraude contrahuntur. Dum nobilis sibi aliquem expetere dicitur, pro eo ignobilis uel seruus adducitur. Vbi queritur quis error matrimonium impediat: an persone, an conditionis, an fortune, an qualitatis. Ostenditur etiam in ea quod si ingenuus ancillam in uxorem acceperit putans eam liberam esse, cum eius conditionem deprehenderit, ab ea discedere non prohibetur.

De seruis etiam ibidem generaliter agitur: an inter se matrimonia contrahere possint, an seruus unius ancillam alterius preter uoluntatem dominorum utriusque in uxorem accipere ualeat

Como se puede apreciar, las sobrias palabras de *Hoc opus inscribitur* son un escueto resumen de C.29, que contrastan con el carácter más técnico y elaborado del texto de *In prima parte agitur*. Pero, sobre todo, en la *In prima parte agitur* existe una referencia explícita a los temas considerados por las *auctoritates* que *faltan* en la versión admonatense de C.29 y, al contrario, la introducción *Hoc opus inscribitur* se ajusta al contenido de lo que venimos considerando como la *redacción original* de C.29; véase, por ejemplo, cómo en aquella introducción se considera el tema *de coniugiis que dolo et fraude con-*

trahuntur y cómo se añade más adelante *de seruis etiam ibidem generaliter agitur*, comentando los dos «aspectos nuevos» del tema, añadidos en «segunda recensión»: si los siervos pueden contraer matrimonio válido y si los siervos pertenecientes a señores distintos pueden contraer matrimonio sin el consentimiento de aquéllos.

En suma, el conjunto de todos estos datos es suficientemente sólido — a mi entender — para suponer la anterioridad de la introducción *Hoc opus inscribitur* respecto de la *In prima parte agitur* y, en nuestro caso, conectar la rúbrica de C.29 con la tradición de la «primera recensión» de la *Concordia*; obviamente, sólo un estudio detallado podrá ofrecer una explicación más completa, pero su sola presencia en Aa 43 es ya un argumento más en favor de la antigüedad del texto de C.29 que conserva ese códice, sustancialmente coincidente con el códice florentino Fd.

VI. *Algunas observaciones de crítica textual.*

Al comparar los códices Aa 43 y Fd con los manuscritos más antiguos de la *Concordia*, así como con la edición de Friedberg y las fuentes formales de Graciano, en relación con el texto de C.29 he podido detectar algunas variantes textuales verdaderamente significativas; aun siendo escasas, todas son importantes ya que, contrastadas con las lecturas habituales en los manuscritos de «segunda recensión», permiten individuar *lecturas propias* de los códices de «primera recensión» del Decreto. A continuación agruparé estas variantes en cuatro series; sus discrepancias con edF se pueden cotejar sobre el *Anexo II* final, donde presento el texto de «primera recensión» junto a un *Anexo I* con el cuadro de correspondencias con las fuentes antiguas.

(i) Ya he señalado que en C.29 q.1 § 5 Aa 43 y Fd presentan una lectura propia de esa «primera recensión»: la omisión de su frase final *et aliam ducere*; añado ahora un nuevo argumento que también habla en favor de la anterioridad de esta redacción. Los códices Aa 43 y Fd recogen una expresión equivalente en C.29 q.1 § 2 donde el *magister* pregunta: «aut dabitur utrique facultas dimittendi utramque et ducendi aliam?»; es posible, pues, que las palabras *et aliam ducere* se añadieran en un momento posterior, revisando la primera redacción de la obra para aclarar el principio *non potest eam dimittere*, y así se acudió entonces a expresiones que la misma *Concordia* utilizaba unas cuantas líneas más arriba.

(ii) Aparte las variantes estilísticas, C.29 q.1 § 1 aporta otra lectura propia de Aa 43 y Fd, que a primera vista tiene importancia: la expresión *mulierisque contra et mulieris* en su definición romana de matrimonio. Es curioso que *Inst.* 1.9.1 se exprese en idénticos términos, contra la tradición textual de la «segunda recensión» del Decreto⁽⁵⁷⁾, pero — a mi entender — tampoco se deben exagerar estas diferencias, pues estamos ante una definición muy conocida, que probablemente se citaba de memoria; los mismos códices Aa 43 y Fd aportan pruebas de la inestabilidad de las expresiones del texto en las citas de fuentes romanas: de un lado, la definición del matrimonio de C.27 q.2 no se corresponde exactamente⁽⁵⁸⁾ con la de C.29 q.1; de otro, en Aa 43 se utiliza el término *seruans* en lugar de *retinens*, tal vez por homeoteleuton con la cercana expresión posterior «ut indiuiduam uite consuetudinem conseruarent» (fol.125v).

(iii) Algunas *variantes estilísticas* tienen la virtud de evocar tal vez al Graciano *genuino* porque el resultado es un texto más directo, de gran viveza, como si el *magister* estuviera dictando su enseñanza oral. Los ejemplos concretos de C.29 son de tres clases: algunas transposiciones acertadas⁽⁵⁹⁾, la diversa puntuación — que en Aa 43 es muy sencilla y parece más ajustada al ritmo del discurso — y la omisión de algunos términos combinada a veces con el uso de conjunciones apropiadas, o la explícita adición de la forma verbal *est* del indicativo presente en algún caso. Como muestras bien nítidas, ahí están el uso

⁽⁵⁷⁾ La lectura *et mulieris* aparece, por ejemplo, en los manuscritos Bi (275va), Bk (201va), Br (167va), Cd (146va), Da (198vb), Hk (232vb), In (206rb), Kb (234ra), Mc (255ra), Me (259va), Mk (221ra), Mm (138rb), Mq (311rb), Ms (234rb), Mt (485a), Mv (421a), Mz (205vb), Pd (229rb), Pf² (79va), Pk (246vb), Pn (222va), Ra (233rb), Sa (194ra), Sb (242ra), Sp (193ra), Tr (184va), Va (228va), Vb (167rb), Vd (170rb), Vo (281ra), Vv (286rb) y París, Bibliothèque Nationale lat. 3907 (282rb); pero conservan *mulierisque* Bn (162vb), Ka, So (223ra), Tx (229va) y París Bibliothèque Nationale lat. 3896.2 (147ra). La deficiente lectura *uiri mulieris* es singular de Cg (fol.201va).

⁽⁵⁸⁾ Cf. C.27 q.2 *pr.* en Aa 43 fol.115r donde se lee: «Sunt enim nuptie siue matrimonium uiri et mulieris coniunctio indiuiduam uitae retinens»; y también C.27 q.2 *pr.* en Fd fol.79va: «Sunt enim nuptie siue matrimonium uiri et mulieris coniunctio indiuiduam uite consuetudinem retinens».

⁽⁵⁹⁾ Por transposición se altera el orden de estas expresiones en los manuscritos de «primera recensión»: *prius sibi* en C.29 q.1 *pr.*; *alius est* en C.29 q.1 3; *tamen potest* en C.29 q.1 5; *earum qui uult dummodo nubat* en C.29 q.2 *pr.*; *alterius uxorem* en C.29 q.2 c.4. Esta última resulta particularmente significativa, pues la tradición manuscrita de la *Panormia* coincide con la lectura de Aa 43 y Fd.

del *nec* en q.1 § 2 y en el comienzo de q.2, y del *et* con la elisión de los infinitivos *esse* en q.1 § 3, o la misma supresión de la conjunción pospuesta en el *eamque* al comienzo de q.1 o de un *in* en q.1 § 3; basta una simple comparación sobre C.29 q.1 § 2 para comprobar este hecho:

Aa 43 fol.125v

Ad hec, non omnis error consensum euacuat. Qui enim accipit uxorem quam putat uirginem uel qui accipit meretricem quam putat castam, uterque errat quia et ille corruptam existimat uirginem et iste meretricem reputat castam.

edF 1091

§ 2. Ad hec, non omnis error consensum euacuat; qui enim accipit in uxorem, quam putat uirginem, uel qui accipit meretricem, quam putat esse castam, uterque errat, quia ille corruptam existimat esse uirginem, et iste meretricem reputat castam.

(iv) Finalmente se deben recordar las tres lecturas propias de Aa 43 y Fd sobre C.29 q.2 c.4, ya comentadas al considerar sus fuentes formales. Es muy probable que Graciano haya corregido la errónea referencia de la *inscriptio* (c.6 en vez del c.7 de las colecciones antiguas) como igualmente cambió el término *seruam* por *ancillam*; sin embargo la autenticidad de la transposición *postea fuerit* parece más incierta, ya que puede encontrar su causa en los amanuenses que copiaron el código.

VII. *Conclusión.*

En suma, Aa 43 y Fd transmiten un texto de C.29 con *lecturas propias*, comunes a ambos códigos pero diversas frente a la generalidad de los manuscritos de «segunda recensión» y, en ocasiones, con ligeras correcciones de sus modelos; el conjunto de todos los datos examinados sobre la coherencia interna del texto y sus fuentes formales ofrecen — a mi entender — una prueba definitiva de que Aa 43 y Fd contienen una *primera redacción* de C.29 de la *Concordia* que, hoy por hoy, se puede considerar la más próxima al original auténtico del maestro Graciano.

Anexo I: El cuadro de las fuentes

C.29	RP 906	DB 1012	12P 1024	ID 1094	IP 1095	PC 1104	3L 1112	Mansi	PL	MGH
c.1		9.18	1CDP 8.19 2CDP 9.19	8.156	6.37					
c.4	2.118	9.26	1CDP 8.15 2CDP 8.93	8.164	6.41 6.111		3.11.119	12.565	96.1506	Leges I.22
c.5	Ap.3.46	9.27	1CDP 8.18 2CDP 8.94	8.52 8.165	6.42			12.652	96.1513	Leges I.37

Anexo II: El texto de C.29 según Aa 23 - Fd

Presento la transcripción del texto de « primera recensión » según la versión del manuscrito Aa 43 fols.125v-127r, pero realizando una *re-censio mixta* con Fd fols.82vb-83rb donde claramente este segundo presenta lecturas mejores, aunque ambos códices coinciden sustancialmente. Es frecuente que el texto de Fd presente numerosos errores, y también correcciones de una mano distinta a la que inicialmente copió la *Concordia*; entre los errores, por ejemplo, en C.29 es notoria la omisión del *non* en la frase *error uero fortune et conditionis coniugii consensus non admittit*, que altera la doctrina del texto en sentido contrario.

<CAUSA XXIX>

[fol.125v] Incipit liber xxx.

xxviii Causa de coniugiis dolo et fraude.

<C.29> §. *Cuidam nobili mulieri nunciatum est quod a filio cuiusdam nobilis petebatur in coniugem. Prebuit illa assensum. Alius uero quidam ignobilis atque seruilis conditionis nomine illius seipsum optulit atque eam in coniugem accepit. Ille qui prius sibi placuerat tandem uenit, eam sibi in coniugem petiit. Illa se delusam conqueritur et ad prioris copulam aspirat. Hic primum queritur an sit coniugium inter eos. Secundo, si prius putabat hunc esse liberum et postea deprehendit illum esse seruum, an liceat ei statim ab illo discedere.*

<Q.1> §. *Quod autem coniugium sit inter eos probatur hoc modo. Coniugium siue matrimonium est uiri mulierisque coniunctio indiuiduam uite consuetudinem retinens (Aa seruans). Item, consensus utriusque*

matrimonium facit. Quia ergo isti coniuncti sunt ut indiuiduam uite consuetudinem conseruarent, quia uterque consensit in alterum, coniuges sunt appellandi.

§. *His ita respondetur. Consensus est duorum uel plurium sensus in idem. Qui autem errat non sentit, nec ergo consentit, id est simul sentit cum aliis. Hec autem errauit, ergo non consensit nec itaque coniunx est appellanda, quia non fuit ibi consensus utriusque sine quo nullum matrimonium esse potest. Sicut enim qui ordinatur ab eo quem putat esse episcopum et adhuc est laicus errat, nec uocatur ordinatus, immo adhuc est ab episcopo ordinandus, sic ista errans nulli est copulata [fol.126r] coniugio, immo adhuc est copulanda.*

§. *Ad hec, non omnis error consensum euacuat. Qui enim accipit uxorem quam putat uirginem uel qui accipit meretricem quam putat castam, uterque errat quia et ille corruptam existimat uirginem et iste meretricem reputat castam. Numquid ergo dicendi sunt non consensisse in eas? aut dabitur utrique facultas dimittendi utramque et ducendi aliam?*

Verum est quod non omnis error consensum excludit. Set error alius est persone, alius fortune, alius conditionis, alius qualitatis. Error persone est quando putatur hic esse Virgilius et ipse est Plato. Error fortune quando putatur esse diues et ipse est pauper (Aa qui pauper est) uel e conuerso. Error conditionis quando putatur esse liber qui seruus est. Error qualitatis est quando putatur esse bonus (Aa trans.) qui est malus (Aa trans.). Error fortune et qualitatis consensum coniugii non excludit. Error uero persone et conditionis (Aa trans.) coniugii consensum non admittit.

Si quis enim pacisceretur uenditurum se agrum Marcello, et postea ueniret Paulus dicens se esse Marcellum et emeret agrum ab illo, numquid cum Paulo conuenit iste de precio? aut dicendus est agrum sibi uendidisse? Item, si quis promitteret se uenditurum mihi aurum et pro auro offerret mihi auricalcum et ita me deciperet, numquid diceretur consensisse in auricalcum? Numquam uolui emere auricalcum, nec ergo aliquando consensi in illud quia consensus non nisi uoluntatis est. Sicut ergo hic error materie excludit consensum sic et in coniugio error persone. Non enim consentit in hunc set in eum quem hunc putabat esse.

§. *Set obicitur. Iacob non consenserat in Liam set in Rachel, septem (Aa vii) siquidem annis pro Rachel seruierat. Cum ergo eo ignorante Lia esset sibi subposita, non fuit coniugium inter eos si (Aa set) error persone consensum excludit, quia ut dictum est non in eam consenserat set in*

Rachel. His ita respondetur. Consensus alius est precedens, alius subsequens. Precedit consensus quando ante carnalem copulam in indiuiduam uite consuetudinem uterque consentit, subsequitur quando post concubinalem siue fornicarium coitum consentiunt in idem. Iacob ergo et Liam non fecit coniuges precedens consensus set subsequens. Nec tamen ex primo concubitu fornicarii iudicantur, cum et ille maritali affectu eam cognouerit et illa uxorio affectu sibi debitum persoluerit, putans lege primogenitarum et paternis imperiis se sibi iure copulatam.

§. *Quod autem error persone nonnullos excuset illa auctoritate probatur qua soror uxoris utroque inscio, sorore uidelicet et marito, in lectulum eius isse et a uiro sororis sue cognita perhibetur. Que cum sine spe coniugii perpetuo manere censeatur, ille tamen qui cognouit eam per ignorantiam excusatur.*

Aliter etiam hoc probatur. Diabolus nonnumquam se in angelum lucis transformat nec est periculosus error si tunc creditur esse bonus, cum se bonum simulat. Si ergo tunc ab aliquo simplici quereretur an sue beatitudinis uellet esse particeps, et ille responderet se in eius consortium uelle transire, numquid dicendus esset consensisse in [fol.126v] consortium diabolice dampnationis an non potius in participationem eterne claritatis?

Item, si quis hereticorum nomine Augustini uel Ambrosii uel Ieronimi alicui catholicorum seipsum offerret atque eum ad sue fidei imitationem prouocaret, si ille preberet assensum, in cuius fidei sententiam diceretur consensisse? Non in hereticorum sectam set in integritatem catholice fidei quam ille hereticus se mentiebatur habere. Quia ergo hec persona decepta errore, non in hunc set in eum quem iste se mentiebatur esse consensit, patet quod eius coniunx non fuerit.

§. *Error fortune et qualitatis non excludit consensum, ueluti si quis consentiret in prelaturam alicuius ecclesie quam putaret esse diuitem et illa esset minus (Aa trans.) copiosa, quamuis hic deciperetur errore fortune, non tamen posset renuntiare prelature accepte. Similiter que nubit pauperi putans illum (Aa eum) esse diuitem non potest renuntiare priori conditioni quamuis errauerit. Error qualitatis similiter non excludit consensum: utpote (Aa utpute) si quis emerit agrum uel uineam quam putaret esse uberrimam, quamuis iste erraret qualitate rerum, rem minus fertilem emendo, non tamen potest uenditionem rescindere. Similiter qui ducit in (Aa om.) uxorem meretricem uel corruptam quam putat esse castam uel uirginem non potest eam dimittere.*

<Q.2> §. *Secunda questio de conditione proposita est (Aa trans.) an liceat mulieri dimittere eum quem putabat liberum si postea illum inuenerit (Aa trans.) seruum. Quod uero non liceat mulieri a seruo discedere multis rationibus uidetur posse probari.*

In Christo enim Iesu nec Iudeus nec Grecus, nec seruus nec liber, ergo nec in coniugio christianorum. Eadem enim lege in fide Christi uterque regitur. Indifferenter enim ab Apostolo dicitur omnibus « Qui uult nubere nubat in Domino », et item « Mulier nubat cui uult, tantum in Domino ». Non precipitur ut ingenua nubat ingenuo, ancilla seruo, set quelibet earum cui uult dummodo nubat in Domino.

Item Iulius Papa capite iiii.

[C.29 q.2 c.1]

LICET SERVIS MATRIMONIA CONTRAHERE

<c.1> *Omnibus nobis unus pater (Aa trans.) est in celis et unusquisque diues et pauper, liber et seruus, equaliter pro se et pro animabus eorum rationem reddituri sunt. Quapropter omnes, cuiuscumque conditionis sint, unam legem quantum ad Dominum habere non dubitamus. Si autem omnes unam legem habent, ergo sicut ingenuus dimitti non potest sic nec seruus semel coniugio copulatus ulterius dimitti poterit.*

[C.29 q.2 d.p.c.3]

§. *His ita respondetur. Non negatur ingenuam posse nubere seruo set dicitur quod si nescitur esse seruilis conditionis libere potest dimitti, cum seruitus eius fuerit deprehensa. Illud autem Apostoli et Iulii Pape intelligendum est de his quorum conditio utrique nota est. Huius autem conditio mulieri incognita erat. Non ergo cogitur premissis auctoritatibus manere cum eo set liberum illi esse ostenditur uel manere uel discedere. Vnde in concilio apud Vermeriam cui interfuit (Aa ciuitatem in quo fuit) Rex Pippinus statutum est capite vi.*

[C.29 q.2 c.4]

DE EO QVI ANCILLAM DVXIT IN VXOREM QVAM PVTAT LIBERAM ESSE

<c.2> *Si quis ingenuus homo ancillam alterius uxorem acceperit, et existimat quod ingenua sit, si ipsa femina fuerit postea in seruitute detecta, si eam a seruitute redimere potest, faciat. Si non potest, si uoluerit aliam, accipiat. Si autem ancillam eam scierat et collaudauerat, post ut legitur [fol.127r] mam habeat. Similiter et mulier ingenua de seruo alterius facere debet.*

Item ex eodem capite viii.

[C.29 q.2 c.5]

NON LICET VXORI DIMITTERE QVEM SCIENS SERVVM ACCEPIT IN VIRVM

<c.3> Si femina ingenua acceperit seruum sciens quod seruus esset, habeat eum quia omnes unum patrem habemus in celis. Una lex est uiro et femine.

[ex C.29 q.2 d.p.c.6]

§. *Cum dicitur « sciens illum seruum » datur intelligi quod si nescierit illum seruum esse non cogitur cum eo manere. Quia ergo hec et persone et conditionis dolum passa est, non cogitur adherere ei cuius fraude decepta est.*

Pagina bianca

Giurisprudenza

Pagina bianca

SUPREMO TRIBUNALE DELLA SEGNETURA APOSTOLICA -
Suppressionis paroeciae et reductionis ecclesiae in usum profanum non sordidum - Decreto definitivo - 4 maggio 1996 - Prot. N. 25500/94 CA -
Em.mo Agustoni, Prefetto, Ponente (*).

Processo amministrativo - Soppressione di parrocchia - Gruppo di fedeli o singoli che agiscono congiuntamente - Legittimazione processuale - Esclusione.

Processo amministrativo - Inosservanza dei « fatalia legis » - Ignoranza della legge - Effetti - Negligenza nella conoscenza della legge.

Il presupposto per poter interporre ricorso presso la Segnatura Apostolica come singoli che agiscono in litisconsorzio attivo sta nell'aver anche agito in litisconsorzio contro la decisione dell'autorità ecclesiastica. Se i fedeli hanno agito come gruppo in una fase del ricorso, non possono poi agire come singoli. Perciò la firma di tutti i ricorrenti, quando ricorrono a nome del gruppo, non può essere considerata come ricorso presentato dai singoli fedeli.

Se l'ignoranza della norma legale corrisponde ad una negligenza da parte dei fedeli, tale ignoranza non rende inapplicabili i termini di decadenza. Un minimo di diligenza è necessariamente richiesta ai fedeli. Altrimenti i limiti perentori stabiliti dalla legge non sarebbero applicabili ai fedeli ordinari, svuotando in questo modo il contenuto di tale legge.

(D.ni X, Y, Z - Congregatio pro Clericis)

Recursus adversus decretum Congressus diei 12 octobris 1995, quo recursus non admittitur ad disceptationem coram Em.mis et Exc.mis Iudicibus.

I. FACTI SPECIES. — 1. Decreto Exc.mi Episcopi N. diei 24 iulii 1992 suppressa est paroecia, de qua supra, et eius ecclesia decreto diei 27 octobris 1992 in usum profanum non sordidum reducta est.

(*) Si veda nella sezione Dottrina l'articolo di F. DANEELS, *Soppressione, unione di parrocchie e riduzione ad uso profano della chiesa parrocchiale.*

Notitia suppressionis ac reductionis evulgata est per eiusdem Exc.mi Episcopi dioecesiani litteras, diebus 25 et 26 iulii 1992 paroeciae fidelibus ibi Missam participantibus praelectas.

Aliqui Christifideles paroeciae, qui iam antea paroeciae suppressioni et ecclesiae reductioni in usum profanum sese opposuerant, tandem aliquando, die 12 februarii 1993 formaliter decretorum revocationem ab Exc.mo Episcopo petierunt, asserentes: «We are presenting this petition even though six month have past since your letter was read to us on July 26, 1992, in accordance with C. 201 § 2». (Can. 201 § 2: «Tempus utile intellegitur quod ita ius suum exercenti aut persequenti competit, ut ignorantii... non currat»).

Nomine Exc.mi Episcopi, Rev.mus competens Vicarius episcopalis die 10 martii 1993 instantiam reiecit ob terminum peremptorium, de quo in can. 1734 § 2, elapsum.

Quam adversus reiectionem iidem recurrentes, agentes tamquam «repraesentantes» fidelium paroeciae, ad Congregationem pro Clericis provocaverunt, quae die 29 augusti 1994 recursum item reiecit ob non servatum praescriptum can. 1734 § 2: «The law of the Church requires that recourse first be made to the Ordinary of N. within ten days of the decree which is in contention (Canon 1734)».

Infaustum quoque exitum sortita est petitio beneficii novae audientiae; nam Congregatio die 26 octobris 1994 suam decisionem confirmavit.

2. Dum petitio novae audientiae adhuc expendebatur, recurrentes die 26 septembris 1994 hoc Supremum Forum adierunt, quod in Congressu diei 12 octobris 1995 decrevit: «*Recursus non admittitur ad disceptationem coram Em.mis et Exc.mis Iudicibus, saltem quia impugnatio decisionis Congregationis pro Clericis dierum 29 augusti et 26 octobris 1994 manifeste caret fundamento*».

Adversus quam decisionem recurrentes ad Collegium Em.morum et Exc.morum Iudicum huius Supremi Tribunalis provocaverunt.

Rationibus recursus a Cl.ma Patrona recurrentium expositis, et obtento voto pro rei veritate a Rev.mo Promotore Iustitiae exarato, huic dubio respondendum est: «*An confirmandum sit decretum in Congressu diei 12 octobris 1995 latum, quo recursus non admittitur ad disceptationem*».

II. IN IURE ET IN FACTO. — A. *De legitimatione activa recurrentium*

3. Exceptionem defectus legitimationis activae recurrentium proposuit Cl.mus Patronus Auctoritatis Ecclesiasticae. Rev.dus Promotor Iustitiae deputatus amplius quaestionem disseruit in suo voto (nn. 5-7, pp. 6-9) et, sedulo perpensis argumentis pro et contra, conclusit: «legitimationem ad agendum recurrentibus denegare censemus» (n. 6, in fine, p. 8).

Impugnatum decretum Congressus ad rem in n. 2 asserit: «Praemisso quod recurrentes, iuxta pernotam interpretationem authenticam diei 20 iunii 1987, legitimatione activa carent, quatenus nomine alicuius coetus vel aliorum fidelium egerint». Noluit autem in parte decisoria decreti quaestionem definire ac scite illud verbum «saltem» usurpavit circa motivum reiectionis luculentissimum, quod praetulit, neglectum nempe praescriptum can. 1734 § 2. Qua re statuit: «Recursum non admittitur ad disceptationem... *saltem* quia impugnatio decisionis Congregationis pro Clericis... manifeste caret fundamento».

4. Cl.ma Patrona recurrentium e contra in ultimo memoriali sequentia affert argumenta ad comprobendam ipsorum legitimationem: *a*) «Congregatio... pro Clericis legitimationem activam omnibus recurrentibus agnovit, nihil excipiens hac de re. Et ideo nemini licet nunc decisionem Congregationis in dubium vocare» (n. 11, p. 10); *b*) ipsa coram H.S.T. mandatum obtinuit a singulis recurrentibus (n. 11, p. 11); *c*) recurrentes inde ab initio causae, seu a remonstratione, semper petitiones subscripserunt (*ibid.*).

5. Circa haec argumenta animadvertendum esse censemus:

Ad *a*) Congregatio pro Clericis non vidit de legitimatione recurrentium, sed recursum reiecit ob remonstrationem sero propositam (cfr. can. 1734 § 2). Ideo incondite asseritur quod Congregatio eorum legitimationem in casu «agnovit»: sat superque fuit recursum reicere ob fatalia legis haud servata, ceteris omnibus praetermissis. Utcumque, legitimatio, si reapse deficit, sustineri nequit eo quod Congregatio ipsam non negavit.

Ad *b*) Recursus ad H.S.T. primo factus est nomine coetus fidelium parociae S. Michaelis; ceteri recurrentes tantum posthac uti singuli fideles mandata exhibuerunt. Immo in epistola transmissionis recursus adhuc asserunt se agere «for the Congregation of Roman Catholic Parish». Sane, dato at non concessio, quod recurrentes coram H.S.T. tamquam singuli (etsi coniunctim) egerint, stat factum quod antea coram Exc.mo Episcopo et coram Congregatione, haud

obstante pernota interpretatione authentica diei 20 iunii 1987 nuper relata, nomine coetus fidelium scripserunt.

Ad rem addenda sunt quae apprime habentur in decreto definitivo diei 21 maii 1988, in causa ..., prot. n. 17914/86 CA, n. 16, p. 7: «... Hoc Supremum Tribunal definire nequit recursum adversus decretum administrativum Ordinarii ..., nisi praecesserit recursus ad competentem Congregationem Curiae Romanae, quod, in casu, relate ad singulos christifideles, non verificatur». Habebatur illic, sicuti nunc in causa nostro subiecto examini, recursus ex parte coetus ad Congregationem, non vero ex parte singulorum fidelium. Deest igitur praesuppositum recursus ad H.S.T., scilicet praevius recursus ad Congregationem a recurrentibus tamquam singulis fidelibus propositus.

Ad c) Sufficit animadvertere quod subscriptio recursus propositi nomine coetus assumi nequit pro recursu a singulis fidelibus exhibito.

6. Omnibus igitur hucusque expositis perpensis, tenemus in casu recursum carere praesupposito ut coram H.S.T. considerari possit.

B. De serotina petitione revocationis decreti ab ipsius auctore (cfr. can. 1734)

7. Congregatio pro Clericis recursum reiecit ob remonstrationem sero Exc.mo Episcopo admotam; exinde impugnatum decretum Congressus statuit quoque recursum adversus illam decisionem competentis Congregationis ex eodem motivo manifeste carere fundamento.

8. Legitur in can. 1734 «§ 1. Antequam quis recursum proponat, debet decreti revocationem vel emendationem scripto ab ipsius auctore petere... § 2. Petitio fieri debet intra peremptorium terminum decem dierum utilium a decreto legitime intimato...»

Re quidem vera can. 201 § 2, a recurrentibus semel et iterum invocatus, recitat: «Tempus utile intellegitur quod ita ius suum exercenti aut persequenti competat, ut ignorantia aut agere non valenti non currat»; sed ex oblivione vindicandus erat etiam can. 15 § 2, qui statuit: «Ignorantia vel error circa legem... non praesumitur».

Ad rem impugnatum decretum Congressus habet: «Ignorantia circa legem non praesumitur et tantummodo excusat si verisimilis est et nullam admittit negligentiae notam».

Concedimus igitur ignorantiam termini peremptorii utilis ipsa lege statuti facilius haberi posse apud rudes christifideles. Quaestio autem est utrum ipsi tempestive a perito in iure canonico vel a competenti auctoritate opportunas notitias in re exquisiverint, necne. Apta enim diligentia necessario requiritur, quia secus termini peremptorii utiles simplices fideles perraro urgerent, facile pessumdatis legibus quae terminos peremptorios statuunt.

9. Cl.ma Patrona recurrentium in ultimo suo memoriali primum contendit recurrentes summam diligentiam adhibuisse ad sibi comparandam opportunam cognitionem iuris canonici in re. Nam iuxta ipsorum adserta verbotenus relata: «since we as lay people are not trained and knowledgeable in Canon Law it would be impossible to know what is required by Canon Law» (n. 15, p. 13).

Sed subiungit, nescimus qua ratione, quod recurrentes nullas habuerunt notitias de iure in re ab Exc.mo Episcopo neque ab administratore paroeciali (*ibid.*).

Constat attamen ex epistola a recurrentibus ad Em.mum Ratzinger datam, ipsos saltem die 29 ianuarii 1993 compertum iam habuisse ius exhibendi recursum hierarchicum apud Congregationem pro Clericis. Autumat vero nava Patrona ipsos tunc adhuc latuisse terminos peremptorios a lege statutos (n. 16, p. 14). Quae congruenter teneri nequeunt.

10. Infitiandum non est recurrentes, licet de facto cann. 1732-1739 circa rationem procedendi in recursibus administrativis ignorant, constanter adnitos esse revocationem decisionum Exc.mi Episcopi. Ipsi vero die 29 septembris 1992, consulto absque dubio advocato, spreto can. 1375, adierunt forum civile, dum peritum in iure canonico consulere neglexerunt.

Mirandum prorsus tamen atque est ac parum credibile quod, excitata controversia in foro canonico, recurrentes omiserint exquirere, debita diligentia, notitias de iure vigenti sive a perito in iure canonico sive a competenti auctoritate ecclesiastica.

Cum praesertim Exc.mum Episcopum adiverunt ad revocationem decisionum efflagitandam, conamine misere elapso, potuissent ac debuissent tum exquirere quomodo ulterius procedendum esset ut iure efficaciter intentum finem adipisci valerent.

Ceteroquin laicis qui parum noverunt praescripta Codicis Iuris Canonici, dummodo velint, amplissima hodie dum praesertim praesto

sunt media ut opportunam scientiam circa illa exquirant ac obtineant.

Parum igitur refert quod recurrentes ab administratore parocchiali postulaverunt ut nomine eorum decisiones Episcopi impugnetur: sane reuult quia a controversia omnino sese abstinuit.

Altera ex parte nullibi in cann. 1732-1739 statuitur quod ipsa auctoritas ecclesiastica sua sponte notitias dare tenetur circa modum procedendi ad decreta administrativa singularia impugnanda.

Constat praeterea recurrentes iam ante diem 29 ianuarii 1993 compertum habuisse ius recursum hierarchicum instituendi. Quare onus ipsis incubuit acquirendi necessariam scientiam ut tuto iuxta iuris statuta procederent.

11. Omnibus ergo rimatis decernimus impugnatum decretum Congressus iure statuisse: «In casu recurrentes ad rem minime demonstraverunt absentiam cuiusvis neglegentiae». Quam ob rem in casu ignorantia legis invocari nequit ad legitimandam sero propositam remonstrationem.

12. De distinctione inter remonstrationem de iure et de facto a Cl.ma Patrona recurrentium inepte allata obiter tantum in disceptatione verbum factum est, cum nullo innitatur fundamento iuridico. N. S. T. enim de violatione legis videre debet, dum lex nullibi novit illam distinctionem.

De cetero argumentum habendum est praeter rem: nam Congressus ab omissione debitae diligentiae ex parte recurrentium motuum derivat decisionis circa tardivam propositionem recursus.

13. Adversus adsertam violationem can. 51, de quo in Memoriali Cl.mae Patronae recurrentium, (n. 12, p. 12) quia motivis decisionis carerent tum decretum nomine Exc.mi Episcopi die 10 martii 1993 latum quod reiecit «formalem» remonstrationem, tum illud Congregationis pro Clericis diei 29 augusti 1994 quod recursum quoque hierarchicum respuit, patet quod, servato omnino legis praescripto, utrumque decretum summarie exponit motivum reiectionis tum remonstrationis et tum recursus hierarchici.

14. Omnibus ergo accurate examinatis et cribratis, prae oculis habito voto Promotoris Iustitiae, infrascripti Patres Iudices decreverunt, proposito dubio respondentibus: *Affirmative, seu confirmatur decretum Congressus quo recursus non admittitur ad disceptationem,*

quia ipse caret praesupposito, necnon subordinate quia manifeste caret fundamento.

Pro expensis retinetur summa a recurrentibus in arca huius Supremi Fori deposita. Ipsi quoque Cl.mae Patronae suae congruum honorarium solvere tenentur.

Et notificetur iis quorum interest, ad omnes iuris effectus.

Datum Romae, e sede Supremi Tribunalis Signaturae Apostolicae, die 4 mensis maii 1996.

*Gilbertus Card. Agustoni,
Praefectus ac Ponens
Bernardinus Card. Gantin
D. Simon Card. Lourdasamy
Vincentius Card. Fagiolo
+ Ioseph Mercieca
+ Iulianus Herranz
+ Philipus Giannini
+ Aemilius Eid
+ Eduardus Davino*

SUPREMO TRIBUNALE DELLA SEGNETURA APOSTOLICA - *Reductionis ecclesiae in usum profanum* - Sentenza definitiva - 4 maggio 1996 - Prot. N. 24388/93 CA - Em.mo Agustoni, Prefetto, Ponente (*).

Riduzione di chiesa a uso profano - Causa grave - Necessità - Discrezionalità dell'autorità nella valutazione della causa grave.

Per poter legittimamente prendere il provvedimento di riduzione di una chiesa ad uso profano è necessaria una causa grave. Benché le cause che giustificano tale provvedimento se prese isolatamente non sarebbero considerate gravi, nel loro insieme possono costituire la causa grave di cui al can. 1222 § 2. Tale gravità viene determinata anche dall'insieme delle circostanze di natura economica, pastorale ecc. che forse unicamente il Vescovo è in grado di determinare. L'unione di tre parrocchie in una sola ha portato l'autorità a considerare che una delle chiese doveva essere ridotta ad uso profano non sordido, perché a) la manutenzione delle tre chiese sarebbe un peso eccessivo per la nuova parrocchia, che nasce già con tanti debiti; b) il numero di fedeli nelle tre parrocchie è in diminuzione; c) la cura di anime non richiede che vi siano tante chiese aperte al culto; d) la vendita della chiesa costituisce un importante contributo economico per la nuova parrocchia.

ADUMBRATIO CASUS. — 1. Molem documentorum huius causae, quae aliquo modo ipsius complexitatem repraesentat, navus Promotor Iustitiae deputatus accurate enodavit et Congressus N. S. T. die 3 maii 1995, voto Promotoris Iustitiae deputati innixus, recursum per partes examinavit illumque reiecit utpote fundamento manifeste destitutum, una excepta quaestione quae ad disceptationem admittendam esse decrevit coram Em.mis ac Exc.mis Iudicibus H. S. T. Agitur de adserta violatione legis in decernendo quoad reductionem ec-

(*) Si veda nella sezione Dottrina l'articolo di F. DANEELS, *Soppressione, unione di parrocchie e riduzione ad uso profano della chiesa parrocchiale*.

clesiae SS.mo Nomini Iesu dicatae ad usum profanum ob defectum causae gravis de qua in can. 1222 § 2.

Haud soluta hac novissima parte recursus, idem Congressus etiam petitam a recurrentibus suspensionem decisionis Episcopi N. concessit quoad ecclesiam SS. Nominis, ea mente ut tum aedes sacra, tum sacra suppellectilis ad eandem pertinens tuto servarentur usquedum H. S. T. suam dederit sententiam definitivam in causa.

2. Quamvis heic decidendum sit super unam tantum partem recursus, nihilosecius iam resolutae quaestiones opportune prae oculis habenda sunt. Quapropter sequentia notatu digna per summa capita in hac descriptione causae recolenda aestimavimus:

a) Controversia originem sumpsit ex necessitate immutandi, attentis novis adiunctis socialibus necnon oeconomicis, distributionem paroeciarum in pago v. d. ..., intra fines dioecesis N. .

Iuxta intenta «... Area Planning Task Force», cuius consilio Episcopus N. utebatur, quinque paroeciae, quarum una territorialis (S. Leonardi) et quattuor personales ad unam erant reducendae, servatis ex quinque ecclesiis una qua paroecialis, altera qua subsidiaria.

b) Die 13 novembris 1990 Exc.mus Episcopus Consilium presbyterale super propositas innovationes audivit ac litteris diei 5 ianuarii 1991 captas decisiones cum quinque paroeciis quarum intererat communicavit.

c) Die 11 ianuarii 1991, d.na ..., «President», una cum d.na Y, «Secretary» Consilii Pastoralis paroeciae SS.mi Nominis Jesu, subsignantibus insuper 806 fidelibus eiusdem paroeciae, remonstrationem scriptam ad Episcopum misit.

Occursus tunc fuit inter Episcopum et christifideles «remonstrantes»: quapropter die 17 ianuarii 1991 Episcopus suam mentem fusius explicare curavit ac die 30 ianuarii 1991 decretum suppressionis paroeciarum (atque ecclesiarum) dedit. Vana excidit nova quoque remonstratio mensis februarii 1991.

d) Post annum, litteris diei 25 februarii 1992, d.nus X et d.na Y recursum hierarchicum instituerunt ad Congregationem pro Clericis adversus decretum reductionis ecclesiae SS.mi Nominis Jesu ad usum profanum.

Episcopus Congregationi sciscitanti respondit parvum tantum coetum fidelium dissidentium pertinaciter restitutionem usus illius ecclesiae adniti.

Nulla obtenta responsione Congregationis neque ad iteratum recursum diei 17 augusti 1992, mense octobri 1992 duo fideles Romam petierunt et Dicasterium adiverunt, dum recurrentes primi, nempe d.nus X et d.na Y, repetitis litteris definitionem recursus sollicitaverunt.

Congregatio novis ab Episcopo acceptis notitiis, die 27 maii 1993 rescripsit d.no X decisioni Episcopi esse parendum, quia omnia ad normam legis peracta erant.

e) Tunc praefati recurrentes d.nus X et d.na Y ad N. S. T. adversus decisionem Congregationis pro Clericis provocaverunt.

Praehabita explicatione circa normas super legitimationem activam quam Signatura Apostolica illico recurrentibus misit, litteris diei 11 augusti 1993, praefati recurrentes, una cum pluribus fidelibus, uti singulis, recursum instituerunt, mandatum tradentes cl.mo advoco A qui, omnibus mature perpensis, mandato mense novembri 1993 renuntiavit eique cl.ma patrona B subrogata est. Congregatio pro Clericis patronum constituit cl.mum advocatum C (pro hac vice ad patrocinium coram N. S. T. admissum); Episcopus N. vero cl.mum advocatum D.

Die 10 iunii 1994 Promotor Iustitiae deputatus nominatus est.

f) Kalendis iuliis 1994 recurrentes, ob rumusculos de imminente venditione ecclesiae qui circumferebantur, suspensionem decreti episcopalis efflagitaverunt. Tunc N. S. T. Episcopum rogavit ut suam aperiret mentem utque bona cuiusve generis ecclesiae interim servaret.

g) De inaktivitate patroni certior factus, Episcopus respondit die 13 iulii 1994 se bona ecclesiae conservasse atque transmisit exemplar documentorum ac defensionis quam ipse inde a mense novembri 1993 advoco D remiserat.

Qui patronus, gravi correptus infirmitate, documenta de quibus supra N. S. T. intra terminum statutum tradere curavit et Episcopus, impedito advoco D, patronum nominavit etiam cl.mum C.

h) Hic vero suum memoriale exhibuit, in quo in limine exceptionem peremptoriam de defectu capacitatis et legitimationis activae recurrentium ac reiectionem recursus postulavit.

i) Congressus die 3 maii 1995 tum exceptionem, de qua supra, tum controversiam principalem definivit. Ad amussim disceptatae sunt distinctae quaestiones causa quibus componitur, apte considerato duplici obiecto decisionis Episcopi N., suppressionis videlicet paroeciae SS.mi Nominis Jesu, et reductionis ecclesiae eiusdem nominis ad usum profanum.

k) Legenti Decretum Congressus diei 3 maii 1995, perspicue apparent decisiones, pro unaquaque parte recursus concinne expressis motivis, quae refrangunt adsertas violationes legis tum in procedendo, cum in decernendo.

Singulae recursus partes igitur reiectae sunt utpote manifeste fundamento carentes, praeter unam ad graves causas quoad suppressionem ecclesiae SS.mi Nomini Jesu quod attinet.

i) Qua re die 10 iunii 1995 concordatum est dubium prout sequitur:

AN CONSTET DE VIOLATIONE LEGIS IN DECERNENDO OB DEFECTUM CAUSAE GRAVIS DE QUA IN CAN. 1222 § 2, RELATE AD ACTUM CONGREGATIONIS PRO CLERICIS CONFIRMANTEM DECISIONEM EXC.MI EPISCOPI N. DIEI 19 NOVEMBRIS 1991.

INIURE. — 3. Opportunam duximus sat amplam praemittere casus adumbrationem, ut statim pateant motiva ob quae largus recursus fere totus reiectus sit, una tantum quaestione excepta in nuper relati dubii formula expressa.

4. Argumenta in iure ad solvendam quaestionem praesto sunt.

Can. 1222 § 1 statuit: «Si qua ecclesia nullo modo ad cultum divinum adhiberi queat et possibilitas non datur eam reficiendi, in usum profanum non sordidum ab Episcopo redigi potest.

§ 2 Ubi aliae graves causae suadeant ut aliqua ecclesia ad divinum cultum amplius non adhibeatur, eam Episcopus dioecesanus, audito consilio presbyterali, in usum profanum non sordidum redigere potest, de consensu eorum qui iura in eadem sibi legitime vindicent, et dummodo animarum bonum nullum inde detrimentum capiat».

Nova lex defuncti Codicis statuta aliquatenus immutavit: quae novitas prae oculis sedulo est habenda; sed, ut aequa lance perpendatur, nova cum vetere lege est comparanda.

Jam vero Codex a. 1917 rem pertractat duobus canonibus, scilicet cann. 1186 et 1187. Postquam in priore canone (1186) sermo fit de his quibus incumbit onus reficiendi ecclesiam, subsequenti canone (1187) agit de suppressione alicuius ecclesiae quae amplius ad cultum divinum adhiberi nequit: «Si qua ecclesia nullo modo ad cultum divinum adhiberi possit et omnis aditus interclusi sint ad eam reficiendam, in usum profanum non sordidum ab Ordinario

loci redigi potest et onera cum redditibus titulusque paroeciae, si ecclesia sit paroecialis, in aliam ecclesiam ab eodem Ordinario transferantur».

Quae legis praescripta ius vigens inde a Concilio Tridentino saltem quoad substantiam retinebant. Nam Sacra illa Synodus in Sessione XXI plures quaestiones disceptavit ad ecclesias spectantes quae, vetustate collapsae, neque propter inopiam instaurari valebant. Quae normae ob mutata tempora ac mores iam obsoletae sunt dicendae. Attamen illas hic meminisse iuvat quia gravitatem obiectivam materiae indigitant; etenim si Ordinarii locorum praescripta legis quacumque de causa servare non valebant, adire Sedem Apostolicam tenebantur. Quae gravitas usque ad nostra tempora perdurat.

Nemo tamen dubitat quod plures quaestiones curam animarum attingentes urgebant, uti exempli gratia necessitas noviter describendi fines paroeciarum necnon decidendi circa numerum et usum ecclesiarum exstantium vel extruendarum, tum ob mutatos mores fidelium commorandi extra urbes, tum ob imminutum numerum ministrorum et alia huiusmodi nostri temporis adiuncta.

5. Novus Codex, ut omnes norunt, natus est ad accommodandas leges novis adiunctis: qua re etiam normae circa suppressionem paroeciarum et reductionem ecclesiarum ad usum profanum non sordidum recognitae sunt.

Cum vero leges aptandae essent religiose prae oculis habitis quibusdam principiis, inter quae etiam illo altiore, iuxta quod ampliores facultates Ordinariis locorum concedendae erant, ut frequentiores recursus ad Sedem Apostolicam vitarentur, anno 1977 novae leges quoque in subiecta materia propositae sunt quae traditam facultatem Episcopi reducendi aliquam ecclesiam ad usum profanum confirmarunt, sed causam praevalentem ac sufficientem ipsa utendi iam statuebant maiorem profectum boni animarum.

Quae propositio, attentis suggestionibus ac animadversionibus quorundam Organorum Consultationis, dein recognita est; itaque natus est textus vigentis canonis 1222 qui, ampliore ac in vetere iure tributa facultate, ipsius tamen usum quodammodo coarctat, cum graves requirat causas ut legitime adhibeatur.

Hac de causa canonis 1222 secunda paragraphus quadam laborat indeterminatione, quia ex una parte tuetur facultatem Episcopi, altera ex parte moderari conatur ipsius usum. Habet enim: «Ubi

aliae graves causae suadeant...», quin exemplum tradat id generis causarum, aut insinuet causas interdum graves evadere posse ob peculiarias circumstantias.

6. Difficultas solvitur aequo perpendendo litteram legis, hinc enim confirmat facultatem Ordinariis locorum reducendi ecclesias ad usum profanum non sordidum; inde usus legitimus facultatis pendet a gravitate causarum ob quas ad reductionem deveniendum est. Causae ergo a lege requiruntur graves, nec gravissimae: excluduntur igitur nugae vel causae quae suapte natura graves haberi nequeunt, dum e contra gravitas causae, etsi apparenter levi innititur fundamento, diversimode aestimari potest si diligenter considerentur circumstantiae vel loci, vel rei oeconomicae vel personarum, quae Ordinario apprime innotescunt: re quidem vera quaestio est facti.

IN FACTO. — 7. Iuxta dubium solvendum Nobis videndum est, ceteris missis, utrum in casu violatio legis perpetrata sit deficiente gravi causa in decidendo reductionem ecclesiae SS.mi Nominis ad usum profanum.

Causae quae Episcopum diocesanum ad impugnatam decisionem capiendam impulerunt inde ab initio manifestae erant, nec infitandum est quod graves haberi possunt, cum praesertim simul conspiciantur ac prae oculis opportune comparentur cum similibus adiunctis plurium dioecesium in natione N.

8. Attamen Congressus N. S. T. diei 3 maii a definienda quaestione abstinuit ob latens dubium num *manifestam* gravitatem allatae causae praeseferebant. Deficiente enim nota evidentiae, Congressus nequit reiicere recursum.

Viam ad solvendum dubium pandit principium quo reguntur controversiae contentiosae, etiam administrativa via definiendae, scilicet: «onus probandi incumbit ei qui asserit» (can. 1526 § 1).

Iamvero cl.ma Patrona recurrentium asserit, nec probat, in casu defuisse *graves* causas, de quibus in can. 1222 § 2.

9. Si enim aequa lance perpendantur motiva ob quae Exc.mus Episcopus N. reductionem ecclesiae, de qua agitur, ad usum profanum decrevit, illa revera gravia facienda sunt.

Nam imprimis praeterire nequimus quod Episcopus in tota hac implexa quaestione enodanda qua pastor ecclesiae N. prudenter ac

graviter processit: qua re legitime conicere possumus quod a gravibus causis impulsus ad reductionem ecclesiae ad usum profanum devenit.

Omne vero auferunt dubium litterae ab Exc.mo Episcopo dioecesano die 17 aprilis 1995 ad suum pristinum Patronum missae, quae ob supra memoratam eiusdem infirmitate sero utique, sed tempore utili N. S. T. innotuerunt. Meridiana enim luce in epistula illa enitent motiva, eaque gravia, quibus motus Pastor ille ad decretum reductionis ecclesiae ad usum profanum pervenit (Summ. pag. 155-161).

Quae ibi fusius exponuntur, heic concinne tantum referre sufficit.

Conservatio trium ecclesiarum intolerabile onus oeconomicum novae paroeciae imponeret. Attento quod curae pastorali fidelium, ob immutatas circumstantias, illae amplius non inserviunt, dum nova paroecia inde ab erectione ingenti aere alieno gravatur, venditio harum ecclesiarum confestim efficax subsidium necessitatibus urgentioribus novae paroeciae praestat, quod secus prorsus deficeret. Nam numerus fidelium, quorum oblationibus nova paroecia praesertim sustinetur, in dies minuit.

Praeterea ut salvetur aedificium sacrum negligi haud queunt elemosynae ceteraque subsidia pauperibus praesertim elargienda et alia huiusmodi.

His attentis, decretum reductionis ecclesiae ad usum profanum in casu nullo modo mercaturae aequiparari potest, prout recurrentibus visum est, quia gravitas causae omnino patet.

Clausula suspensiva executionis decreti episcopalis per decisionem propositi dubii cadit.

10. Omnibus ergo accurate consideratis atque sive in iure sive in facto cribratis, prae oculis habito voto Rev.mi Promotoris Iustitiae deputati, infrascripti Patres Iudices, proposito dubio respondent:

«NEGATIVE, SEU NON CONSTARE DE VIOLATIONE LEGIS IN DECERNENDO OB DEFECTUM GRAVIS CAUSAE, IN CASU».

Quam Sententiam definitivam omnibus quorum interest notificandam atque ad executionem mandandam iubemus, ad omnes iuris effectus.

Pro expensis retineatur summa in arca nummaria N. S. T. deposita; partes vero honoraria patronis solvant.

Data Romae, e sede Supremi Tribunalis Signaturae Apostolicae,
die 4 mensis maii 1996.

Gilbertus Card. Agustoni,
Praefectus ac Ponens
Bernardinus Card. Gantin
D. Simon Card. Lourdasamy
Vincentius Card. Fagiolo
+ *Ioseph Mercieca*
+ *Iulianus Herranz*
+ *Philippus Giannini*
+ *Aemilius Eid*
+ *Eduardus Davino*

SUPREMO TRIBUNALE DELLA SEGNETURA APOSTOLICA - *Suppressionis paroeciae* - Decreto definitivo - 25 giugno 1994 - Prot. N. 24048/93 CA - Fagiolo, Ponente (*).

Unione di parrocchie e soppressione di chiesa parrocchiale - Giusta causa per la unione - Grave causa per la riduzione - Ruolo del Vescovo nella determinazione del bene di tutti i fedeli.

Fra i fattori che costituiscono la giusta causa per l'unione di più parrocchie vi sono la diminuzione del numero dei fedeli e la scarsità di clero. Il bene spirituale dei fedeli non viene determinato unicamente dai desideri di alcuni dei parrocchiani, ma anche dalle decisioni del Vescovo riguardanti il bene di tutti i fedeli affidati alla sua cura pastorale. Lo stato materiale (minaccia di rovina o situazione pericolante) della chiesa costituisce causa grave sufficiente per la sua soppressione, qualora l'autorità ecclesiastica ritenga non conveniente imporre ai fedeli l'onere di ripararla, pur essendo questi abili a farlo.

Incid: *Recursus adversus decretum reijectionis ex parte Congressus huius Supremi Tribunalis.*

FACTI SPECIES. — 1. Diebus 1 et 2 februarii 1992, Exc.mus ..., Episcopus N., nuntiavit se uniturum esse paroecias personales St.i Ioseph et B.M.V. ... in civitate episcopali pro fidelibus linguae gallicae erectas, manente una sola ecclesia paroeciali, «Notre Dame», suppressaque ecclesia St.i Ioseph.

In effectum deducta praefata decisione die 1 iunii 1992, d.ni X et Y recursum hierarchicum interposuerunt coram Congregatione pro Clericis, petentes revocationem unionis paroeciarum et restitutionem ecclesiae St.i Ioseph in usum sacrum.

Recurrentes deinde, visis notitiis in ephemeridibus dioecesanis datis de confirmatione decisionis Episcopi ex parte Congregationis

(*) Si veda nella sezione Dottrina l'articolo di F. DANEELS, *Soppressione, unione di parrocchie e riduzione ad uso profano della chiesa parrocchiale.*

pro Clericis, die 7 februarii 1993 provocaverunt ad hoc Supremum Forum.

In Congressu vero huius Supremi Tribunalis die 6 decembris 1993 habito, statutum est: «Recursum non admittitur ad disceptationem utpote manifeste omni fundamento carens».

Instantia 28 ianuarii 1994, D.nus X, nomine etiam D.ni Y, recurrit ad hoc Collegium adversus illam decisionem Congressus. Cl.ma tandem Patrona recurrentium, memoriali diei 14 februarii 1994, indicavit rationes ob quas recursum adversus decretum reiectionis admittendum esse censebat.

Nunc nobis quaeritur utrum infirmandum sit, necne, supradictum decretum Congressus seu «AN RECURSUS (d.norum X et Y) ADMITTENDUS SIT AD DISCEPTATIONEM, NECNE».

IN IURE ET IN FACTO. — 2. Quoad rationes recursus a cl.ma Patrona exhibitas circa assertas violationes legis in decernendo ex parte Episcopi N, unionem paroeciarum (cf. can. 515 § 2) respicientes, animadverso quod:

— Bonum spirituale fidelium non est aestimandum tantum ex optatis et desideriis aliquorum membrorum paroeciae; Episcopus, pastor cui concredita est cura omnium fidelium in dioecesi, bono spirituali omnium prospicere debet, v.g. per aequam distributionem sacerdotum in dioecesi;

— Numerus decrescens fidelium in duabus paroeciis personalibus, quae sunt confines, pro cura pastorali fidelium eiusdem linguae erectis, necnon minor copia sacerdotum in dioecesi — motiva quae in actis indicantur — per se constituunt iustam causam pro unione earundem paroeciarum personalium;

— Nulla aderat ratio ut impugnatum decretum Congressus fuis de iusta causa pro unione paroeciarum ageret, nam recurrentes antea de asserto talis causae defectu conquesti non erant.

3. Quoad adductas violationes legis in decernendo ex parte eiusdem Episcopi, circa suppressionem ecclesiae St. Ioseph (cfr. can. 1222, 2), perspecto quod:

— Conditio periculosa ecclesiae St. Ioseph confirmata est etiam ab iudice civili;

— Decisio Episcopi non respiciebat absolutam incapacitatem paroecianorum ecclesiam reparandi sed opportunitatem eos non gravandi huiusmodi onere.

4. Quoad rationes recursus a cl.ma Patrona exhibitas circa assertas violationes legis ex parte Congregationis pro Clericis quod attingit, perpenso quod:

— Ipsi recurrentes, etiamsi petivissent restitutionem ecclesiae St. i Ioseph in usum sacrum, numquam coram Congregatione asseruerunt can. 1222 § 2 violatum esse; proinde, nulla adest violatio legis eo quod Congregatio respondit de asserta violatione can. 515 § 2. sine citatione can. 1222 § 2;

— Recurrentes, per ipsam suam Patronam, conquesti sunt apud hanc Signaturam Apostolicam circa assertam violationem can. 1222 § 2, et de hac quaestione disceptatum est; quam ob rem sermo fieri nequit de iure defensionis hac in re coram hoc Supremo Foro denegato.

5. Perspectis quoque rationibus adductis in impugnato decreto Congressus.

6. Cum recursus de quo agitur nova elementa haud addat, nec solidam praebeat responsionem rationibus quibus Congressus decisionem suam diei 6 decembris 1993 condidit.

7. (...)

DECISIO. — NEGATIVE seu RECURSUS ADMITTENDUS NON EST AD DISCEPTATIONEM.

Datum Romae, e sede Supremi Tribunalis Signaturae Apostolicae, die 25 mensis iunii 1994.

Bernardinus Card. Gantin
D. Simon Card. Lourdusamy
Rosalius I. Card. Castillo Lara
Eduardus Card. Gagnon
Antonius Maria Card. Javierre Ortas
Vincentius Card. Fagiolo, Ponens
 + *Gilbertus Agustoni, Pro-Praefectus*
 + *Philipus Giannini*
 + *Aemilius Eid*

TRIBUNALE DELLA ROTA ROMANA - Reg. Latii seu Romana - Nullità del matrimonio - Esclusione dell'indissolubilità e della prole - Incapacità di assumere gli obblighi essenziali per cause di natura psichica - Sentenza definitiva - 22 febbraio 1996 - Stankiewicz, Ponente (*).

Matrimonio - Consenso - Simulazione - Atto positivo di volontà - Esclusione assoluta ed esclusione ipotetica - Carattere irritante dell'esclusione ipotetica - Simulazione parziale e beni agostiniani.

Matrimonio - Consenso - Simulazione - Esclusione dell'indissolubilità - Idee divorzistiche ed esclusione.

Matrimonio - Consenso - Simulazione - Esclusione della prole - Contenuto del « bonum prolis » - Fecondazione artificiale - Prova dell'esclusione - Causa simulandi.

Matrimonio - Consenso - Incapacitas assumendi onera ob causas naturae psychicae - Retroattività della norma - Antecedenza o concomitanza della causa dell'incapacità - Alcoolismo come possibile causa materiale dell'incapacità - Gravità dell'alcoolismo - Concomitanza con il momento del consenso.

L'esclusione dell'indissolubilità si può dare, con effetto irritante, sia in modo assoluto che condizionato o ipotetico, cioè, subordinato ad una determinata ipotesi del futuro. Tutti ammettono che, perché la simulazione abbia effetto irritante il consenso, non è necessario che sia assoluta, cioè non subordinata né dipendente da un evento futuro. Anzi, è più frequente che l'esclusione dell'indissolubilità si dia subordinata ad un'ipotesi determinata: « si amor defecerit, si lites graves adfuerint, si vita communis intolerabilis evaserit, etc. ». L'esclusione ipotetica o condizionata dell'indissolubilità non è causa di incertezza o di imperfezione dell'atto di esclusione, benché dal punto di vista giuridico il ricorso al processo di dichiarazione della nullità dipenda dal verificarsi o meno di un evento futuro. Per quanto riguarda la sistematica dei « tria bona » agostiniani nella distinzione dei diversi tipi di simulazione parziale, si può ancora affermare la sua utilità, identifi-

(*) Vedi, alla fine della sentenza, nota di HÉCTOR FRANCESCHI F., *Il contenuto del « bonum prolis » e del « bonum fidei » alla luce del fenomeno della procreazione artificiale.*

cando il «*bonum fidei*» ed il «*bonum sacramenti*» con le proprietà essenziali ed il «*bonum prolis*» con l'ordinazione alla procreazione ed educazione della prole.

L'esclusione dell'indissolubilità di solito si concretizza nella volontà di far ricorso al divorzio civile. La piaga del divorzio, che oggi pervade anche i fedeli cristiani, può far sì che anche tra i cattolici non di rado si celebri il matrimonio con la previsione di ricorrere al divorzio per recuperare la libertà, soprattutto se il matrimonio è naufragato. L'atteggiamento divorzistico può però convivere con la volontà personale di unirsi in vincolo perpetuo. Ci sono anche situazioni in cui, restando il divorzio una grave offesa alla legge naturale, è lecito ricorrerne, quando «rimane l'unico modo possibile di assicurare certi diritti legittimi, quali la cura dei figli o la tutela del patrimonio» (CCC, n. 2383). Nelle cause di nullità per esclusione dell'indissolubilità, si deve accertare se il ricorso al divorzio risponde ad una volontà di interrompere la vita coniugale, o di rivendicare la propria libertà nei confronti dell'altro, o da una volontà di rescindere il vincolo matrimoniale. Nella determinazione dell'animo di colui che ne fa ricorso, più che stare alle parole, si devono determinare chiaramente gli elementi soggettivi: modo di pensare, modo di agire, indole, vita cristiana, coerenza con lo stato coniugale scelto. In questo modo, si potrà distinguere tra il semplice errore circa la possibilità di ricorrere al divorzio, che è irrilevante (c. 1099), e l'atto positivo di volontà con il quale la persona, assolutamente o ipoteticamente, esclude l'indissolubilità (c. 1101, 2).

L'esclusione della prole riguarda il «*bonum prolis in suis principiis*», cioè, l'esclusione degli atti veramente coniugali, aperti alla procreazione, non la procreazione effettiva. Quindi, non c'è consenso matrimoniale se si esclude la procreazione mediante l'atto coniugale che ha un doppio significato unitivo e procreativo. L'esclusione riguarderebbe la prole in se stessa considerata soltanto in quanto, per la stessa natura delle cose, l'obbligo si estende anche alla conservazione della vita concepita. La procreazione della persona umana non deve essere separata dagli atti coniugali, come succede nella procreazione artificiale. Una procreazione così intesa, nella quale si dà una dissociazione dei significati unitivo e procreativo dell'atto coniugale (cfr. «*Evangelium Vitae*», 14, 23), potrebbe portare ad una volontà di esclusione del «*bonum prolis*» come diritto-obbligo agli atti veramente coniugali, che insieme uniscono i coniugi e sono fonte di nuova vita, in quanto il «*bonum prolis*» riguarda questi atti coniugali aperti alla vita, anziché l'effettiva nascita della prole. L'esclusione della prole può essere impli-

cita o anche esplicita, ma sempre conseguenza di una volontà positivamente contraria alla dimensione procreativa. Altrimenti, si deve concludere per un semplice proposito di evitare la procreazione, per un abuso del diritto coniugale. La procrastinazione della prole o la limitazione di essa in se stessa appartiene più all'uso o all'esercizio del diritto ed in nessun modo può inficiare il consenso che già in modo perfetto era stato dato. Si può quindi affermare che il « principio procreativo » sia un elemento essenziale dello stesso matrimonio e oggetto formale del consenso, che sotto l'aspetto soggettivo riguarda l'intenzione della prole o della procreazione, e sotto l'aspetto oggettivo, in ragione del nesso inscindibile tra l'aspetto procreativo e quello unitivo degli atti coniugali, riguarda i diritti-obblighi agli atti dell'amore coniugale, che devono necessariamente conservare la sua apertura alla trasmissione della vita umana. Per capire adeguatamente il senso personalistico della procreazione è necessario collegarla all'ordine singolare della persona, evitando così di intenderla come un mero fatto biologico, perché il figlio non è un risultato biologico, ma il frutto o il dono dell'amore coniugale. Per tutte queste ragioni, è bene evitare il termine « ius ad prolem », perché può essere malinteso. Anziché di un diritto alla prole avuta per qualsiasi mezzo, si deve parlare di diritto agli atti coniugali, che per la sua stessa natura sono ordinati alla procreazione (cfr. Inst. « Donum Vitae », II, B, 8). Nella prova dell'esclusione, sia questa dell'indissolubilità o della prole, deve constare con certezza l'atto positivo di volontà, che va distinto da altri stati mentali — giudizi, opinioni, dubbi, previsioni — o della volontà — inclinazioni, propensioni, desideri, abitudini — che non sono ancora un atto positivo di esclusione, il quale deve essere comunque provato da chi lo sostiene. Oltre la dichiarazione delle parti e le testimonianze, di grandissima importanza è la determinazione della causa remota e prossima dell'esclusione, che va distinta dalla causa di celebrazione. Provata la falsità della « causa simulandi », tutta la credibilità delle dichiarazioni viene meno.

L'incapacità di assumere gli obblighi essenziali del matrimonio non si deve identificare con l'incapacità di adempiere, tranne i casi in cui questa sia già in atto al momento del consenso matrimoniale. L'incapacità di adempiere, se risponde ad una causa psichica apparsa poco dopo la celebrazione del matrimonio, può essere un elemento utile per accertare l'esistenza al momento del consenso di una vera incapacità di assumere. La causa di natura psichica deve essere intesa come causa formale dell'incapacità. La causa materiale può essere fun-

zionale o endogena nonché organica o esogena. Tra le cause materiali dell'incapacità di assumere, la giurisprudenza rotale considera l'alcoolismo cronico, benché nel recente DSM-IV anziché di alcoolismo si parli di disordini nell'uso dell'alcool, essendoci molte discussioni sulle cause e sugli effetti. Anziché di alcoolismo si dovrebbe parlare di alcoolismi. Nel valutare l'alcoolismo come causa materiale dell'incapacità di assumere, essendo comunque di grande importanza la valutazione dei periti (cfr. cann. 1680; 1574), ci sono due elementi che devono essere provati: la presenza del processo tossico già al momento delle nozze, e la gravità di esso, che rendeva la persona incapace di instaurare e di mantenere la comunità di vita coniugale già al tempo delle nozze. Perciò, un alcoolismo cronico, persino grave, che abbia la sua origine soltanto dopo il matrimonio e non abbia riscontro nelle vicende precedenti il matrimonio, non potrà mai essere considerato una causa psichica che rende la persona incapace di « assumere » gli obblighi essenziali del matrimonio.

(*Omissis*). — FACTI SPECIES. — 1. Marcellus hac in causa actor, cum annum ageret vicesimum, oblata chorearum occasione apud amicos in oppido v. d. T.

Antonillae, in causa conventae, anno maiori quam ipse, obvium se dedit.

Dehinc iuvenes mutuo capti amore assiduam frequentationem instituerunt, et comprobantibus utrimque parentibus per sex fere continuos annos consuetudinem sponsaliciam duxerunt matrimonii futuri intuitu, servata tamen continentia praematrimoniali.

Tandem de communi consensu, praeparatione proxima ad matrimonii sacramentum peracta, partes sollempni ritu sacrum nuptiale confecerunt in Urbe, die 23 aprilis 1973, in ecclesia S. dicata, intra fines parociae C., parentibus et amicis praesentibus.

Post convivium nuptiale P. paratum confectumque inter plures convivas, novi coniuges libenti animo L. sanctuarium petierunt, adimplendae promissionis Immaculatae Virgini Mariae factae ab Antonilla.

Convictus coniugalis in oppido v. d. M. instauratus, deinde Romae perrectus, per aliquos annos absque umbris processit, haud obstante prolis defectu, quamvis coniuges perplures medicos hac in re audiverint.

Attamen, progrediente tempore propter uxoris propensionem ad ebrietatem vita communis in peiorem partem versa est. Ita enim,

exactis quattuordecim annis a matrimoni celebratione, separatio definitiva inter coniuges intercessit, quam Tribunal civile Urbis, die 12 maii 1987, ratam habuit.

2. Ad status sui libertatem recuperandam, vir actor die 10 maii 1988 libellum litis introductorium Tribunali Regionali Latii porrexit, ratione contractus et domicilii partis conventae competenti, quo matrimonium suum nullitatis accusavit propter exclusa bona sacramenti et prolis sua ex parte atque ob incapacitatem partis conventae obligationes matrimonii essentialia assumendi ex causis naturae psychicae.

Tribunal aditum, libello admissio, formulam dubii statuit ex capitibus adductis, in sessione die 27 maii 1988 habita, praesente parte conventa et petitioni actoris protinus refragante.

Deinde Tribunal satis amplam causae instructionem aggressum est, relatione peritali super actis causae et super persona conventae haud praetermissa. Immo, mandato procuratorio rite collato, pars conventa etiam formaliter sese constituit in iudicio, ut aptius ius defensionis exercere posset.

Interea actor alium processum apud magistratum civilem instituit pro assequendo divortio; quo obtento, aliam mulierem civiliter duxit.

Processu autem canonico rite confecto, Iudices primae instantiae sentiaverunt, die 5 maii 1992, constare de matrimonii nullitate tantum ob exclusum bonum sacramenti ex parte viri, ceteris capitibus negativa pronuntiatione dimissis.

Patrono partis conventae appellante, causa ad Nostrum Tribunal delata est, quod eam decreto diei 26 martii 1993 ad ordinarium examen alterius gradus remisit.

Admissa dein peritia privata, quam Patronus partis actricis exhibuit, receptis quoque scripturis defensionalibus iisque perpensis, nunc a Nobis respondendum est dubio rite concordato, die 30 iunii 1993, hac sub formula: *An constet de matrimonii nullitate, in casu, ob exclusum a viro bonum sacramenti et prolis, et ob incapacitatem mulieris conventae assumendi essentialia matrimonii obligationes.*

IN IURE. — I. *De exclusione boni sacramenti et prolis.* — 3. Cum leges ecclesiales respiciant futura, non praeterita, nisi nominatim in eis de praeteritis caveatur (can. 9), nullum adest dubium quin causa nullitatis huius matrimoni, quod vigente Codice Piano-Benedictino

celebratum est, secundum normas ab ipso determinatas iudicari ac definiri debeat. Omnes enim actus iuridici, qui ante novam legem positi sunt et effectus iuridicos obtinuerunt, lege antiqua exclusive reguntur quod attinet ad eorum validitatem.

Constat autem praescriptum can. 1086, 2 veteris Codicis circa exclusionem *boni sacramenti*, seu *indissolubilitatis*, plene congruere cum analogo praescripto can. 1101, 2 novi Codicis, pariter in iure naturali fundato, quod matrimonii nullitatem sancit, si alterutra vel utraque pars positivo voluntatis actu essentialem aliquam matrimonii proprietatem excludat.

Sed clausula exclusoria, quam nova lex adhibet, etsi a vetere lege formaliter non differt, latius tamen patet quia comprehendit etiam condiciones, quas dicunt, contra matrimonii indissolubilitatem, de quibus in can. 1092, n. 2 veteris Codicis cautum erat iuxta tenorem traditionis canonicae hisce signatae verbis: «Contraho tecum, donec inveniam aliam honore vel facultatibus digniorem» (Gregorius IX: c. 7, X, IV, 5).

Vetus enim norma circa condiciones de futuro contra matrimonii substantiam suppressa est, quia non statuebat «de condicionibus veri nominis, sed de actu positivo voluntatis», quo nempe essentialis aliqua matrimonii proprietas vel essentialia aliquod elementum excluderetur, verificato tamen aliquo determinato eventu (cf. *Communicationes* 3 [1971] p. 78; *ibid.*, 9 [1977] pp. 374-375; 15 [1983] pp. 233-234; cf. coram infr. Ponente, sent. 27 maii 1994, Reg. Triveneti seu Veronen., nn. 4-7).

4. Attenta igitur substantiali congruentia veteris normae de exclusionem indissolubilitatis matrimonii cum lege nova, in praxi rotali praescriptum can. 1101, 2 novi Codicis applicari solet etiam matrimoniis sub vetere Codice celebratis, si de eorum nullitate hoc ex capite fiat disceptatio (cf. coram De Lanversin, sent. 30 iulii 1985, n. 5: RRD LXXVII, p. 428; coram Jarawan, sent. 1 februarii 1986, n. 2: RRD LXXVIII, p. 91; coram Burke, sent. 13 iunii 1988, nn. 3-4: RRD LXXX, p. 380; coram Masala, sent. 24 ianuarii 1989, n. 2-3: RRD LXXXI, pp. 34-35; coram Doran, sent. 22 februarii 1990, n. 7: RRD LXXXII, p. 128; coram Colagioanni, sent. 9 aprilis 1991, n. 5: RRD LXXXIII, p. 228; coram Ragni, sent. 4 februarii 1992, nn. 3-4: RRD LXXXIV, pp. 24-25; coram Palestro, sent. 19 februarii 1992, nn. 3-4: RRD LXXXIV, p. 65; coram Faltin, sent. 19 februarii 1992, nn. 8-9: RRD LXXXIV, p.

74; coram Giannecchini, sent. 10 aprilis 1992, nn. 2-3: RRD LXXXIV, pp. 183-184).

Quem scilicet usum appellata sententia quoque sequitur (cf. n. 4), praesertim cum matrimonium ex ipsa divina institutione sit indissolubile, cuius igitur exclusio nullum reddit consensum iuxta formulationem sive veteris normae, sive nuper promulgatae.

Quod autem spectat ad duplicem modulationem exclusionis boni sacramenti, haec in praesentiarum non solum in communi constantique dictamine iurisprudentiali innititur, sicut iam sub vetere Codice obvenit, verum etiam ipso legis praescripto roboratur, quod ideo, ut supra paulatim indicatum est, praeter exclusionem absolutam indissolubilitatis etiam exclusionem conditionalem, seu hypotheticam, complectitur, id est pro determinata tantum ac praevisa hypothesi.

5. Omnes tamen consentiunt ad effectum nullitatis consensus haud requiri, ut exclusio indissolubilitatis absoluta sit tantum, per quam scilicet vinculi dissolvendi reservatio nullam subordinationem vel dependentiam ab aliquo futuro eventu periclitetur.

Quod ceterum rarissime obvenit, ut quis sanae mentis matrimonium ad determinatum dumtaxat tempus duraturum sibi arroget, nisi simul, urgente aliqua causa, omnem speciem consortii coniugalis recusare velit, etiamsi tale propositum potius figuram simulationis totalis ingrediatur quam exclusi boni sacramenti. Stabiles enim nuptias, id est absque termino finali stipulandas, civiles quoque leges sanciant, licet divortium facile concedant.

Certum est igitur consensum matrimoniale[m] infici conditionali quoque, seu hypothetica, quam vocant, boni sacramenti exclusionem, quae tunc locum habet, « cum actus positivus voluntatis solvendi vinculum foederis conubialis subordinatur cuidam hypothesi determinatae, veluti si amor defecerit, si lites graves adfuerint, si vita communis intolerabilis evaserit, etc. » (coram Colagiovanni, sent. 9 aprilis 1991, n. 10: RRD LXXXIII, p. 230).

Quin etiam « talis formulatio vel electio subordinata voluntatis psychologicae supponit causam aptam, cum de se matrimonium, hodie praesertim, proponitur et acceptatur ex amore, qui de se nullos limites patitur » (l. c.).

Exclusio tamen condicionalis boni sacramenti, seu hypothetica, incertitudinem vel imperfectionem ipsius actus exclusionis haud inducit, qui ideo sub respectu psychologico firmus ac definitivus eva-

dit, etiamsi sub respectu iuridico dissolutionis executionem pendere statuatur ab alicuius futuri eventus recognitione.

6. Quod autem spectat ad legem ecclesiam exclusioni *boni prolis* applicandam, nostro in casu quaedam incertitudo infundi potest propter diversam formulationem veteris et novae legis.

Attamen, ut ad rem docemur, novus Codex hac in re modum dicendi quidem contraxit, «sed obiectum consensus non mutavit, nec mutare potuisset, cum agatur de foedere in iure naturali fundato» (coram Agustoni, sent. 15 octobris 1985, n. 3: RRD LXXVII, p. 437).

Quamquam igitur «evidens est disparitas inter can. 1101, 2 legis vigentis et can. 1086, 2 praeteritae; in primo omittitur “omne ius ad conjugalem actum” eiusque loco ponitur “vel matrimonii essenziale aliquod elementum”, nihilominus “haec disparitas tamen nullam discriminationem adducit quoad bonum prolis eiusque relevantiam in ordine ad invaliditatem matrimonii causandam”» (coram Boccafola, sent. 16 ianuarii 1989, n. 4: RRD LXXXI, p. 10).

Etenim «uti certum habent sive doctrina sive iurisprudencia quod nihil est immutatum quoad rem e veteri disciplina matrimoniali», quia «in illam pericopem “matrimonii essenziale aliquod elementum” intrat etiam bonum prolis, cuius exclusio intra limites praefinitos a scientia et praxi forensi invalidum reddit foedus conjugale, natura sua ad prolis generationem ordinatum (cf. can. 1055, 1)» (l. c.).

Profecto, «cum eadem ordinatio ad prolem sit de essentia matrimonii, ipsa exclusa, matrimonium ipsum orbatum in sua natura elemento substantiali configuratur, atque ideo ipsum matrimonium, sic contractum, fucatur» (coram Colagiovanni, sent. 15 ianuarii 1987, Taurinen., n. 7).

7. Quandoquidem igitur «quoad caput exclusionis boni prolis nihil immutatum» (l. c.) esse putatur post novae legis promulgationem, sive ratio habeatur praecedentis legislationis, quae in fine primario matrimonii (can. 1013, 1 CIC a. 1917) et in iure ad conjugales actus (can. 1086, 2 CIC a. 1917) innitebatur, sive huius nunc vigentis, quae in obiectiva ordinatione matrimonii ad procreationem (can. 1055, 1) et ad actus per se aptos ad prolis generationem (can. 1061, 1), tamquam ad coniugii essentiam pertinenti (cf. can. 1101, 2), fundatur, haud mirum si in usu forensi rotali novae legis praescripta circa hoc caput adhiberi solent etiam in causis de nullitate matrimoniorum, quae sub ve-

tere Codice celebrata sunt (cf. coram De Jorio, sent. 22 februarii 1984, n. 3: RRD LXXVI, p. 109; coram Masala, sent. 17 decembris 1985, nn. 2-5: RRD LXXVII, p. 623; coram Palestro, sent. 29 ianuarii 1986, nn. 5-6: RRD LXXVIII, pp. 77-78; coram Huot, sent. 24 novembris 1987, n. 12: RRD LXXIX, p. 652; coram De Lanversin, sent. 21 februarii 1990, n. 12: RRD LXXXII, p. 112; coram Civili, sent. 9 decembris 1992, n. 3: RRD LXXXIV, p. 639).

Quae cum ita sint, ad utrumque nullitatis caput sub iudice quod spectat, haec verba apte referri possunt: «ex utraque legis formula exclusio indissolubilitatis, quae est essentialis matrimonii proprietas, et exclusio iuris ad coniugalem actum, seu exclusio boni prolis, quod est elementum essenziale eiusdem, coarctant matrimonialem consensum, et qui positivo voluntatis actu huiusmodi exclusiones ponit, invalide contrahit» (coram Di Felice, sent. 15 novembris 1986, n. 3: RRD LXXVIII, p. 635).

8. Sunt tamen qui legitimitatem usus schematis «bonorum» in causis de nullitate matrimonii impugnent, in quibus igitur loco exclusionis boni sacramenti, boni fidei vel boni prolis potius dicendum esse putant de exclusione indissolubilitatis, unitatis vel ordinationis ad prolem (cf. Olivares D'Angelo E., *La exclusión de la indisolubilidad*, in *Curso de derecho matrimonialy procesal canónico para profesionales del foro*, Salamanca 1994, p. 191).

Utique schema receptum bonorum sub respectu theologico amplio-rem significationem offert quam sub respectu iuridico, potissimum relate ad definienda nullitatis matrimonii capita.

Namque apud S. Augustinum, sicut animadversum est, «la formula *prole*, *fedeltà*, *sacramento*, e propria per antonomasia del matrimonio cristiano, nel quale la *prole*, oltre la procreazione ed educazione nel piano naturale, include la sua ordinazione alla rigenerazione come figli di Dio. La *fedeltà*, benché potenzialmente include la fedeltà all'unità irrevocabile del matrimonio, significa in modo predominante fedeltà alla sua unità, sia nel corrispondere all'altro coniuge quello che è il debito, quanto nel negarlo a ogni altra persona. Il *sacramento*, infine, potenzia e fortifica con il suo rapporto a Dio, per il mistero di Cristo e della Chiesa, la stessa *prole* e la *fedeltà*; però, siccome per il *sacramento* l'irrevocabilità ottiene forza e consistenza sconosciute nel matrimonio naturale, si comprende come si sia potuto creare l'equivoco circa una identificazione, in sant'Agostino, del *bene del sacramento* con l'indissolubilità matrimo-

niale» (Gil Hellín F., *Il matrimonio e la vita coniugale*, tr. it., Città del Vaticano 1996, p. 36).

9. Quin etiam «il contenuto del bene del sacramento, che veniva identificato quasi esclusivamente con l'indissolubilità del matrimonio, ha in San Tommaso tutta la ricchezza della "res significata" di cui il matrimonio è segno. E perciò non indica soltanto l'indissolubilità, ma tutto quello che acquista il matrimonio per l'essere segno dell'unione di Cristo e della Chiesa, ossia tutto quello che rientra nel suo significato sacramentale. Così il bene del sacramento, pur designando comunemente l'indissolubilità del vincolo matrimoniale, non impedisce che comprenda anche allo stesso tempo la sua unità, perché questa fluisce dal matrimonio in quanto segno di quella unione sacra. Unità e indissolubilità, richieste in parte dalla natura stessa del matrimonio, appartengono al contenuto della "res significata", e perciò al bene del sacramento» (ibid., pp. 47-48).

Nihilosecius tamen sub adpectu iuridico iurisprudencia Nostri Fori restrictivam significationem schematis bonorum hucusque secuta est atque sequitur, et quidem prius in ambitu condicionis contra matrimonii substantiam, ad normam celebris decretalis *Si condiciones* (c. 7, X, IV, 5), ita «ut si quis, in contrahendo matrimonio, condicionem uni ex his bonis contrariam apponeret, nulliter contraheret» (coram Many, sent. 3 februarii 1916, n. 4: SRRD VIII, p. 5), deinde, attentis posterioribus legibus (cf. can. 1086, 2 CIC a. 1917, can. 1101, 2 CIC a. 1983), etiam intra limites positivi voluntatis actus unum ex his bonis excludentis.

Iurisprudenciae enim potissimum interest ut elementa minima et constitutiva bonorum sacramenti, fidei et prolis describantur ac definiantur in ordine ad validitatem consensus matrimonialis, minime vero ut propositio theologica eorundem bonorum profundius perforatur.

Quare nihil obstate videtur, quominus in usu forensi canonico vim suam retineat translaticia identificatio bonorum sacramenti et fidei cum proprietatibus matrimonii essentialibus (cann. 1056; 1101, 2), atque boni prolis cum ordinatione matrimonii ad procreationem, tamquam cum eius elemento essentiali (cann. 1055, 1; 1101, 2), perspectis quoque principiis iurisprudenciae, quae congruenter schemati bonorum accurate confecta hucusque utiliter adhibentur.

10. Ad exclusionem *boni sacramenti*, seu indissolubilitatis matrimonii, articulatum quod spectat, haec, sicut e praxi iudiciorum sa-

tis constat, intentione ex parte alterutrius vel utriusque contrahentis divortii civilis sententiam capessendi usitate perfici solet.

Nostris enim temporibus matrimonii dignitas, sicut Concilium Vaticanum II naviter animadvertit, «divortii lue, amore sic dicto libero, aliisve deformationibus obscuratur» (Const. past. de Ecclesia in mundo huius temporis *Gaudium et spes*, 47), ita ut sentiendi cogitandique ratio, divortium quam maxime fovens, mentis habitum vitaeque modum pervadat etiam christifidelium, qui ideo ad nuptias celebrandas iuxta formam canonicam haud tam raro accedunt cum praevisione futuri divortii vel prorsus cum animo illud adhibendi ad libertatem status sui recuperandam, potissimum vero si vita coniugalis qualibet de causa irreparabile naufragium fecerit.

Quamvis civile divortium directe inficere non valeat matrimonium christianum ratum et consummatum, quod nulla humana potestate nullaque causa, praeterquam morte, dissolvi potest (can. 1141). nihilominus tamen antenuptiale propositum utendi divortio ad dissolvendum vinculum matrimonii sacramentalis, sicut una ex parte quolibet momento iuridico orbatum haberi nequit, ita quoque, alia ex parte, nec superaestimatum quidem robor tali proposito ascribi potest, perinde ac si ratione quadam automata positivam voluntatem dissolvendi omne vinculum ex solito secumferre debeat.

11. Imprimis sane dubitandum non est, quin aliquando consilium intendi civili divortio cum voluntate sese ligandi vinculo perpetuo componi possit.

Ad tuenda enim legitima iura civilia, quae celebratio matrimonii etiam iuxta formam canonicam consequi potest, si iure civili recognoscatur, interdum absque culpa morali recursui ad divortium civile annui licet, sicut Ecclesiae Catholicae Catechismus docet, quotiens nempe sententia divortii civilis «rimane l'unico modo possibile di assicurare certi diritti legittimi, quali la cura dei figli o la tutela del patrimonio» (Città del Vaticano 1992, n. 2383, p. 582).

Hoc tamen non obstante, divortium civile in se consideratum, sicut praelaudatus Catechismus monet, semper remanet «una grave offesa alla legge naturale», quatenus «pretende di sciogliere il patto liberamente stipulato dagli sposi, di vivere l'uno con l'altro fino alla morte», et insuper «offende l'Alleanza della salvezza, di cui il matrimonio sacramentale è segno» (ibid., n. 2384, p. 582).

Si quis igitur in consensu praestando pro infelici matrimonii exitu praeviderit se arrepturum esse sententiam divortii civilis, at-

tenta haud certa divortii significatione in campo canonico, in causis de nullitate matrimonii hoc ex capite agitatis semper inquirendum est «utrum agatur de voluntate vitam coniugalem disrumpendi, an de voluntate libertatem pro aliis vindicandi, an de voluntate vinculum matrimoniale rescindendi» (coram Huber, sent. 16 iunii 1994, Iacien., n. 5).

Quare in aestimatione animi contrahentis de servato sibi usu divortii civilis, praeter significationem corticis verborum, potissimum elementa subiectiva fautoris divortii attente perpendi debent, sicut ipsius forma habitusque mentis, agendi ratio, indoles, institutio, vitae christianae consuetudo atque cohaerentia cum status coniugalis electione.

Hoc enim modo prudenter secerni potest simplex error circa meram possibilitatem utendi divortio, qui natura sua voluntatem haud convertit ad matrimonium divortio dissolubile dumtaxat seligendum (cf. can. 1099), a positivo voluntatis actu, quo quis matrimonii indissolubilitatem absolute vel hypothetice excludat (can. 1101, 2).

12. Notum est autem in usu forensi canonico accusationem nullitatis matrimonii ob exclusionem boni sacramenti saepe saepius cum exclusione *boni prolis* cumulari, si ex parte eiusdem contrahentis eveniat, cum inter recusatam indissolubilitatem consortii coniugalis et vindicatam libertatem ab officio transmittendi vitam humanam, quod eiusdem consortii tantum proprium est, arcta conexio psychologica atque interdependentia intersit.

Idque haud mirandum, quia e contrario, seu sub adpectu positivo, «intima unio, utpote mutua duarum personarum donatio, sicut et bonum liberorum plenam coniugum fidem exigunt atque indissolubilem eorum unitatem urgent» (Conc. Oec. Vat. II, Const. past. *Gaudium et spes*, 48).

Iamvero qui matrimonii indissolubilitatem excludit, plerumque ad respuendam quoque filiorum procreationem pervenit, ne gravibus oneribus cum sustentanda educandaque prole coniunctis opprimatur. Immo utraque exclusio ex eadem causa originem suam ducere potest. Si quis enim in nuptiis ineundis suspicionem habeat alicuius defectus psychici in comparte, ipse positivo voluntatis actu facultatem dissolvendi vinculum matrimoniale existentiae talis deordinationis subicere potest una cum exclusionem procreationis, ne filii aliquo vitio correpti nascantur.

Quam ob rem merito affirmatum est indissolubilitatis exclusionem etiam reiectionem prolis efficere posse, et quo «firmitas prioris capituli adiumento esse potest alteri, quod tamen graviter non claudicet» (cf. coram Ferraro, sent. 20 decembris 1983, n. 5: RRD LXXV, p. 739).

Alia tamen et parte «etiam e contrario verum est cum exclusio indissolubilitatis non evincitur, exclusionem prolis et sola absentia filiorum deductam minore probatione communiri» (coram Serrano, sent. 13 ianuarii 1989, n. 8: RRD LXXXI, p. 4).

13. Set voluntas contra bonum prolis elicitata, sicut iurisprudencia translaticia retinet, secus ac illa contra bonum sacramenti, consensum matrimonialem tunc tantum irritum reddit, cum prolem «in suis principiis» excludit, hoc est cum intentionem prolis, seu procreandi per actus vere coniugales, subvertit. Commutatis verbis, talis exclusio, ut consensum invalidet, bonum prolis quoad ius et obligationem amplecti debet, non vero prolem «in seipsa» consideratam, seu procreationem effectivam, quae ad matrimonii usum tantum pertinet (cf. S. Thomas Aquinas, *In IV Librum Sentent.*, dist. 31, q. 1, a. 3, in c.), perspecto quod sterilitas consortium coniugale nec prohibet neque dirimit (can. 1084, 3).

«Ex consequenti», igitur, «illud quod “bonum prolis” vocari consuevit in doctrina theologica-canonistica elementum essenziale matrimonii constituit, adeo ut, si positivo voluntatis actu excludatur a contrahentibus, invalide ponatur consensus (cf. can. 1101, 2)» (coram Exc.mo Pompedda, sent. 19 octobris 1992, n. 4: RRD LXXXIV, p. 494).

Idque in usu vitae obvenit, cum quis excludit integrum ius vel officium procreandi e proprio coniuge per actus proprios unionis coniugalis ad prolis generationem aptos (cf. can. 1061, 1), quodque ius vel officium et ipsa rei natura etiam ad conservandam in vita conceptam prolem extenditur (cf. coram infr. Ponente, sent. 29 maii 1992, n. 13: RRD LXXXIII, p. 312).

14. Namque, sicut Ioannes Paulus II monet, procreatio «ab humana prorsus coniugalis actus complexione» segregari nequit. Secus enim «depravatur ita et corrumpitur sexualitatis humanae primigenius sensus ac duae significationes, coniunctionis videlicet et procreationis, quae in ipsa coniugalis actus natura continentur».

Hae enim significationes, cum «artificiose seiunguntur: hac sane ratione coniunctio violatur atque fecunditas subditur viri mulierisque

arbitratui»; «procreatio tunc fit “inimica”, quae in sexualitate agenda vitari debet: si forte eligitur, sumitur tantum quia proprium desiderium significat, vel directo propriam voluntatem “quacumque ratione” filium habendi, non quia alium prorsus accipere vult, ideoque vitae divitias sumere, quas filius secum fert» (Litt. Encycl. *Evangeliium vitae* [25 martii 1995], 14; 23: AAS 87 [1995] pp. 416; 427).

Haec dissociatio inter procreationem et actus coniugales naturales, seu ad novae vitae transmissionem apertos, in directa, quam vocant, prolis exclusionem potissimum attendi debet.

Quapropter directa prolis exclusio, ut consensum invalidet, ipsum ius ad actus per se aptos ad prolis generationem (cf. can. 1061, 1) attingere ac limitare debet.

Idque obvenire potest sive implicite, si procreatio absolute excludatur, ex quo limitatio iuris ad actus coniugales procreativos rite praesumitur; sive explicite, si exclusio procreationis in se contineat reservationem firmi arbitratus disponendi de iure ad actus coniugales integros, seu libere statuendi ac decernendi in matrimonio de iure coniugali ad naturales facultates procreativas. Sin secus, concludendum est de simplici proposito vitandi procreationem per iuris coniugalis abusum. Procrastinatio enim prolis vel limitatio filiorum «per se pertinent ad usum, seu exercitium iuris et nullo modo afficere possunt consensum, qui iam perfecte commutatus exstat» (coram Giannecchini, sent. 18 decembris 1987, n. 2: RRD LXXIX, p. 755).

15. Ex supradictis iam effici potest ut «principium procreativum» sit elementum essenziale ipsius matrimonii et obiecti formalis consensus, quod sub aspectu subiectivo intentionem prolis seu procreandi effingit, sub aspectu autem obiectivo «procreationis» rationem, quae ex iure divino nexu indissolubili cum ratione «unitatis» coniungitur, iuri officioque coniugali ad actus amoris coniugalis inculpiti, qui ideo ad vitae humanae transmissionem aptitudinem naturalem conservare debent (cf. coram infr. Ponente, sent. 17 decembris 1993, Reg. Latii seu Romana, n. 13).

Nam et sensu theologico «l'aspetto procreativo è una dimensione essenziale del matrimonio che si radica nell'essere stesso della persona», adeo ut «non si può pensare il matrimonio né parlarne come istituzione naturale senza vederlo allo stesso tempo e necessariamente nel suo aspetto procreativo»; ac proinde «la funzione della trasmissione della vita e le leggi che la regolano non sono dunque

qualcosa di esclusivamete biologico, ma appartengono in modo singolare all'ordine della persona» (Gil Hellín F., *Il matrimonio*, pp. 208-209).

Quoniam vero «in nova vita procreanda parentes animadvertunt filium, “fructum mutuae donationis in amore, donum vicissim ambobus extare, donum nempe ex dono profluens”» (*Evangelium vitae*, 92; p. 506), in usu forensi canonico quam maxime vitanda est locutio de «iure proprio ad prolem tradito-acceptato», prout appellata sententia hucusque disceptat (cf. n. 7), quia «ius ad prolem», seu ad filium quacumque ratione habendum, «ipsius filii dignitati atque naturae adversatur», eoque vel magis quod «matrimonium minime coniugibus ius confert ad filium habendum, sed ius dat dumtaxat ad actus naturales ponendos, qui per se ad procreationem ordinantur» (Congregatio pro Doctrina Fidei, *Instructio de observantia erga vitam humanam nascentem deque procreationis dignitate tuenda Donum vitae* [22 februarii 1987], II/B, 8: AAS 80 [1987] p. 97).

16. Cum ex iuris praesumptione internus animi consensus conformis habeatur verbis vel signis in celebrato matrimonio adhibitis (cf. can. 1101, 1), qui ideo in processu de nullitate sui matrimonii contrarium propugnat, ad normam iuris probare tenetur se positivo voluntatis actu e consensu matrimoniali essenziale aliquod matrimonii bonum, veluti sacramenti vel prolis, exclusisse, iuxta illud: «Onus probandi incumbit ei qui asserit» (can. 1526, 1).

Lex enim ecclesialis, dum positivum voluntatis actum requirit (cf. can. 1101, 2), essentialem exigentiam omni exclusioni imponit, sine qua matrimonii nullitas declarari nequit.

Quare impares sunt exclusioni peragenda ad normam iuris sive actus ipsius intellectus adversus indissolubilitatem vel procreationem coniecti, sicut iudicia, opiniones, dubia, praevisiones, sive imperfectae voluntatis motiones contra eadem matrimonii bona, sicut inclinationes, propensiones, desideria, dispositiones vel habitus voluntatis, cum ad formationem actus positivi voluntatis haud perveniant, eoque minus voluntatis inertia vel indifferentia erga memorata matrimonii bona.

Inter probationis elementa, praeter confessionem iudicalem et extraiudicalem ipsius simulantis, concordibus testium depositionibus confirmatam, potissimum locum obtinet simulationis causa proxima et remota, a contrahendi causa distincta.

At si in processu canonico simulationis causa omnino falsa appareat, tale factum assertae simulationi in causa huiuscemodi innixae omnem credibilitatem fidemque detrahit.

Quin immo, procumbente ita causa simulandi, etiam veridicentia testimoniorum super falsa causa simulationem exstruentium haud dubie evanescit.

II. *De incapacitate assumendi essentielles matrimonii obligationes.*

— 17. Quoniam irrevocabili consensu personali vir et mulier sese mutuo tradunt et accipiunt ad constituendum totius vitae consortium, in dote sua naturali ad bonum coniugum atque ad proles generationem et educationem ordinatum (cf. cann. 1055, 1; 1057, 2), haec mutua obstringensque eos donatio requirit, ut tempore celebrationis nuptiarum capaces sint quoque assumendi essentielles obligationes, quae foederi coniugii substantialiter inhaerent. Lex enim ecclesialis, in principiis iuris naturalis innixa, ideoque applicabilis etiam matrimoniis sub vetere Codice celebratis, expresse declarat incapaces esse matrimonii contrahendi, qui ob causas naturae psychicae obligationes matrimonii essentielles assumere non valent (can. 1095, n. 3).

Quamvis *incapacitas assumendi* essentielles matrimonii obligationes cum *incapacitate adimplendi* cohaereat, a qua immo pendere putetur (cf. *Communicationes* 3 [1971] p. 77), adimpletionis tamen incapacitas, cum in ambitu effectuum ipsius matrimonii operetur ac post nuptias tantum aperiri ac percipi possit, criterium decretorium pro incapacitate assumendi constituere non valet, nisi forte iam tempore celebrationis nuptiarum sit in actu.

Si enim incapacitas adimpletionis indolis psychicae circa aliquas obligationes essentielles nuptiis iam celebratis exordiat forasque prorumpat, vim suam in tempus praeteritum exserere nullatenus potest, nec ideo consensum matrimoniale ante elicitum attingere valet, cum causam praestare nequeat incapacitati assumendi tales obligationes tempore manifestationis consensus.

At si manifesta inadimpletio alicuius obligationis essentialis ex quadam compulsione psychica aliquamdiu post nuptias protracta sit, elementum utile afferre potest probationis exordio de vera incapacitate assumendi talem obligationem in nuptiis ineundis.

18. Incapacitas assumendi essentielles matrimonii obligationes, sicut lex expresse statuit, ex causis naturae psychicae tantum (cf. can. 1095, n. 3) exoriri potest.

Causa autem naturae psychicae huius incapacitatis secundum significationem *causae formalis* intelligi debet, quae scilicet ad ordinationem vitae psychicae contrahentis spectat, seu ad eius structuram psychicam abnormiter intentam, qua susceptio essentialium obligationum suapte natura praepediatur, independenter quidem a denominatione causae materialis efficientis eiusmodi deficientem compaginem.

Iamvero *causa materialis* structurae psychicae, incapacitatem assumendi essentialia obligationes inducentis, non solum functionalis, seu endogena, verum etiam organica, seu esogena, fieri potest.

Etenim, sicut periti in re psychiatrica docent, «dal punto di vista della scienza pura e semplice, qualunque distinzione tra malattia psichiatrica funzionale e organica è in un certo senso artificiosa». Immo iuxta aliquos «tutti i disturbi mentali devono essere fondamentalmente di natura biologica», quia «i fattori ambientali, così come i fattori genetico-costituzionali e gli agenti infettivi o tossici, influenzano la mente a livello del funzionamento cerebrale» (Gabbard G.O., *Psichiatria psicodinamica. Nuova edizione basata sul DSM-IV*, tr. it., Milano 1995, p. 15).

Alia tamen ex parte, sicut advertimur, «sebbene il cervello sia l'organo che assolve le funzioni della mente, cervello e mente non sono la stessa cosa. La scienza del cervello ancora non è in grado di spiegare completamente la mente o di rendere le funzioni mentali totalmente comprensibili, e probabilmente mai lo sarà» (l. c.).

19. Hac in re igitur ratio unitatis psycho-somaticae habenda est «sia che si tratti d'organogenesi o di psicogenesi prevalente, sia che si tratti d'espressioni patologiche somatiche o mentali» (Bécache A., *Malati psicosomatici*, in *Psicologia patologica*, tr. it., Milano-Parigi-Barcellona 1995, p. 238; cf. coram infr. Ponente, sent. 9 martii 1995, Armachana seu Dunen, n. 10).

At nihilominus morbus mere organicus, seu somaticus, tamquam causa materialis incapacitatis assumendi essentialia matrimonii obligationes acceptari nequit, etsi «ogni disturbo diviene psicosomatico quando viene considerato dal medico sotto questo angolo visuale o in questo senso» (Schneider P.B., *Psicologia medica*, tr. it., Milano 1982, p. 286). Circumscriptio enim elementi somatici alicuius perturbationis psychicae, seu inventio causae esogena talis perturbationis, maxime differt ab ipso morbo organico sub aspectu psychosomatico tantum considerato ubi perspicitur «solo un rapporto

contingente fra la condizione conflittuale dello psichismo e una qualunque malattia» (ibid., p. 262).

Namque si agatur de «disturbi lesionali, sia reversibili che irreversibili, oppure di disturbi funzionali ben definiti con importanti disfunzioni dei diversi sistemi, tali malattie in genere sono organiche e si uniformano alla descrizione che ne vien data nei testi clinici e nei trattati. La loro eziopatogenesi è più o meno nota e in generale viene conferita un'importanza assai scarsa ai fattori psicologici o psicosociali» (ibid., p. 266).

20. Inter causas materiales incapacitatis assumendi essentialis matrimonii obligationes iurisprudentia Nostri Fori interdum *alcoholismum chronicum* recenset (cf. coram Pinto, sent. 30 maii 1986, n. 5: in *L'incapacitas (can. 1095) nelle «sententiae selectae coram Pinto»*, Città del Vaticano 1988, p. 329; coram De Lanversin, sent. 1 martii 1989, nn. 8-16: RRD LXXXI, p. 179-184; coram Doran, sent. 15 novembris 1989, n. 14, p. 674; coram Exc.mo Pompedda, sent. 4 maii 1992, n. 15: RRD LXXXIV, p. 229; coram Boccafola, sent. 14 decembris 1995, Dublinen., n. 3), etiamsi deordinationem huiusmodi saepius consideret tamquam veram causam gravis defectus discretionis iudicii circa iura ex officia matrimonialia essentialia mutuo tradenda et acceptanda (can. 1095, n. 2; cf. coram Sabattani, sent. 24 februarii 1961, nn. 12-14: SRRD LIII, pp. 123-126; coram Rogers, sent. 22 februarii 1965, nn. 4-6: SRRD LVII, pp. 211-212; coram Palladini, sent. 17 maii 1972, nn. 4-8: SRRD LXIV, pp. 301-303; coram Davino, sent. 5 februarii 1975, n. 9: RRD LXVII, p. 47; coram Di Felice, sent. 17 ianuarii 1976, Chicagien., n. 6; coram infr. Ponente, sent. 21 ianuarii 1982, nn. 4-7: RRD LXXIV, pp. 36-39; coram Fiore, sent. 6 novembris 1982, nn. 10-11: RRD LXXIV, pp. 514-515; coram De Lanversin, sent. 19 novembris 1983, nn. 6-11: RRD LXXV, pp. 636-639; coram Ragni, sent. 26 novembris 1985, nn. 4-9: RRD LXXVII, pp. 544-550; coram Pinto, sent. 14 novembris 1986, n. 7: in *L'incapacitas*, p. 347; coram Bruno, sent. 18 decembris 1986, nn. 4-8: RRD LXXVIII, pp. 756-759; coram Ragni, sent. 11 iunii 1991, nn. 6-9: RRD LXXXIII, pp. 386-389. Cf. etiam Panizo Orallo S., *Alcoholismo droga y matrimonio*, Salamanca 1984, pp. 45-171).

21. Sed tamen usus termini «alcoholismus chronicus» in quaestionem vocari potest, cum recentiores descriptiones pesturbationum mentalium, secus ac illae antiquiores, syndromes psychiatricae ita de-

nominatae non amplius mentionem faciant (cf. *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders, Forth Edition, DSM-IVTM*, Washington 1994, pp. 194-204).

Alcoholismus enim, quem Jellinek definit «ogni uso di bevande alcoliche che causi un qualsivoglia danno all'individuo, o alla società o ad estrambi» (Jellinek E.M., *The Disease Concept of Alcoholism*, New Haven 1960, cit. apud Bruno F., *Aspetti psicobiologici e generali dell'alcoolismo*, in AA.VV., *Alcoolismo, tossicodipendenze e criminalità*, Milano 1988, p. 89), nunc recenseri solet inter perturbationes, quae ex huius substantiae usu proveniunt («Alcohol Use Disorders»), sicut dependentia ab alcoholo (DSM-IV 303.90 «Alcohol Dependence») et alcoholi abusus (DSM-IV 305.00 «Alcohol Abuse»), aut quae hac substantia iam inductae sunt («Alcohol-Induced Disorders»), sicut alcoholica intoxicatio (DSM-IV 303.00 «Alcohol Intoxication»), abstinencia ab alcoholo (DSM-IV 291.8 «Alcohol Withdrawal») aliaequae id genus alcoholo inductae vel cum eo conexas perturbationes (cf. *Diagnostic and Statistical Manual*, p. 195).

Praetermittendum sane non est quin iuxta maiorem partem hac in re psychiatrorum alcoholismus sit «un disturbo eterogeneo con un'eziologia multifattoriale». Quare «alcoolismo non è un'entità monolitica», et «in effetti, sarebbe più appropriato parlare di alcoolismi» (Gabbard G.O., *Psichiatria psicodinamica*, pp. 339-340).

22. In iudiciali aestimatione alcoholismi tamquam causae materialis incapacitatis assumendi essentiales matrimonii obligationes haec duo necessarie comprobanda sunt, potissimum petitorum suffragio (cf. cann. 1680; 1574), vetustas scilicet processus toxici, ad tempus saltem celebrationis nuptiarum sese referens, ac gravitas ipsius perturbationis alcoholicae, quae iam id temporis praepedire valeat ebrosi capacitatem instaurandi atque sustinendi communionem vitae coniugalis (cf. coram De Lanversin, sent. 1 martii 1989, n. 16: RRD LXXXI, p. 184), potissimum vero parem relationem personalem cum comparte ac mutuam psycho-sexualem integrationem.

At si ex probationibus in iudicio collectis intoxicationem in tempus postnuptiale tantum referendam esse appareat, de capacitate assumendi essentiales matrimonii obligationes hac ex causa non amplius ambigendum est.

Idque valet ad aliam quoque causam incapacitatis assumendi essentiales matrimonii obligationes, quae nostro in casu adducitur,

id est ad *perturbationem neuroticam* personalitatis, tametsi «neurosis» uti entitas psychiatrica, prout advertimur, «è stata addirittura scartata dalla “classificazione” delle malattie mentali del DSM-III» (Chartier J.P., *Strutture nevrotiche*, in *Psicologia patologica*, p. 151).

Quidquid enim de nomine perturbationis dici potest, firmum manet principium quod penes «vix per se sermo fieri potest de incapacitate validas contrahendi nuptias pro neuroticis», nisi «turbae ita graves in eis inveniantur», quae «essentialem obligationem coniugii tradere impediunt» (coram Bruno, sent. 20 iulii 1990, n. 4: RRD LXXXII, pp. 660-661).

IN FACTO. — I. *De exclusionem boni sacramenti et prolis.* — 23. Vir actor etsi confitetur se esse catholicum ex religionis officiorum observantem talemque fuisse etiam ante nuptias, videlicet tempore sexennii consuetudinis praematrimonialis cum conventa, hoc tamen non obstante sibi reservasse affirmat in nuptiis ineundis non solum facultatem divertendi in casu infelicis nuptiarum exitus, seu etiam non procreandi prolem e futuro matrimonio.

Idque in suo vadimonio hisce verbis enodat: «Il mio consenso fu limitato dalle due riserve contrarie alla prole e all'indissolubilità».

Namque, ut refert, «preoccupato di questa situazione», id est «del diabete mellito e dell'abuso di alcoolici, ebbi la ferma intenzione, fin dall'inizio, di non aver figli, perché tutto ciò avrebbe provocato dei nascituri tarati».

Itemque actor contendit se id temporis dubitationes in animo coluisse de partis conventae idoneitate «di sostenere gli impegni del matrimonio a consentire l'instaurarsi di una serena convivenza», praesertim «a causa anche del suo carattere infantile», ob quas inductus est ad exclusionem indissolubilitatis, quatenus «sarei ricorso al divorzio, se il matrimonio fosse andato male».

Inde ita repetit: «Questi miei dubbi mi indussero pensare che, se i miei dubbi fossero diventati realtà nella vita quotidiana, io mi sarei liberato dal vincolo con il divorzio. Io avrei fatto di tutto per aiutare Antonietta a risolvere i suoi problemi, ma, se non ci fossi riuscito, mi sarei liberato dal vincolo».

Insuper ipse addit se de hac intentione contra indissolubilitatem et prolem tum partem conventam ante nuptias edocuisse, tum familiares suos aliosque testet. Ait enim: «Io manifestai ad Antonietta entrambe le riserve: quella di non aver figli, e quella di divorziare in

caso di esito infelice del matrimonio». «Io manifestai le mie intenzioni ai miei familiari e ad altre persone».

24. Sed pars conventa, quamvis similiter fateatur se esse catholicam et religionis pietatisque officiorum observantem, tenaciter tamen infitatur actoris assertiones in iudicio factas sive de dubiis quoad stabilitatem futuri matrimonii sive de facultate divertendi aut non procreandi.

Imprimis conventa excludit cognitionem antenuptialem dubitationum vel haesitationum actoris circa matrimonium quod cum ipsa celebraturus erat. Refert enim: «Il giovane non mi ha mai esternato dubbi o perplessità circa il matrimonio futuro e circa i suoi sentimenti per me. Tutto procedeva liscio. Anche io mi sentivo di lui innamorata e siamo rimasti fedeli l'uno all'altro. Almeno per me ne sono convinta».

Simili modo conventa confirmat plenam acceptationem ex parte utriusque doctrinae catholicae de matrimonio: «I nostri principi in materia di matrimonio e delle sue proprietà e dei suoi doveri erano conformi all'insegnamento della religione cristiana e della Chiesa. Io sapevo che il matrimonio lega per tutta la vita, impone la procreazione della prole ed è basato sulla reciproca fedeltà fino alla morte. Conoscevo gli obblighi del matrimonio e mi ritenevo anche responsabile nell'assumerli e capace di adempierli».

Idque potissimum verum fuisse affirmat etiam ex parte actoris: «Anche il M. aveva del matrimonio una idea sana, così pure sulla prole, e sulla indissolubilità del vincolo. Non ha mai espresso idee divorziste. Anzi dirò che era contrario al divorzio. Lo ritenevo all'altezza del matrimonio e dei suoi doveri. Quindi nessuna ombra o nube tra noi nel periodo prematrimoniale».

Quibus assertionibus pars conventa etiam in altero vadimonio sub iuramento fidem facit: «Mio marito non ha mai manifestato né prima né dopo il matrimonio, nei quattordici anni di convivenza, di non voler un figlio, anzi diceva di volerlo. Infatti non è mai stato attento una sola sera ad evitare di fecondarmi».

Et quoad propositum divertendi: «Mo marito non ha mai manifestato a me, prima del matrimonio, idee o propositi divorzistici, aggiungo che egli era contrario al divorzio per principio».

25. Sicut appellata sententia merito notat, plures sunt testet a parte conventa inducti vel ex officio vocati, qui cum declarationibus

mulieris cohaerent et assertum ab actore propositum divertendi vel non procreandi firmiter pernegant.

Ex quibus Lidia, quae conventam ab infantia novit: «Non è vero che il M. si sia sposato con l'intenzione di divorziare». «Antonietta circa i figli, mi ha detto che ha abortito tre volte. Mi diceva che non poteva portarli avanti per il diabete».

Item Rosa, conventae fratris uxor: «Il M. dice di non volere figli, ma io ricordo che, quando ero incinta della mia bambina, Antonietta mi annunciò di essere anch'ella incinta. Io le chiesi come stava, ed ella mi disse: "Io ho quaranta anni, però sono contentissima per Marcello, perché so che desidera proprio un bambino"».

Itidem Martialis, conventae pater: «Durante il fidanzamento non mi sono emerse ombre o dubbi o perplessità di uno o dell'altro, e neppure propositi contrari al matrimonio». «Durante il matrimonio ci fu solo qualche aborto. Fu aborto spontaneo, perché ella desiderava i figli». «Davanti a Dio lo giuro, per me questo matrimonio è valido; si pensi che fu lui ad insistere perché io permettessi il matrimonio con mia figlia».

Haud dissimiliter Liberata, cui conventa ab infantia nota est: «Non ho mai visto il ragazzo perplesso circa il passo del matrimonio; lo vedevo felice, sereno e contento. Lo vedevo quasi tutti i giorni. Non mi consta di liti tra i due». «Anche dopo il matrimonio vedevo i due felici e affiatati». «Non sono nati figli. So di alcuni aborti naturali, spontanei».

Nec aliter Maria, quae utramque partem a pluribus annis bene novit: «Ho sempre notato un intenso affetto tra i due e affiatamento prima del matrimonio». «Prima del matrimonio non mi sono emerse riserve di consenso di uno o dell'altra. Tutto scorreva liscio tra i due: affetto, sintonia, intesa. Il fidanzamento durò 6 anni circa: né si può parlare di matrimonio forzato. Entrambi innamoratissimi uno dell'altra». «La M. desiderava un figlio ma purtroppo abortì 3 volte spontaneamente».

26. Quibus depositionibus alii testes partis conventae concidunt, uti Theresia, de communi infantia ex adulescentia cum conventa: «Il fidanzamento, per quel che mi consta si svolse serenamente. Non ho mai sentito il M. manifestare idee o riserve contrarie al matrimonio o alle sue proprietà. Non ha mai manifestato incertezza circa il passo del matrimonio. Ricordo che i due non vedevano l'ora di sposarsi». «La rividi poi in occasione del rientro in Italia

dalla Sardegna e seppi da lei dell'aborto verificatosi spontaneamente. Ne soffriva molto perché lei avrebbe tanto desiderato un bambino. Credo che anche il marito desiderasse un figlio».

Ita etiam Maria, amica ab infantia conventae: «Il fidanzamento con il M. trascorse sereno e tranquillo, notavo affiatamento e amore tra i due. Il giovane rimaneva in casa M. per lunghe ore portando con sé i libri di studio. Il M. non ha fatto mai discorsi almeno in mia presenza contrari al matrimonio ai suoi doveri e alle sue proprietà. Non ha mai manifestato intenzioni divorzistiche o contrarie alla prole. La ragazza desiderava la maternità». «Seppi di aborti naturali».

Item Francus, conventae frater: «Il fidanzamento durò qualche anno perché il M. ancora studiava. Il M. fu bene accolto da noi. Era divenuto per me un fratello». «Quando mia sorella rimase incinta il M. si mostrò lieto e mi disse: «Stai per diventare zio!». «Gli aborti erano spontanei».

27. Huc accedunt alii quoque testes partis conventae qui assertionibus actoris refragantur, sicut Marcella conventae amita: «Il periodo prematrimoniale trascorse sereno e tranquillo». «Il M. ne era innamoratissimo e rimase fidanzato con lei per parecchi anni e quindi ebbe tutto il tempo di accorgersi di eventuali carenze fisiche o psichiche». «Non mi sono mai state manifestate riserve di sorta né da parte di uno né da parte dell'altra. Aggiungo che, se il giovane avesse manifestato qualche stortura mentale o intenzionale, i M., che erano molto religiosi, non avrebbero permesso il matrimonio. Presi parte alle nozze e tutto si svolse serenamente». «Una volta fui invitata a casa loro e notai una grande armonia. Seppi anche degli aborti naturali». «Un figlio lo volevano, specialmente la sposa ma anche lui penso. Ricordo di tre aborti. Sentii dire in occasione dell'ultimo aborto che poteva dipendere dal diabete».

Item Alba, quae ante nuptias partis conventae curae filiolum suam demandaverat: «I due sembravano reciprocamente presi, il loro rapporto si svolgeva serenamente. Non mi consta di riserve di uno o dell'altro circa il matrimonio o i suoi obblighi e la sua natura, né mi consta di dubbi incertezze o perplessità circa il passo del matrimonio o circa il futuro coniugale». «La madre mi dava sempre notizie serene di loro. Seppi degli aborti naturali. Ignoro le cause. A dire il vero ricordo di un solo aborto».

28. Tandem notatu digna sunt verba ceterorum testium partis conventae, assertionibus actoris obloquentia, uti Antoniae conventae

consobrinae: «Il fidanzamento durò circa sei anni. Il M. era molto assiduo alla casa dei M. Rimaneva ore e ore dai miei zii. Lo trattavano come un figlio e tutto si svolgeva serenamente. I due erano reciprocamente presi uno dell'altro. Uscimmo alcune volte in quattro. Ci siamo sposati quasi contemporaneamente». «Prima del matrimonio non mi sono mai emersi discorsi strampalati da parte del M. circa la stabilità del vincolo o circa i figli. Neppure mi sono mai emersi propositi contrari alla perpetuità del vincolo o alla prole».

Idque sustinet etiam Franca, quae conventam a nativitate novit: «Egli non ha mai manifestato, almeno in mia presenza, idee, storture mentali e propositi contrari al matrimonio, alle sue proprietà, alla perpetuità o alla prole. A parte il fatto che Antonietta abortì per ben tre volte, quindi come si può sostenere che il marito non volesse i figli, se l'ha resa incinta per ben tre volte?».

Idque confirmat Clara, altera conventae amita: «Il M. prima delle nozze non ha mai manifestato idee, principi e tanto meno propositi contrari al matrimonio cristiano, alle sue proprietà e ai suoi doveri. Lo vedevo contento e innamorato di mia nipote. Lo posso affermare in piena coscienza».

29. E contra, testes ab actore inducti non solum exclusam ab eo vinculi indissolubilitatem vel procreationem, immo, interdum ipsi conventae quoque tribuendam, corroborare conantur, verum etiam causam exclusionis indigitant, huiusce viri adhaerendo assertionibus, hoc est de conventae indole infantili necnon de illius antenuptiali gravi morbo diabetae melliti atque de gravi alcoholismo.

Etenim, si actorem audiamus, exclusio indissolubilitatis et prolis obvenit propter «carattere infantile» partis conventae eiusque «carenze intellettuali», potissimum vero, ut ipse ait, «perché sapevo che il diabete mellito e l'eccesso di alcoolici possono provocare una prole tarata».

Hanc vero factorum narrationem etiam testes ab actore inducti concorditer repetunt.

Ita Paulus, actoris pater refert: «Comunque, prima del matrimonio, mio figlio mi disse che era preoccupato per lo stato di salute della ragazza e che, pur augurandosi che tutto andasse bene, si prefiggeva, nel caso che le sue previsioni potessero fallire, di ricorrere al divorzio. Quanto ai figli, aggiungo che egli era perplesso per lo stato di salute della ragazza e si prefiggeva di non procreare». «Marcello

seppe del diabete della moglie prima del matrimonio». Immo: «Anche Antonietta non voleva figli».

Similiter Laura, actoris soror: «Sapemmo che aveva il diabete e che beveva non normalmente. Tra i due c'era affetto, ma c'erano sempre i problemi di diabete. Inoltre già si sentiva dall'alito che beveva in maniera eccessiva». «Conoscendo questa situazione, Marcello mi accennò che non voleva figli dal matrimonio. Diceva che non intendeva procreare per sempre. Marcello era incerto, preoccupato. Accennò anche che, se il matrimonio fosse andato male, si sarebbe ripreso la propria libertà». «Una volta, mi sembra dopo l'aborto, Antonietta disse che non intendeva procreare figli; non mi spiegò il motivo».

30. Quoad reiectam ab actore prolem, cum praecedentibus concinit Maria, actoris matertera: «Appena conobbi la M., ella rivelò la sua indole infantile; qualche volta la vedevo barcollare, perché beveva. Ella aveva il diabete, che non si curava, e così aggravò la situazione». «Una volta, prima del matrimonio, mi disse che non voleva figli, perché temeva che venissero tarati, a motivo della salute della ragazza».

De utraque autem exclusionem loquitur Valtherius, actoris frater: «Egli mi confidò che era a conoscenza di alcuni problemi di natura sanitaria della M. perché aveva il diabete e mostrava una certa disponibilità nei confronti dell'alcool. Io stesso constatai in Antonietta dei comportamenti tipici dell'alcoolista». «Conscio però delle difficoltà enormi, nel caso di non risoluzione delle stesse, egli si propose di recedere dal suo rapporto matrimoniale»; «egli avrebbe receduto dal matrimonio attraverso il divorzio». «Comunque, data la situazione, si propose di non avere un figlio, proprio per i problemi di natura sanitaria». «La donna già prima del matrimonio era a conoscenza dell'intenzione di mio fratello di non avere figli».

Similiter ad sententiam actoris descendit quoque eius patruus, Titus: «Il ragazzo diceva di nutrire l'affetto nei confronti di Antonietta, ma aggiungeva comunque che qualora la ragazza non avesse dato l'esito da lui sperato, l'avrebbe lasciata. Marcello inoltre diceva che prima di tutto non voleva figli, perché sapeva bene che la ragazza era diabetica, e sapeva che un figlio poteva venire tarato o handicappato».

Sed David, actoris amicus, de illius disponibilitate tantum evitandi prolem ob magnum amorem erga conventam memorat, exclusam vero indissolubilitatem vinculi matrimonialis omnino ignorat.

Refert enim: « Quanto alla prole Marcello si mostrava più che disponibile ad evitarla, una volta che si fosse sposato, pur di non nuocere alla salute della giovane che egli amava », quatenus « Marcello era veramente innamorato della giovane. Penso proprio una cosa unica ». « Lui voleva solo bene a lei per il resto non gli interessava, compresi i figli ».

Praeterea licet testis inscius sit exclusae ab actore indissolubilitatis vinculi, addit tamen: « non escluderei che egli abbia proporsi una riserva del genere ».

31. Hae tamen narrationes ab actore eiusque familiaribus in iudicio redditae penitus collabuntur, sicut aedificia arte constructa crebri terrae motu, si causa assertae simulationis boni sacramenti et proli ex veritate ac profundius examinetur.

Idque appellata sententiae saltem quoad accusatam proli exclusionem sine fuco ac fallaciis ostendit hisce adhibitis verbis: « Sed haec falso inveniuntur adserta sive ab actore sive a praefatis testibus, eo quod tuto constat ex actis alcoholismi vitium initium sumpsisse in conventa post nuptias anno 1985 », id est duodecim annis post matrimonii celebrationem, et « diabetae melliti morbum in ea detectum fuisse mense octobri a. 1975 », videlicet plus quam duobus annis post nuptias, « quando pars conventa recepta fuit in nosocomium P. propter abortum involuntarium et ideo ante nuptias fuisse penitus ab omnibus ignoratum ».

Licet amplior disceptatio de morbo diabetico et alcoholismo remittenda est ad caput incapacitatis conventae quoad coniugii onera, argumenta tamen hucusque allata funditus comprobant conclusionem Iudicum primi gradus quos penes « deest omnino causa simulandi ante nuptias, falso ab actore eiusque testibus ab eo instructis temporis praenuptiali assignata ».

Exinde merito ac iure sententia primi gradus negativa pronuntiatione exclusionem boni proli ex parte viri dimisit, quia, « corruente causa simulandi, necesse est ut corruat ex propositum praevium actoris procreationi proli contrarium ».

Ceterum ex actis constat partem conventam perdurante convictu coniugali ter gravidam factam fuisse ab actore, etsi propter diabetae morbum tres quoque abortus involuntarios pati debuit. Quod factum non solum depositionibus conventae ac testium comprobatur, ut supra ample relatum est, sed etiam attestazione medicali doc-

toris Rochi, qui pariter demonstrat mulierem habuisse «tre interruzioni spontanee di gravidanza».

Uxoris autem graviditates tempore convictus coniugalis occurrentes rectam intentionem actoris circa procreationem in nuptiis ineundis haud dubie supponunt, sicut ipsa conventa denotat: «Volevamo assumerci tutti gli obblighi del matrimonio cristiano», atque integrum matrimonii usum ex parte viri comprobant.

32. At falsitas causae simulationis, quam actor tamquam veram significavit in iudicio, non solum commenticiam exclusionem procreationis complectitur, iam in prima instantia reiectam, verum etiam nunc agitatam indissolubilitatis vinculi exclusionem, attento quod super eodem falso fundamento contexta est tota causa nullitatis huius matrimonii ob simulationem consensus ex parte eiusdem viri.

Constat autem sententiam primae instantiae, relegatis manu confectis actoris eiusque testium depositionibus quoad causam exclusae procreationis, benigna quadam aestimatione causam exclusae indissolubilitatis vinculi permulsisse.

Utique memorata sententia propter factorum evidentiam ausa non est causam exclusionis indissolubilitatis tribuere diabetae vel alcoholismo chronico mulieris conventae, «quia haec duo tantum longe post nuptiarum celebrationem evenerunt», eoque minus necopinatis deliquiis eiusdem, item ex causa diabetae provenientibus iuxta actorem, contradicente tamen parte conventa cum suis testibus.

Nihilosecius appellata sententia opinatur «verum esse posse actorem revera aliquid invenire potuisse in agendi ratione conventae, quod dubium infelicis exitus nuptiarum in eo provocaverit una cum proposito divertendi in casu infelicis exitus nuptiarum».

Sed tamen «hoc unum elementum actori favens» in praesumptione tantum fragilis structurae characteris conventae pro tempore nuptiarum inniti potest, minime vero in certa ac determinata anomalia psychica ex parte eiusdem mulieris.

33. Etenim Perita in prima instantia ex officio designata, Prof. Maria G., etsi in structura personalitatis conventae notat «alcuni caratteri stabili che devono ritenersi esistenti fin dall'epoca adolescenziale», caute tamen hac in re procedendum esse advertit, quia «non si può dire con la dovuta certezza quanta parte dell'attuale quadro caratteriale sia precedente alla impregnazione alcoolica e quanto sia successivo».

Inde ipsa ita concludit: «In particolare si può rilevare che la signora ha oggi un buon livello di maturità affettivo-emozionale ed una buona capacità intellettuale, per cui possiamo arguire che, prima dell'azione degli abusi alcoolici, tali sfere non potevano che essere del tutto integre».

Narrationes autem circa infantilem agendi modum partis conventae ante nuptias, quas actor et testes ab eo inducti in iudicio reddiderunt, in aestimatione Peritae revera «non corrispondono al quadro di immaturità quanto piuttosto a quello dell'intossicazione alcoolica», inde periodum postnuptialem dumtaxat complectuntur, vel prorsus «appaiono generiche e prive di consistenza descrittiva».

Quin etiam nec conclusiones defensionales, quas Peritus privatus Prof. Franciscus R. ad instantiam actoris exaravit, declarationes veritati haud conformes actoris eiusque testium de plena certa que cognitione diabetae necnon alcoholismi conventae iam ante nuptias, ad bonam frugem emendare valent. Categoricalae enim assertiones Periti privati sive de diabeta mellito et alcoholismo iam tempore nuptiarum operantibus in parte conventa, tempus postnuptiale deprehensi diabetae ex patefacti alcoholismi inficere non possunt.

34. At de illis tribus elementis, quae causam assertae simulationis iuxta actorem efformant, Peritus privatus etiam sub adspectu canonico fortiter instat.

Ipse enim ita contendit: «Resta comunque per certo che la sempre più conclamata irregolarità del comportamento, il certo avvio verso gli abusi alcoolici, la sempre più manifestata incapacità di gestione di un legame matrimoniale, le stesse preoccupazioni organiche a fronte del diabete mellito hanno grandemente concorso nell'indurre nel M. dubbi e perplessità sulla opportunità e produttività di contrarre il matrimonio; ed alla lunga ha finito con il maturare la decisione in un vero e proprio clima di riserva mentale su aspetti fondamentali del vincolo».

Si tamen verba relationis peritalis attente perpendantur, dilucide apparet Peritum privatum postnuptiali agendi modo partis conventae originem dubiorum et perplexitatum antenuptialium actoris assignare ac deprompti ex assertis dubiis propositi simulatorii «su aspetti fondamentali del vincolo».

Nam post matrimonii celebrationem dumtaxat in conspectum aliis se dare potuit significata a Perito privato «la sempre più manifestata incapacità di gestione di un legame matrimoniale» mulieris

conventae, minime vero ante matrimonii celebrationem, quia tempore consuetudinis sponsaliciae inter sponso «un legame matrimoniale» nondum intercessit, ut pars conventa veram incapacitatem gerendi illud «sempre più» manifestare potuisset.

Idemque dicendum de partis conventae sollicitudinibus organicis «a fronte del diabete mellito», quae post nuptias tantum locum habere poterant, id est postquam morbus diabetae in eadem muliere deprehensus est.

35. Nec aliter aestimanda est memorata a Perito privato «la sempre più conclamata irregolarità del comportamento» partis conventae, quae procul dubio referri debet ad tempus incepti alcoholismi post nuptias.

Nam peritia ex officio peracta super persona conventae excludit in eadem pro tempore nuptiarum «sintomi patologici». Nulla tamen forma anomaliae psychicae confundi potest cum simplicitate personae, quae ex aliis causis provenit, ut puta ex defectu sufficientis educationis. Nostro autem in casu, iuxta Peritam ex officio, «anche il livello culturale della donna che ha frequentato la scuola fino alla prima media, non può che conformarsi al quadro di una personalità semplice».

Ceterum propter magnum amorem, quo actor ante nuptias conventam prosequatur, nihil eius revera interfuit, nisi ut peramatam Antonillam in matrimonium ducere posset.

Idque David, actoris amicus, claris verbis confirmat: «Lui voleva solo bene a lei, per il resto non gli interessava».

His tamen circumstantiis vi aut omnino non consideratis, sententia primae instantiae plenam fidem fecit depositionibus actoris eiusque paucorum testium ad rem paratorum circa propositum divertendi, etsi pars conventa ex plures testes veritatem talis propositi firmiter detrectaverunt.

Secus enim ac memorata sententia opinatur, depositiones conventae eiusque testium exclusioni indissolubilitatis insuperabilem faciunt difficultatem, quae insuper conamine actoris exhibendi falsam causam simulationis magni quoque aggravatur. Namque, sicut Defensor vinculi animadvertit, ob haec temptamenta, ipse vir, haud credibilis tenendus est in ceteris quoque iuxta illud: «semel mendax semper mendax».

Quae cum ita sint, etiam caput exclusionis indissolubilitatis vinculi matrimonialis ex parte actoris negativa pronuntiatione dimittendum esse Patres censent.

II. *De incapacitate assumendi essentialia matrimonii obligationes.* — 36. Cum vir actor in petitione pro obtinenda sententia divortii civilis perfectam valetudinem partis conventae denunciaverit, hoc est «propria efficienza fisica e psichica tanto che attualmente può esplicare, come esplica, una propria attività lavorativa», appellata sententia haud immerito infert eandem mulierem umquam gravi morbo naturae psychicae laborasse, qui eam incapacem assumendi essentialia matrimonii obligationes reddere potuisset.

Etenim graves obiurgationes actoris in processu matrimoniali canonico propositae adversus conventae infirmam valetudinem physicam ac psychicam tamquam veram causam illius incapacitatis ferendi coniugii onera, non solum in modo loquendi «evidenter eiusdem eruditionem exsuperant», sicut appellata sententia animadvertit, sed etiam a conventa pluribusque testibus ac documentis clinicis confutantur.

Imprimis ad *diabetam mellitum* partis conventae quod spectat, dignum memoratu est sententiam primae instantiae tamquam omnino falsas reiecisit actoris eiusque testium asseverationes de huius morbi cognitione iam ante nuptias tum ex parte eorundem tum ex parte mulieris conventae.

Iamvero ex chartula clinica valetudinarii P. die 22 octobris 1975 exarata, tuto constat diagnosim diabetae melliti tunc primum factam esse, videlicet occasione receptus partis conventae propter abortum involuntarium. Hoc autem diutius quam post duos annos a matrimonii celebratione obvenit.

Insuper haec diagnosis etiam ex aliis chartulis clinicis deducitur, insequenti tempore exaratis, videlicet a polyclinico H., die 29 martii 1978, deinde a valetudinario civili A., die 8 septembris 1984 et die 31 iulii 1985.

37. Quamvis in «anamnesi pathologica remota» chartulae clinicae valetudinarii civilis A., diei 8 septembris 1984 perscribatur: «diabete mellito insorto circa 11 anni prima (1975)», merito tamen appellata sententia aestimat initium morbi diabetae locum habuisse «minime anno 1973, prouti sequi videtur ex locutione» — utique ex computo erroneo — «circa 11 anni prima», sed praecise anno 1975, iuxta indicationem iam factam in priore chartula clinica nosocomii P. iam commemorata, in qua, immo, legitur quoque «solo nel gennaio '75, in seguito ad un patereccio, il curante effettuava delle analisi dalle quali risultava innalzamento della glicemia».

Proinde pro certo habendum est prima diabetae indicia mense ianuario a. 1975 apparuisse ex tunc tantum in notitiam conventae deferri potuisse. Ceterum, si erronea locutio chartulae clinicae diei 8 septembris 1984 acciperetur, prima diabetae indicia etiam in tempus postnuptiale ponenda essent, seu in mensem septembrem a. 1973, attenta matrimonii celebratione die 23 aprilis 1973 peracta. Seposita etiam ratione hereditaria diabetae melliti, explorationi appellatae sententiae omnino subscribendum est, quod ante nuptias neque conventa, neque actor vel huius testes praefati morbi ullam habere poterant notitiam.

Ex quo igitur consequitur ut omni ex parte reicienda sit quaelibet ratio anxietatis vel cuiuslibet perturbationis psychicae, parti conventae tribuenda tempore praenuptiali post receptam notitiam de morbo diabetae melliti, et consequenter quaelibet coniectura contendendi super tali fundamento eiusdem conventae incapacitatem assumendi coniugii onera.

Hac autem in luce omnino singularis apparet affirmatio fratris actoris, Valterii, qui ante nuptias, ut refert, «le procurai un ricovero presso il mio reparto, al Policlinico, dove operavo in quell'epoca». Testis enim tempore celebrati a partibus matrimonii dumtaxat undeviginti annos natus erat, ideoque munus chirurgi id temporis haud dubie exercere non valuit.

38. De *alcoholismo chronico* partis conventae, cuius iam supra facta est mentio ad occasionem disceptationis de simulationis causa, actor cum suis testibus fortiter instant, rati nempe quod illa iam ante nuptias «faceva abuso di alcoolici», «beveva non normalmente si è anche sentita male», immo «dei comportamenti tipici dell'alcoolista» iam ab illo tempore manifestavit.

Pars conventa cum suis testibus, e contra, alcoholismum in tempus postnuptiale differunt, id est «solo negli ultimi due o tre anni della convivenza», eiusque causam actori imputant, quia «egli la trascurava, preferendo andare in campagna con il suo cavallo», «la lasciava ore e ore sola», dum «ella aveva bisogno di compagnia».

Hanc vero factorum expositionem, minime vero illam quam actor proposuit, Perita ex officio deputata, Prof. Maria G., plene confirmat et alcoholismum chronicum in parte conventa ante nuptias excludit.

Ipsa enim, actis causae examinatis una cum documentis clinicis atque parte conventa pluries inspecta, casum sibi propositum ita ex-

plorat: «Passando ora ad esaminare l'affezione "alcolismo cronico" va detto che non esistono in atto elementi sufficienti a corroborare l'ipotesi di una preesistenza di detta patologia. Poiché non mancano documentazioni sanitarie, ritengo che il giudizio vada tratto dalle cartelle cliniche. Da tali atti si può notare in maniera inconfutabile che l'abuso alcolico risale al 1985».

Et addit: «In precedenza non solo non viene fatta menzione di abitudini alcoolomaniche, ma le stesse prove di funzionalità epatica sono sempre risultate nella norma, salvo che nel ricovero presso l'Ospedale di A. nel 1984 nel quale si fa cenno ad un'epatopatia definita come di "probabile natura jatrogena". Non si dimentichi infatti che all'epoca la signora faceva uso da circa dieci anni di ipoglicemizzanti».

Quin etiam: «Anche ammettendo che in detta occasione sia stata sottaciuta o non percepita la concomitanza dell'alcolismo appare quanto meno improbabile che l'abitudine patologica potesse essersi impiantata da oltre 12 anni!».

39. Sed Peritus privatus actoris, Prof. Franciscus R., contendit hoc in casu sermonem fieri posse etiam de dissimulatione alcoholismi ex parte mulieris conventae, attento quod «l'alcolista è notoriamente un grande dissimulatore ed un grande minimizzatore delle proprie propensioni abnormi, sicché a lungo nega e riesce talvolta a fuorviare anche gli altrui apprezzamenti».

Inde, ut ipse conicit: «è molto probabile che le stesse indicazioni anamnestiche rese in sede ospitaliera siano state al riguardo elusive e riduttive».

Quin etiam, iudicio Periti privati, «non può quindi sorprendere che i familiari della M. abbiano in qualche modo cercato di sminuire l'importanza del dato alcolico facilitando anche più comprensibili interpretazioni motivazionali quali la depressione per la morte della madre e la scarsa solidarietà ricevuta dal marito. Ed appare anche plausibile che in una prima fase il marito stesso abbia in qualche modo potuto concorrere per creare coperture esterne all'etilismo della moglie».

At nemo est qui non videat peritiam privatam coniecturas ac suspiciones de antenuptiali alcoholismo conventae in maius extollere, magis incumbendo enarratis ab actore propositis quam exitibus examinum clinicorum eorumque aestimationi iuxta scientiae praecepta.

Desunt igitur valida argumenta ut conclusio Peritae ex officio Prof. Mariae G. reici debeat, videlicet «che l'alcolismo cronico non possa ritenersi preesistente al matrimonio».

Cum vero alcoholismus chronicus in parte conventa longe matrimonii celebrationem subsecutus sit, tale vitium tempore nuptiarum eandem mulierem reddere non valuit incapacem assumendi essentielles matrimonii obligationes.

40. Restat denique videndum de asserta *personalitatis deordinatione seu complexione* ex parte mulieris conventae, an veram causam naturae psychicae praedictae incapacitatis constituerit.

Qua in re, perspectis partium earumque testium depositionibus inter se pugnantibus, potissimum de mulieris indole immatura ac infantili, prout iam superius commemoratum est, ad relationes peritales est recurrendum.

Sed Perita ex officio deputata, Prof. Maria G., perpensis elementis probatoriis in actis causae collectis, examine ad psychologiam et psychiatriam spectante super persona conventae peracto, in praesentiarum agnoscit in ea «una personalità fragile con tendenza alla reazione nevrotica», praecipue vero «una discreta dipendenza dagli altri, almeno nell'ordine di figure per lei affettivamente significative, con esplicita incapacità a sostenere la frustrazione in maniera stenica, e rinuncia alla lotta» una cum «il colorito essenzialmente intrapunitivo dell'aggressività».

Itemque iuxta explorationem peritalem «all'atto emerge altresì nella sig.ra M. uno stato di modica depressione del tono dell'umore che sembra verosimilmente più attribuibile a reazione ad avvenimenti contingenti che di natura endogena».

Obliviscendum tamen non est partem conventam post nuptias alcoholismo affectam fuisse, a quo tantum brevi tempore ante praedictum examen liberata est, prout Prof. Sebastianus, die 9 novembris 1989, attestatur: «dopo il ricovero presso di noi, avvenuto nell'86 e nell'87, è rimasta astinente ed ha ripreso adeguate funzioni sociali», et ipsa Perita ex officio comprobatur: «In atto non si sono rilevate note attribuibili al persistere di tale manifestazione».

41. Attamen, etsi «la personalità della Perizianda permette di ritenere che nel passato essa abbia sofferto di alcoolismo», nihilosecius tempore examinis, sicut ex relatione peritali comperimus, «non emergono note di deterioramento psichico e di alterazione della personalità tali da far pensare ad una azione destrutturante da parte di tale sostanza», eoque minus «non emerge, in particolare, alcun sintomo riferibile a cerebropatia o a psicosi tossica da alcool».

Praeterea, sicut ad rem monemur, «i disturbi sopra descritti», id est «all'atto dell'esame», «vanno intesi come screzi di personalità, di natura spiccatamente psicologica, non raffigurando alcun vero e proprio danno di interesse psichiatrico».

Eapropter, iudicio Peritae, pars conventa plena pollet capacitate standi in iudicio.

Perspecto autem statu praesenti psychico partis conventae, quae tempore examinis medicalis ostendit «un buon livello di maturità affettivo-emozionale ed una buona capacità intellettuale», Perita ex officio concludit «che, prima dell'azione degli abusi alcoolici tali sfere non potevano che essere del tutto integre».

Nec obstant, sicut Perita ex officio opinatur, «alcuni caratteri stabili» qui in structura personalitatis conventae in praesenti inspici possunt, quia cum certitudine dici nequit «quanta parte dell'attuale quadro caratteriale sia precedente all'impregnazione alcoolica e quanto sia successivo».

42. Ceterum memorati «caratteri stabili», iuxta considerationem Peritae, «appaiono più come configurazioni caratteriali che come sintomi patologici».

Cum his dumtaxat delimitationibus Perita ex officio admittit aliquem leviozem gradum deordinationis nevroticae personalitatis in parte conventa tempore nuptiarum, quae tamen functionem facultatum psychicarum praepedire non valuit, videlicet «non era di per sé di grado tale né da inficiare né da ridurre le capacità superiori della donna».

Hac igitur in luce opinio Periti privati actoris quam penes «independentemente dai tempi del concreto sopraggiungere dell'alcolismo abbiamo un profilo psicologico e psicopatologico della M. che anche in epoca premorbosa la vedeva portatrice di profonda insufficienza e di una sostanziale inadeguatezza all'approccio matrimoniale», magni amplificata apparet.

Perspecta enim conditione psychica conventae tempore nuptiarum, Perita ex officio putat «che la signora Antonietta doveva ritenersi capace di assumere le obbligazioni fondamentali del matrimonio cristiano, e di responsabilmente e stabilmente eseguirle anche in relazione al "bonum coniugum", non sussistendo alcun elemento di natura psicopatologica all'epoca del matrimonio».

Etenim «la signora M. aveva in sé la capacità di essere una buona moglie in senso cristiano», etsi «le sue caratteristiche psico-

logiche erano tali da poter creare delle difficoltà sul piano della convivenza, ma non certamente tali da far prevedere, all'epoca, a lei o ad altri veri e propri impedimenti».

Hae tamen difficultates praecaveri poterant, ut Perita ex officio tenet, «se entrambi i coniugi li avessero affrontati con la necessaria dedizione e la richiesta disponibilità».

Cum igitur desint argumenta ut a conclusionibus Peritae ex officio recedere debeat, Patribus visum est hoc pariter ex capite non constare de matrimonii nullitate.

43. Quibus omnibus in iure et facto mature consideratis, Nos infrascripti Patres Auditores de Turno, pro Tribunali sedentes et solum Deum prae oculis habentes, Christi nomine invocato, declaramus ac definitive sententiamus, proposito dubio respondentes: *negative ad omnia; seu non constare de matrimonii nullitate, in casu, tum ob exclusum a viro bonum sacramenti et bonum prolis, tum ob incapacitatem mulieris conventae assumendi essentialia matrimonii obligationes.*

Ita pronuntiamus, mandantes Ordinariis locorum et Tribunalium administris, ad quos spectat, ut hanc Nostram definitivam sententiam notificent omnibus, quorum intersit, ad omnes iuris effectus.

Romae, in sede Tribunalis Romanae Rotae, die 22 februarii 1996.

*Antonius Stankiewicz, Ponens
Marius Giannecchini
Ioseph Huber*

(*Omissis*)

Il contenuto del *bonum prolis* e del *bonum fidei* alla luce del fenomeno della procreazione artificiale.

1. *Premessa.*

La sentenza che ora pubblichiamo, tra diversi altri argomenti, propone alcune considerazioni che riguardano la stessa nozione di *bonum prolis* alla luce del diffondersi delle tecniche di fecondazione artificiale. Consapevoli della complessità dell'argomento e dell'abbondantissima bibliografia al riguardo, nonché dell'abbondante e chiaro Magistero recente, in questo nostro breve commento vo-

gliamo soltanto proporre alcune considerazioni dal punto di vista dell'oggetto del consenso matrimoniale, sotto l'ottica del fenomeno simulatorio. Per fare questo prenderemo spunto dalla stessa nozione di matrimonio e di consenso matrimoniale, messa a confronto con i progetti soggettivi apparentemente matrimoniali che, nella misura nella quale includono la volontà di procreare al di sopra della stessa natura del matrimonio come istituto per la sua stessa natura ordinato al bene della prole ed al bene dei coniugi, possono essere in collisione insuperabile con una vera volontà matrimoniale. Perciò, inceneremo la nostra attenzione su due argomenti attinenti i beni del matrimonio: il contenuto reale del bene della prole, argomento trattato dalla sentenza ⁽¹⁾, e la relazione tra il *bonum fidei* e la volontà di ricorrere a terze persone strane alla coppia allo scopo di «avere un figlio», che è stato trattato in un'altra sentenza dello stesso ponente ⁽²⁾.

2. *La dimensione personalistica della donazione coniugale.*

Non c'è dubbio che le nuove tecniche di procreazione artificiale hanno creato una situazione molto complessa, che necessariamente va approfondita dal punto di vista medico, giuridico, etico e antropologico. Tra le realtà che sono conseguenza delle tecniche di procreazione artificiale e che esigono una adeguata regolazione giuridica, possiamo indicare: la distruzione e manipolazione dell'embrione, la procreazione artificiale in coppie unite in matrimonio, la procreazione artificiale in coppie non sposate, la procreazione artificiale con partecipazioni di terzi (donazione di gameti e maternità di sostituzione), l'anonimato del terzo interveniente, la procreazione «post mortem» e la procreazione in donna sola. Tutte queste situazioni esigono una accurata disciplina giuridica che tenga conto della verità sull'uomo e sul matrimonio e ne rispetti la dignità ⁽³⁾. Inoltre,

⁽¹⁾ Cfr. nn. 6-7 e 12-15.

⁽²⁾ Cfr. c. STANKIEWICZ, *Romana*, 26 marzo 1990, n. 8, in RRDec., vol LXXXII (1990), pp. 227-228.

⁽³⁾ Cfr. H. CORRAL TALCIANI, *Familia y Derecho: Estudios sobre la realidad jurídica de la familia*, Santiago de Chile 1994, p. 163: «Una amplia reflexión sobre la trascendencia de la dignidad del ser humano, de todo el hombre, y de todos los hombres, podrá permitirnos articular respuestas jurídicas coherentes y fructíferas a los desafíos planteados por las ciencias médicas en materia de reproducción humana. Donde falte

per quanto riguarda la nozione stessa di matrimonio che è alla base di tutto il sistema matrimoniale della Chiesa e della nostra società, gli elementi introdotti dalle tecniche di fecondazione artificiale pongono non pochi problemi alla canonistica, che deve per forza riproporsi alcune delle nozioni acquisite riguardanti il matrimonio ed il consenso matrimoniale.

Il diffondersi di queste tecniche ha reso necessario un ripensamento sul contenuto stesso, dal punto di vista del personalismo, del bene della prole nel matrimonio e del bene della fedeltà, nella misura in cui oggi è possibile la prole senza atto coniugale, e la prole mediante l'intervento di persone estranee alla coppia, senza però una loro partecipazione nella donazione sessuale coniugale in senso stretto e fisico. Oggi, dinanzi all'estendersi delle tecniche di riproduzione artificiale, sono sorte delle nuove domande alla canonistica: la nozione stessa di paternità e di filiazione, il contenuto delle relazioni familiari, il senso e la portata degli impedimenti di parentela, il contenuto giuridico dei tradizionali *tria bona* del matrimonio. A quest'ultimo aspetto dedicheremo il nostro commento.

Un primo punto è la determinazione del senso e del contenuto della classica espressione *bonum prolis*. Fino a pochi anni fa, quando il fenomeno della fecondazione artificiale non era molto diffuso, l'ambiente canonistico non aveva sentito il bisogno di definire con chiarezza il rapporto tra fecondazione reale ed intenzione procreativa, se non dal punto di vista della contraccezione. In questo senso, le sentenze riguardanti l'esclusione del *bonum prolis* si indirizzavano alla inscindibilità tra le dimensioni unitiva e procreativa dell'atto coniugale sempre a partire dal fenomeno della contraccezione, che era quello dove l'uomo aveva qualche potere e sul quale poteva quindi agire. Perciò, la dottrina e la giurisprudenza riguardanti l'esclusione del *bonum prolis* avevano incentrato la loro attenzione sul fenomeno dell'esclusione della dimensione procreativa dell'atto coniugale mediante la contraccezione, essendo comunque chiara l'esclusione del *bonum prolis* in quei casi in cui venisse provata la volontà contraria alla stessa copula coniugale. Dinanzi alle nuove situazioni, pensiamo che la sentenza ora pubblicata faccia — benché in modo incidentale —

el sentido de lo humano, y del valor intangible de la persona, no será posible evitar que los descubrimientos y los avances tecnológicos terminen avasallando al mismo ser que pretendían servir. El progreso de la humanidad debe marchar por caminos humanos ».

un'interessante rilettura del contenuto del *bonum prolis*, che proporremo più avanti.

Allo stesso modo, il contenuto del *bonum fidei* come integrante della volontà matrimoniale era inteso come quella volontà di donazione esclusiva della propria sessualità all'altro coniuge, al quale apparteneva il diritto esclusivo agli atti coniugali con il proprio coniuge, che non poteva riservarsi un preteso diritto a compartire la propria sessualità con persone diverse dal coniuge. Comunque, diamo per acquisita la dottrina secondo la quale sarebbe contraria al *bonum fidei* anche la volontà di compartire sessualmente il proprio corpo con terze persone, benché non con volontà matrimoniale. Le discussioni riguardanti la distinzione tra *unità* e *fedeltà*, a nostro avviso, si sono indirizzate verso l'inclusione dell'obbligo della fedeltà coniugale entro il cosiddetto *bonum fidei*, questo grazie anche alla comprensione del matrimonio come donazione della coniugalità anziché come interscambio di diritti e obblighi. Oggi, però, la dottrina e la giurisprudenza si trovano con delle nuove difficoltà che richiedono un chiarimento: cosa succede se, malgrado il rispetto dell'esclusività dei rapporti coniugali, i coniugi hanno una volontà positiva di far ricorso alla fecondazione artificiale eterologa? Sarebbe questa una violazione grave dell'obbligo della fedeltà o dell'unità del matrimonio? Anche queste nuove problematiche esigono un maggiore approfondimento della comprensione della coniugalità e della stessa natura del matrimonio come donazione di essa con tutte le sue dimensioni di fedeltà, indissolubilità ed *apertura* alla fecondità.

Ci rendiamo conto della difficoltà per dare risposta ai nuovi problemi, tenuto conto della dottrina e della giurisprudenza costanti riguardo alla natura dell'adulterio. Bisogna comunque tener conto della *novità* del problema della fecondazione artificiale, che presenta al moralista e al giurista delle domande che esigono un previo approfondimento sulla realtà del matrimonio. In questo senso, sono di grande importanza i recenti documenti magisteriali che affrontano la questione⁽⁴⁾.

(4) Cfr. CONGREGAZIONE PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, *Instructio De observantia erga vitam humanam nascentem deque procreationis dignitate tuenda* (Donum Vitae), 22 febbraio 1987, in AAS 80 (1988), pp. 70-102; GIOVANNI PAOLO II, Enc. *Evangelium Vitae*, 25 marzo 1995, in AAS 87 (1995), pp. 401-522.

La strada per dare una risposta, a nostro avviso, non è quella di mettere l'accento sulla moralità dei mezzi utilizzati per avere dei figli o quella di ridefinire l'adulterio, bensì quella della comprensione della natura e del contenuto sia del *bonum prolis* che del *bonum fidei*, alla luce del vero personalismo che parte dal Concilio Vaticano II, allo scopo di poter capire quale sia l'oggetto del consenso matrimoniale, inteso più come donazione delle persone nella loro coniugalità anziché come interscambio di diritti ed obblighi. È vero che dal matrimonio nascono precisi diritti e obblighi, ma si deve tener conto che la donazione coniugale, quindi la volontà per realizzarla, non va indirizzata primariamente all'interscambio di questi diritti e doveri, ma alla costituzione della relazione giuridica matrimoniale che, per la sua stessa natura, è la loro fonte, essendo codesti diritti e doveri una conseguenza inscindibile del dono della propria coniugalità⁽⁵⁾.

3. Il «*bonum prolis*» e la fecondazione artificiale omologa.

Tra le nuove problematiche, si è già presentata in alcune sentenze rotali quella relativa al contenuto del *bonum prolis* e, quindi, alla possibile esclusione di esso. Perciò, si deve fare uno sforzo per individuare chiaramente cosa sia questo bene del matrimonio. È quello che tenta di fare il ponente nell'*in iure* della sentenza che ora pubblichiamo. Mettendo in luce la problematicità della fecondazione artificiale nei confronti dei beni del matrimonio, sottolinea, rifacendosi alla recente enciclica *Evangelium Vitae*, come la prole in quanto fine del matrimonio riguardi più l'apertura ai figli, cioè il diritto-obbligo agli atti coniugali nel loro significato unitivo e procreativo, anziché la effettiva volontà di avere prole. Tant'è così, che una volontà direttamente indirizzata alla prole, avuta con qualunque mezzo, potrebbe essere direttamente contraria alla natura del matrimonio. Ovviamente, se uno dei contraenti non vuole avere figli per

(5) Cfr. S. GHERRO, *Considerazioni canonistiche in tema di fecondazione artificiale*, in *Il Diritto di famiglia e delle persone* 16 (1987), pp. 1199-1217. L'autore snoda la ricchezza di contenuto e le conseguenze prettamente giuridiche della Istruzione *Donum Vitae* riguardante la fecondazione artificiale. In questo articolo vengono analizzate diverse questioni che spettano direttamente all'ambito del diritto: la nozione di persona, il significato relazionale del matrimonio, il rapporto volontà-oggetto del consenso matrimoniale, i diritti e doveri dei coniugi, i rapporti di parentela.

nessuna via, esclude il *bonum prolis* (6). Tuttavia, il figlio, che deve essere inteso come un dono, non può diventare un diritto dei coniugi. Una volontà procreativa contraria alla natura del matrimonio, che implichi anche una riserva sul modo in cui questa procreazione potrà avvenire, potrebbe indicare una volontà direttamente contraria al *bonum prolis* che, quindi, potrebbe intaccare nella sua origine il consenso matrimoniale.

Da questo punto di vista, il ponente fa un interessante sforzo di chiarimento sul vero contenuto del bene della prole sotto l'ottica dell'oggetto del consenso matrimoniale, affermando che il contenuto del *bonum prolis*, anziché la prole in se stessa, riguarda la prole «in suis principiis», cioè, il diritto-obbligo agli atti coniugali aperti alla generazione. Per questo, è bene precisare il contenuto del *bonum prolis*, allo scopo di evitare una comprensione errata, secondo la quale l'oggetto di questo bene sarebbe la prole stessa (7). Fino ad oggi sembrava chiaro e indiscusso il contenuto del *bonum prolis*, mettendosi l'accento sull'apertura alla procreazione degli atti coniugali. Le possibilità che sono aperte dalla fecondazione artificiale esigono l'approfondimento sulla «verità» del matrimonio nei confronti del bene dei figli che, in quanto realtà effettiva, vanno intesi come un dono anziché come un diritto.

In una sentenza c. De Lanversin, di 25 giugno 1994 (8), più volte commentata (9), si mettono a confronto queste due volontà, quella di escludere assolutamente la dimensione procreativa dell'atto coniu-

(6) Cfr. J.J. GARCÍA FAILDE, *Incidencia de las técnicas de reproducción artificial asistida en la exclusión de la prole y de la fidelidad*, in «Curso de Derecho Matrimonial y Procesal para profesionales del foro», XII, Salamanca 1997, p. 274-275: «Es nulo, por exclusión del llamado "bien de la prole", un matrimonio celebrado con intención de al menos uno de los dos contrayentes de no tener hijos *nada más* que mediante técnicas de reproducción artificial asistidas "homóloga"; esta intención no es intención de no tener hijos, como lo sería la intención de impedir con medios artificiales la concepción o el nacimiento de los hijos, sino intención de tener hijos pero a la vez intención de no tenerlos mediante relaciones íntimas sexuales naturales ordenadas a la procreación, sino sólo mediante actividades meramente artificiales».

(7) Cfr. *Ibidem*, p. 271: «El derecho que se adquiere y la obligación que se asume con el matrimonio no es un derecho y una obligación a tener hijos de cualquier modo o por cualquier procedimiento, sino un derecho y una obligación a tenerlos mediante el acto copulatorio».

(8) Cfr. c. DE LANVERSIN, *Passavien.*, 25 giugno 1994, in *Monitor Ecclesiasticus* 120 (1995), pp. 183-197.

(9) Cfr. F. SAUCHELLI, *La Rota Romana e la procreazione artificiale*, in IDE

gale, e quella di restare aperti all'eventuale prole mediante il ricorso alla fecondazione artificiale omologa, tramite l'uso del seme precedentemente depositato in una banca del seme. La sentenza, che decide per la nullità, mette l'accento sulla volontà contraria alla prole da parte del convenuto che, nonostante aver depositato il suo seme prima di sottoporsi ad una sterilizzazione, come si evince dai fatti, continuava ad essere, al momento delle nozze, totalmente contrario alla prole. Pensiamo, però, che si debba ancora approfondire l'argomento, perché il punto centrale della questione non è se il contraente aveva o meno una volontà contraria alla nascita della prole qualunque fosse il mezzo, bensì la sua volontà di apertura o meno alla dimensione procreativa dell'atto coniugale perché, come abbiamo già rilevato, il *bonum prolis* riguarda, ancor prima della prole in se stessa, l'accettazione della dimensione procreativa degli atti matrimoniali, elemento inscindibile ed impreteribile dell'atto in cui si manifesta la donazione matrimoniale. Inoltre, una volontà positivamente indirizzata a prendersi, senza tener conto della volontà dell'altro coniuge, la decisione sul se e quando avere dei figli, è gravemente e ingiustamente contraria ai diritto dell'altro, e potrebbe essere causa, se sufficientemente provata, della nullità del consenso matrimoniale.

Al momento di trovare il fondamento della radicale opposizione tra questa volontà personale e la vera volontà matrimoniale, alcuni mettono l'accento sulla illiceità degli stessi metodi di procreazione artificiale, sia questa omologa che eterologa, affermando che coloro che si riservano la decisione di avere figli mediante metodi immorali, o pericolosi per la vita, o straordinari, non prestano un vero consenso matrimoniale. È il caso della citata sentenza c. De Lanversin. Ma bisogna capire il perché: non è soltanto un problema di moralità, ma è una questione anche giuridica (di giustizia) poiché comporta la mancanza di vera e reale donazione-accettazione del *bonum prolis* inteso come donazione-accettazione della dimensione coniugale della sessualità propria e altrui, che si concretizza e si consuma nell'atto coniugale aperto alla vita per quanto sta alla volontà dei coniugi. Per questo, l'elemento determinante della volontà matrimoniale nei confronti del bene della prole è l'apertura all'atto coniugale realizzato nel rispetto delle sue due dimensioni, benché, per qualsivoglia

(1997), pp. 573-580; J. WERCKMEISTER, *Les nouvelles formes de procréation et leurs conséquences sur le droit de l'Eglise*, in *Revue de Droit Canonique*, 45 (1995), pp. 321-330.

causa, la fecondazione non sia possibile⁽¹⁰⁾. È questo il motivo per il quale colui che prima si era sottoposto liberamente alla vasectomia⁽¹¹⁾, quindi consapevole dell'impossibilità di procreare, potrebbe celebrare un valido matrimonio se la sua volontà, al momento delle nozze, era di apertura al significato procreativo dell'atto coniugale, forse a causa del pentimento e nella consapevolezza di dover fare qualcosa per rimediare la sua situazione.

Riguardo alla fecondazione omologa e la sua relazione con il *bonum prolis*, secondo Gherro, il discorso risulta molto complesso. Da una parte, una volontà indirizzata alla procreazione soltanto tramite l'inseminazione artificiale, nella misura in cui preclude la dimensione procreativa dell'atto coniugale già nella stessa volontà di uno o di entrambi i contraenti, sarebbe causa di nullità del matrimonio per esclusione del *bonum prolis* — *in suis principiis*, si potrebbe dire con la sentenza che ora pubblichiamo⁽¹²⁾ —, potendo anche arrivarsi ad una esclusione dello stesso *bonum coniugum*, quando il partner è inteso soltanto come il mezzo per ottenere un figlio a qualunque costo⁽¹³⁾. Poggiando proprio sulla dimensione unitiva e procreativa dell'atto coniugale, lo stesso autore afferma che una volontà decisa a ricorrere alla fecondazione artificiale, anche se fosse soltanto nel caso che naturalmente non ci fosse il figlio, benché mostri la volontà di non ricorrere alle relazioni sessuali con altre persone, potrebbe essere manifestazione di una volontà contraria alla dimensione coniugale — cammino per l'unità fisica e spirituale del coniugi e per la fecondità, anche fisica e spirituale di essi — della sessualità umana⁽¹⁴⁾.

⁽¹⁰⁾ F. SAUCHELLI, *La Rota Romana e la procreazione artificiale...*, cit., p. 577: «L'atteggiamento di colui che rifiuti la generazione per via naturale, accettando di avere figli dal proprio coniuge solo attraverso una qualche tecnica di procreazione artificiale, è da ritenersi contrario alla sostanza del matrimonio, sotto il profilo del *bonum prolis*. Più in profondità probabilmente viene ad essere intaccato anche il contenuto stesso del *bonum coniugum*, dato che si può arrivare a costringere il coniuge a tenere comportamenti contrastanti con il "diritto ad una paternità o maternità naturale", e pertanto lesivi della sua dignità personali». Cfr. anche P. MONETA, *Procreazione artificiale e diritto matrimoniale canonico*, in *Il Diritto di famiglia e delle persone* 16 (1987), pp. 1303-1314 e U. NAVARRETE, *Novae methodi technicae procreationis humanae et ius canonicum matrimoniale*, in *Periodica* 77 (1988), pp. 77-107.

⁽¹¹⁾ È il caso della sentenza c. De Lanversin che abbiamo citato.

⁽¹²⁾ Cfr. c. STANKIEWICZ, *Romana*, 22 febbraio 1996, n. 13.

⁽¹³⁾ S. GHERRO, *Considerazioni canonistiche...*, cit., p. 1208-1209.

⁽¹⁴⁾ *Ibidem*, p. 1211.

Si dovrebbe, però, accertare nel singolo caso la volontà positiva contro un elemento essenziale del matrimonio: si debbono distinguere le opinioni e le idee della volontà positiva che esclude un elemento o una proprietà essenziale del matrimonio.

Nello stesso senso, anche Navarro-Valls mette a confronto la volontà indirizzata verso la fecondazione omologa ed il *bonum prolis* insieme al *bonum coniugum*, affermando che sarebbe contraria alla sostanza del matrimonio, per esclusione del *bonum prolis*, una volontà indirizzata ad avere figli dal proprio coniuge, ma soltanto mediante le tecniche di riproduzione artificiale, a causa di un rifiuto dei rapporti sessuale. E lo spiega in questo modo: «L'accettazione della generazione al di fuori delle sue basi naturali non è sufficiente per integrare il *bonum prolis*; implicherebbe privare l'altro coniuge del suo diritto alla paternità o alla maternità naturali, entrando così in collisione con il *bonum coniugum*, che è uno degli elementi essenziali del matrimonio alla luce del canone 1055 del CIC»⁽¹⁵⁾.

A nostro avviso, è proprio questa la radice del problema: la fecondazione artificiale, anche quella omologa, è contraria alla natura stessa del matrimonio in quanto rompe la dimensione di paternità o di maternità della coniugalità. Il figlio nato frutto della fecondazione artificiale non è, in senso proprio, frutto del matrimonio. Come afferma Hervada, benché sia un figlio di entrambi, non lo è *propriamente* del loro matrimonio, perché non è un figlio *matrimoniale* secondo la natura⁽¹⁶⁾. Ecco qui il fondamento ultimo della nullità di un matrimonio che, già nel suo momento fondazionale mediante il consenso, esclude la dimensione della paternità e maternità naturali, benché sia aperto ai figli per altri mezzi non strettamente matrimoniali.

4. Il «*bonum fidei*» e la fecondazione artificiale eterologa.

Un problema diverso si presenta quando la volontà dei contraenti è quella di ricorrere anche alla fecondazione eterologa. La dottrina e la giurisprudenza recenti affermano anche l'opposizione tra la volontà di far ricorso alla fecondazione artificiale eterologa ed il *bonum fidei* del matrimonio. Quindi risulta chiaro che una vo-

(15) R. NAVARRO-VALLS, *Matrimonio y Derecho*, Madrid 1995, p. 127. La traduzione è nostra.

(16) Cfr. J. HERVADA, *Escritos de Derecho Natural*, Pamplona 1993, p. 545.

lontà positiva di ricorrere alla fecondazione eterologa, oltre alla possibile esclusione del diritto agli atti veramente coniugali, cioè nel rispetto dei fini unitivo e procreativo, sarebbe anche una volontà contraria all'unità del matrimonio, in quanto si avrebbe la volontà di far uso dei gameti di un terzo estraneo alla coppia, o di donare i propri gameti o di dare in « affitto » il proprio grembo. Questo è così perché la coniugalità implica necessariamente la potenziale paternità e maternità, nella cui realizzazione, per la loro propria natura, non è ammissibile l'intervento di un terzo estraneo alla coppia: la donazione coniugale include la realtà intrasferibile di essere padre dei propri figli, da parte del marito, e di essere madre dei propri figli, da parte della moglie⁽¹⁷⁾.

In questo senso, García Faílde sostiene che una volontà indirizzata alla donazione di gameti per la fecondazione eterologa, o la volontà che la moglie venga inseminata con il seme di un terzo, sia questo con l'assenso o meno dell'altro contraente, potrebbe essere manifestazione di una volontà direttamente contraria al bene della fedeltà coniugale, in quanto contraria all'esclusività⁽¹⁸⁾.

(17) Cfr. c. STANKIEWICZ, *Romana*, 26 marzo 1990, n. 8, in RRDec., vol LXXXII (1990), pp. 227-228. In questa sentenza si prende in considerazione la situazione: « His saltem perpensis, etiam ex natura vinculi coniugalis certo deduci potest momentum iuridicum, et non tantum morale, exclusivi iuris ad actus coniugales, mutuuum quoque officium fidelitatis natura sua inducentis, attento quod Ecclesia semper confirmat "coniugum officium fidelitatem servandi" necnon "inaestimabile momentum indissolubilitatis et fidelitatis matrimonialis" (Ioannes Paulus II, Adhort. apost. Familiaris consortio, n. 20; AAS 74 [1982] 103. 104).

Itemque, sicut Congregatio pro Doctrina Fidei praecipit, "vinculum, quod inter coniuges intercedit, ius exclusivum dat illis obiectivum atque inalienabile, ut uterque fiat pater et mater nonnisi per alterum", ex quo etiam "usus gametum extraneae personae, ut ovulum vel sperma componentur, iam foedus frangit coniugum mutuuum, graviterque violat praecipuam matrimonii dotem, quae in unitate consistit", attento quod coniugum "fidelitas, in unitate matrimonii, secumfert mutuam observantiam erga ius utriuslibet", quod est exclusivum (Instructio de observantia erga vitam humanam nascentem deque procreationis dignitate tuenda, diei 22 februarii 1987, n. II, A, 1, 2; AAS 80 [1988] 87-88).

Qua de causa, si alterutra vel utraque pars positivo actu voluntatis sibi reservat ius "dividendi carnem" cum tertiis, etiamsi ad fines procreativos, — ut puta "ius recurrenti ad foecundationem heterologam", "ad semen 'datum' sive directe sive ex 'deposito seminis' ad foecundandum ovulum uxoris", vel "ut semen mariti adhibeatur ad foecundandam aliam mulierem", aut "ius accipiendi commodato uterum alius mulieris", vel aliud hisce aequiparatum —, tali in casu "non praestat verum consensum matrimoniale, ideoque invalide contrahit" (U. NAVARRETE, *Novae methodi technicae procreationis humanae et ius canonicum matrimoniale*, in *Periodica* 77 (1988) 97-98).

Riguardo al *bonum fidei* afferma Gherro: «Non può, dunque, sfuggire la necessità di approfondire l'indagine giuridica sulla materia deducendo dagli assunti che vengono esposti (...) in tema di fecondazione artificiale eterologa. Questa pratica viene considerata "contraria all'unità del matrimonio", alla "dignità degli sposi", al necessario "rispetto della fedeltà coniugale", la quale "esige che il figlio sia concepito nel matrimonio": "il legame esistente tra i coniugi — infatti — attribuisce agli sposi, in maniera oggettiva e inalienabile, il diritto esclusivo a diventare padre o madre soltanto l'uno attraverso l'altro" (Istruzione, cit., II, A)»⁽¹⁹⁾.

Gherro è dell'opinione che qualunque volontà che ammetta al momento del consenso il ricorso alla fecondazione eterologa, qualora fosse necessaria per avere un figlio, sarebbe una volontà contraria al *bonum fidei* e quindi causa della nullità del consenso matrimoniale. È però consapevole della difficoltà di questa affermazione, quando tenta di superare la classica e quasi unanime distinzione che fa la giurisprudenza tra il diritto e l'uso del diritto⁽²⁰⁾. Pensiamo comunque che nel singolo caso si debba accertare chiaramente l'esistenza di una volontà positiva di esclusione del *bonum fidei* già nel momento del consenso per poter dichiarare la nullità del matrimonio.

Navarro-Valls, da parte sua, sostiene che «la classica esclusione del *bonum fidei* comprenderebbe non soltanto colui che si riserva, nel momento di dare il suo consenso, il diritto di mantenere rapporti sessuali fuori dal matrimonio, ma anche colui che si propone, mantenendo comunque l'obbligo della fedeltà sul piano sessuale, di generare figli con persona diversa dal proprio coniuge, facendo ricorso alla fecondazione artificiale eterologa (...). Questa intenzione implicherebbe togliere al matrimonio uno dei suoi elementi essenziali, modificandone la genuina struttura. Questo tipo di fecondazione intro-

(18) J.J. GARCÍA FÁILDE, *Incidencia de las técnicas...*, cit., pp. 275-283.

(19) S. GHERRO, *Considerazioni canonistiche...*, cit., p. 1206.

(20) Cfr. *Ibidem*, pp. 1208-1209: «A ben vedere, infatti, chi pensa, al momento del matrimonio, di ricorrere, *si casus ferat*, alla fecondazione eterologa, riconosce all'altro coniuge il diritto all'esclusività degli atti coniugali e mostra di assumere anche l'impegno a non concretizzare atti sessuali con un'altra persona: cioè a non "abusare" del matrimonio secondo la logica dianzi richiamata. Ma in tale ipotesi ugualmente si programma un comportamento che viola il diritto coniugale esclusivo alla procreazione e che comporta, ad un tempo, rifiuto dell'ontologia immanente alla sacramentalità del vincolo».

duce nell'intimità coniugale una terza persona, alterando così la struttura unitaria del matrimonio e compromettendone l'unità»⁽²¹⁾.

Il motivo della possibile nullità, ancora una volta, va rintracciato nella volontà positivamente indirizzata ad un progetto soggettivo che è essenzialmente contrario alla vera nozione di matrimonio, in quanto il figlio diventa l'oggetto del consenso, ovviando l'esclusività della dimensione di paternità o di maternità dell'altro coniuge, che non può essere sostituita da nessuno, e che non può essere donata a nessuno al di fuori dalla relazione matrimoniale⁽²²⁾. In questi casi, oltre la scissione della intima unità tra atto matrimoniale e fecondità, tra fine unitivo e fine procreativo, c'è una radicale violazione dell'esclusività della donazione matrimoniale che, se già al momento della celebrazione del matrimonio formava parte del progetto matrimoniale soggettivo, intacca radicalmente lo stesso consenso.

Héctor Franceschi F.

⁽²¹⁾ R. NAVARRO-VALLS, *Matrimonio y Derecho*, cit., pp. 126-127. La traduzione è nostra.

⁽²²⁾ Cfr. Istr. *Donum Vitae*, cit., II, B, 8.

Note e commenti

Pagina bianca

LA LEGISLAZIONE GENERALE SUL PROCEDIMENTO DI FORMAZIONE DEGLI ATTI AMMINISTRATIVI NEL DIRITTO CANONICO

1. La considerazione della procedura amministrativa durante i lavori di riforma del Codice di Diritto canonico. — 2. La parte dello « Schema canonum de Procedura amministrativa » riguardante la formazione dell'atto amministrativo. — 3. Dalla ipotizzata promulgazione dello schema sulla procedura amministrativa come legge anteriore al Codice all'integrazione nel corpo codiciale. — 4. Valutazioni della dottrina circa la concreta normativa introdotta nel Codice latino riguardante il procedimento amministrativo. — 5. Il procedimento amministrativo e i diritti soggettivi. — 6. Il contrasto (apparente) fra esigenze procedimentali e discrezionali e la necessità di procedimenti adeguati. — 7. I vantaggi di una normativa comune sul procedimento amministrativo.

1. *La considerazione della procedura amministrativa durante i lavori di riforma del Codice di Diritto canonico.*

Nell'ambito dei lavori della commissione di riforma del « Codex Iuris Canonici », il Sinodo del 1967 diede impulso, tra l'altro, ad una serie di sviluppi riguardanti la tutela dei diritti soggettivi nella Chiesa. Uno di questi, si verificò all'interno del « coetus de Processibus » quando nell'ambito della sessione del 20-25 ottobre 1969 ⁽¹⁾ fu presa la decisione di redigere uno schema contenente i canoni relativi alla procedura amministrativa.

La scelta di dedicare una sottocommissione speciale, composta inizialmente da cinque consultori appartenenti al « coetus de Processibus », rispondeva a ragioni diverse, fra le quali, la consapevole convinzione dell'innovazione in termini pressoché assoluti del contenuto di tali canoni (non si trattava, quindi, di una mera riforma o aggiornamento della legislazione precedente) che obbligava ad uno studio

⁽¹⁾ Cfr. *Communicationes* 2 (1970) p. 182.

particolarmente accurato soprattutto nella materia riguardante la costituzione dei tribunali amministrativi.

Siffatta esigenza però venne sentita dal gruppo di studio che si occupava della riforma del Diritto processuale, e da esso non soltanto convertita in proposta normativa ma anche di studio concreto attraverso il proprio operato. Un altro «coetus» competente nella materia amministrativa, il «coetus» dei consultori «de Normis generalibus», non si sarebbe interessato a questo schema se non in una fase successiva; in quel primo periodo prospettava l'introduzione, altrettanto innovativa, delle norme sugli atti amministrativi nella legislazione codiciale, e doveva risolvere diverse questioni di carattere sistematico e sostanziale⁽²⁾.

Invece il «coetus» ridotto, incaricato di preparare i canoni sulla procedura amministrativa, libero dei vincoli teorici e sistematici, operando sul presupposto di una giustizia amministrativa già funzionante nella Chiesa, poté progredire con notevole facilità. Infatti lo schema sulla procedura amministrativa fu uno dei primi ad essere perfezionato, percorrendo tutte le fasi⁽³⁾ di lavoro senza ritardi, anche perché l'operatività dell'atto amministrativo nell'ordinamento canonico a partire dalle norme ad esso riguardanti presenti nella cost. ap. «Regimini Ecclesiae Universae» del 15 agosto 1967 e nelle «Normae speciales in Supremo Tribunali Segnaturae Apostolicae ad experimentum servandae» del 23 marzo 1968, si era recentemente posta all'attenzione di quanti dovevano studiare il progetto. Tuttavia, l'atto amministrativo in queste due normative summenzionate veniva considerato da un punto di vista processuale, di giustizia amministrativa⁽⁴⁾, come oggetto di impugnazione dinanzi ad un tribunale amministrativo. Da ciò ne conseguiva che la parte principale di quei canoni i quali dovevano regolare in futuro la procedura amministrativa era quella dedicata all'impugnazione degli atti amministrativi, ai ricorsi e ai tribunali amministrativi. E quindi

(2) Per avere una idea di tale attività cf. ad esempio i resoconti delle sessioni II (13-17 novembre 1967) e VI (25-30 gennaio 1971) in *Communicationes* 17 (1985) pp. 29-73 e in *Communicationes* 20 (1988) pp. 95-121, rispettivamente.

(3) Nel fascicolo di *Communicationes* 6 (1974) p. 32, cinque anni dopo la prima proposta riguardante lo schema sulla procedura amministrativa, si danno notizie riguardanti il percorso formativo dello schema, che, dopo aver compiuto le diverse tappe, è già stato sottoposto alla considerazione del Sommo Pontefice.

(4) Cfr. E. GRAZIANI, *Lezioni di Giustizia Amministrativa*, Città del Vaticano 1997, pp. 9-32.

l'atto amministrativo, da parte del « coetus » ridotto, incaricato di preparare i canoni sulla procedura amministrativa, venne riferito in quanto presupposto (come per altro veniva considerato dalla « Regimini Ecclesiae Universae » e dalle « Normae Speciales »), non in se stesso, ma trattando soltanto i necessari elementi sostanziali e formali che consentono di rendere agevole il percorso d'impugnazione ⁽⁵⁾.

2. *La parte dello « Schema canonum de Procedura administrativa » riguardante la formazione dell'atto amministrativo.*

Come risultato della menzionata attività di studio lo schema dei canoni sulla procedura amministrativa ⁽⁶⁾ interessò principalmente l'aspetto processuale — infatti, il numero dei canoni sui ricorsi è più dei due terzi del totale —. Ciononostante lo schema prevedeva, per quanto attingeva il procedimento di formazione del provvedimento stesso, alcuni doveri per l'autorità esecutiva competente. Veniva stabilito, fra l'altro, che il superiore prima di emanare l'atto amministrativo doveva raccogliere le notizie necessarie, sentire quelli che potessero avere interesse a riguardo, tranne nel caso in cui ciò apparisse superfluo; doveva, inoltre, far conoscere al richiedente e all'eventuale ricorrente le notizie e le prove raccolte se ciò non comportava rischio per il bene pubblico o privato; doveva manifestare le ragioni contrarie alle aspettative degli interessati dando loro la facoltà di rispondere, e concedere la possibilità di venire assistiti da patroni se ciò non recasse danni per la celerità o per la giustizia ⁽⁷⁾. Veniva previsto che l'omissione di risposta dovuta da parte dell'autorità non poteva ostacolare la possibilità di ricorso ⁽⁸⁾. Veniva aggiunto

⁽⁵⁾ Cfr., ad esempio gli artt. 96, 105 1, 106, 107 1 delle « Normae speciales » della Segnatura Apostolica.

⁽⁶⁾ PONTIFICIA COMMISSIO CODICI IURIS CANONICI RECOGNOSCENDO, *Schema canonum de Procedura administrativa (Reservatum)*, Typis Polyglottis Vaticanis, MCMLXXII.

⁽⁷⁾ Vedi *ibidem*, can. 4 1: « Antequam decretum extra iudicium ferat, superior necessarias notitias et probationes exquirat; nisi impossibile vel omnino superfluum sit, eos omnes saltem audiat, quorum iura laedi possunt; petitori vel recurrenti, et etiam legitime contradicendi, notitias et probationes omnes patefaciat, quae sine publici vel privati damni periculo cognosci possint, et rationes forte contrarias ostendat, data eis facultate respondendi, et etiam, dum ne id celeritati noceat, patronum et peritum constituendi ».

⁽⁸⁾ Vedi *ibidem*, can. 5 1: « Recepta petitione vel recursu ad decretum obtinen-

inoltre che l'atto doveva essere posto per iscritto e in esso dovevano essere espresse le motivazioni, almeno in modo sommario; e che in caso di una causa gravissima che ostasse alla manifestazione dei motivi, questi dovevano essere inclusi in un altro documento riservato in modo tale di poter essere conosciuti dal superiore se questo lo avesse ritenuto necessario⁽⁹⁾.

Una volta emanato l'atto amministrativo, dovrebbe essere notificato ed intimato alle persone alle quali riguarda, osservate alcune norme previste dal Codice⁽¹⁰⁾.

Per tutto ciò che fa riferimento alla sostanza dell'atto amministrativo lo schema stabiliva, fra altre disposizioni, che il superiore doveva essere consapevole che l'atto amministrativo fosse indirizzato alla salvezza delle anime e al bene pubblico⁽¹¹⁾.

3. *Dalla ipotizzata promulgazione dello schema sulla procedura amministrativa come legge anteriore al Codice all'integrazione nel corpo codiciale.*

Nel mese di aprile del 1972, per mandato del Santo Padre lo schema ormai preparato fu inviato ai cardinali membri della Commissione, ai Dicasteri della Curia romana e alle Conferenze Episcopali, indicando che l'intenzione del Santo Padre sarebbe quella di emanare eventualmente tali canoni come una legge *ad experimentum* dopo la fase di consultazione⁽¹²⁾, prima della promulgazione del Co-

dum, superior decretum intra sexaginta dies ferat; quod si non fecerit, et petitor recurrens scripto instet ut decisio detur, tricesimo die, ex quo haec instantia ad superiorem pervenit, petitio vel recursus pro reiecto habetur, ita ut recursus adversus reiectionem proponi possint, tanquam si eo die per decretum prolata sit».

⁽⁹⁾ Vedi *ibidem*, can. 6 2: «Decretum scripto feratur, expressis, saltem summarie, motivis; quod si forte gravissima ratio obstet, ne motiva patefiant, haec in secreto documento exprimantur, quod ei, qui de recursu forte adversus decretum videbit, erit ostendendum».

⁽¹⁰⁾ Vedi *ibidem*, can. 7 1: «Decretum statim vim habet, postquam ei, ad quem destinatur, ad normam cann. 1716-1722 Codis Iuris Canonici est notificatum, vel aliter scriptum intimatum; quod si gravissima obstet ratio ne scriptus decreti textus tradatur, potest superior iubere ut decretum ei coram duobus testibus legatur, processu verbali redacto, ab omnibus praesentibus subscribendo».

⁽¹¹⁾ Vedi *ibidem*, can. 6 1: «Qui decretum fert, id prae oculis habeat et intendat, quod animarum saluti et publico bono maxime conducere videatur, servata quidem lege et generali et particulari, iustitia, canonica aequitate».

⁽¹²⁾ Cfr. *Communicationes* 4 (1972), p. 36.

dice. Apparirebbe congruente con l'esistenza di una legge extra codiciale sulla Curia, com'era la cost. ap. «Regimini Ecclesiae Universae» e un'altra norma extra codiciale sulla Segnatura Apostolica l'eventualità di una legge sul funzionamento dei tribunali amministrativi inferiori. L'istituzione dei menzionati tribunali — veniva fatto notare nell'inviare lo schema per lo studio — comporterebbe un gradino in più nel progresso riguardante la tutela dei diritti soggettivi, dopo quello costituito dall'istituzione della seconda sezione del Tribunale della Segnatura Apostolica⁽¹³⁾.

In seguito allo studio delle osservazioni e proposte arrivate, nel 1973 era già pronto un nuovo schema che teneva conto anche degli apporti frutto della consulta ed anche delle aggiunte innovative provenienti dai progetti bavarese e statunitense⁽¹⁴⁾. Lo schema, che — come è stato già sottolineato, ma interessa ribadirlo — era incentrato sugli aspetti di giustizia amministrativa, nel prevedere gli imprescindibili aspetti riguardanti la formazione degli atti amministrativi raccoglieva i principi di tale procedura di formazione. Ulteriormente siffatto schema restò sottoposto alla considerazione del Romano Pontefice, il quale dopo aver valutato i pareri giunti dalla consulta, tenendo conto della delicatezza dei problemi che l'istituzione dei tribunali amministrativi avrebbe potuto sollevare, decise di non emanare quei canoni stralciati dall'intero corpo, come legge *ad experimentum*, bensì d'introdurre il contenuto nel testo del futuro Codice⁽¹⁵⁾.

Si realizzò dunque il riparto dei canoni dello schema fra i due libri del Codice interessati. La parte sulla giustizia amministrativa venne introdotta nel Codice nel libro VII «de Processibus». Com'è noto la normativa riguardante i tribunali amministrativi inferiori fu esclusa nella fase finale della preparazione del Codice. L'introduzione della parte attinente la formazione dell'atto amministrativo fu realizzata invece nel libro I «de Normis generalibus», quando era avanzato il lavoro del «coetus» corrispondente. L'esito di questa integrazione piuttosto forzata non poté non determinare una diminuzione della completezza di dette norme come è stato messo in rilievo dalla dottrina⁽¹⁶⁾.

(13) Cfr. *ibidem*, p. 79.

(14) Cfr. *Communicationes* 6 (1974), p. 32.

(15) Cfr. *Communicationes* 22 (1990), p. 252.

(16) Vedi J. MIRAS, *Comentario al can. 50*, in INSTITUTO MARTÍN DE AZPILCUETA - FACULTAD DE DERECHO CANÓNICO. UNIVERSIDAD DE NAVARRA, *Comentario exegético al Có-*

4. *Valutazioni della dottrina circa la concreta normativa introdotta nel Codice riguardante il procedimento amministrativo.*

La valutazione positiva di insieme circa l'opzione tecnica di legiferare sugli atti amministrativi singolari non toglie che, nell'analizzare in dettaglio la disciplina comune ad essi, cioè, le «normae communes» contenute nei cann. 35 a 47, possano venire segnalati alcuni aspetti meno soddisfacenti.

Una lettura attenta mette in risalto delle lacune e un chiaro squilibrio, per esempio, in riferimento alla sproporzione verificata fra l'abbondanza delle norme sull'esecuzione in rapporto con la scarsità delle norme che disciplinano la formazione e l'emissione degli atti amministrativi⁽¹⁷⁾. Se si tiene conto che dei tredici canoni sulle norme comuni, dodici di essi — tutti tranne il primo — provengono del Codice del 1917, non può meravigliare che una categoria giuridica nuova nella legislazione canonica come quella degli atti amministrativi, nel venire disciplinata da norme previste per tradizionali istituti del Diritto canonico, non abbia ricevuto una regolamentazione completa ma piuttosto limitata nel prendere in considerazione dei settori particolari di quegli atti, com'è appunto l'esecuzione.

Oltre alla mancanza di equilibrio e all'insufficienza di queste norme si dovrebbe ammettere che alcune norme preparate sulla base di un adattamento dei canoni «De rescriptis» del Codice precedente non risultano le più adeguate per regolare i restanti atti amministrativi, cioè, per configurare una disciplina generale sugli atti amministrativi, che appare perciò non del tutto soddisfacente dal punto di vista della tutela dei diritti soggettivi⁽¹⁸⁾.

digo de Derecho canónico, Pamplona 1996, vol. I, p. 557, che afferma: «Como es sabido, el contenido de los proyectos para una ley de *procedura administrativa* pasó sólo en parte a integrarse en diversos lugares del Código. En definitiva, la regulación vigente del procedimiento de formación de los actos administrativos en general resulta excesivamente escueta».

⁽¹⁷⁾ Difetto che fu rilevato già dalla dottrina dopo l'esame dello schema del 1977: cfr. P. MONETA, *L'esecuzione dell'atto amministrativo nel progetto di revisione del Codex Iuris Canonici*, in «Ephemerides Iuris Canonici» 35 (1979) p. 75.

⁽¹⁸⁾ «La disciplina dei rescritti non è la più interessante quando si voglia elaborare un Diritto amministrativo moderno, e ciò perché dal punto di vista della tutela dei diritti soggettivi, i rescritti hanno un valore relativamente scarso», E. LABANDEIRA, *Tratato di Diritto amministrativo canonico*, Milano, 1994, p. 220.

Si può quindi affermare che non esiste una regolamentazione del tutto completa, unitaria e chiara delle norme comuni sugli atti amministrativi⁽¹⁹⁾, e questa affermazione vale soprattutto per quanto riguarda il loro procedimento di formazione. Se ci si attiene al contenuto del Codice latino, la regolamentazione del «procedimento amministrativo», cioè il procedimento per la formazione dei provvedimenti amministrativi, appare scarsa in buona misura poiché solo in parte fu integrata nel Codice la parte corrispondente dello «Schema canonum de procedura administrativa». Per quanto riguarda il Codice orientale sorprende trovare il testo di quattro⁽²⁰⁾ di quei canoni

(19) Vedi P. LOMBARDIA, *Lezioni di Diritto canonico. Introduzione — Diritto costituzionale — Parte generale*, Milano 1985, p. 218, dove con riferimento alla disciplina codiciale sugli atti amministrativi, afferma che «ne è risultato un insieme di disposizioni di dubbia unità e di contenuto frammentario, che porrano difficoltà per la loro comprensione e la loro applicazione, fino a quando la dottrina, la giurisprudenza e molto probabilmente anche opportune riforme legislative non risolveranno i problemi dalle stesse suscitati».

(20) Nel CODEX CANONUM ECCLESIAE ORIENTALIIUM sono i cann. 1517 (1: «Antequam decretum extra iudicium fert, auctoritas necessarias notitias et probationes exquirat; iure audiendos vel consulendos audiat vel consulat; eos, quos quos directe decretum attingit ac praesertim eos, quorum iura laedi possunt, audiat»; 2 «Petitori et etiam legitime contradicenti auctoritas notitias et probationes patefaciat, quae sine periculo publici vel privati damni cognosci possunt, et rationes forte contrarias ostendat data eis facultate respondendi, etiamper patronum, intra terminum ab ipsa auctoritate determinatum»);

1518 («Auctoritas decretum intra sexaginta dies a recepta petitione ad decretum obtinendum computandos ferat, nisi ius particulare propriae Ecclesiae sui iuris alios terminos statuit; si vero hoc factum non est et petitor decretum iterum scripto petit, tricesimo die ab hac petitione recepta computando, si etiam tunc nihil factum est, petitio pro reiecta habetur ac si eo die reiectio per decretum facta sit ita, ut recursus adversus eam interponi possit»);

1519 (1: «Qui decretum fert, id prae oculis habeat et intendat, quod saluti animarum et bono publico maxime conducere videtur, servatis quidem legibus et generali et legitimis consuetudinibus, iustitia et aequitate»; 2: «In decreto exprimentur saltem summarie motiva; si ver periculum publici vel privati damni obstat, ne motiva patefiant, haec in libro secreto exprimentur atque ei, qui de recursu forte adversus decretum interposito videt, ostendenduntur, si ipse petit»);

1520 (1: «Decretum vim iuris habet, postquam ei, ad quem destinatur, intimatum est modo, qui secundum locorum leges et condiciones tutissimus est»; 2 «Si periculum publici vel privati damni obstat, ne textus decreti scripto tradi possit, potest auctoritas ecclesiastica iubere decretum ei, ad quem destinatur coram duobus testibus vel coram notario legi, processu verbali redacto, ab omnibus praesentibus subscribendo; his peractis decretum pro intimato habetur»; 3 «Si vero is, ad quem decretum destinatur, intima-

dello schema di procedura amministrativa che furono scartati nella codificazione latina, migliorando così rispetto al Codice latino la tutela dei diritti soggettivi nell'attività amministrativa. Sembra opportuno soffermarsi su quest'ultimo aspetto.

Il punto di vista della tutela dei diritti soggettivi conduce a considerare la normativa sulla procedura amministrativa non soltanto come previsione dei mezzi per rimediare le lesioni di tali diritti causate dagli atti di potestà esecutiva, ma come modo di prevenire in anticipo il fatto che tali lesioni si verifichino. Detta prospettiva dovrà certamente mettere in risalto l'aspetto processuale d'impugnazione, ma altrettanto serve a rilevare l'importanza di strutturare, limitare e controllare la discrezionalità dell'autorità amministrativa⁽²¹⁾ attraverso degli strumenti che impediscano degli errori o abusi nell'esercizio della potestà esecutiva e altrettanto i danni, a volte più gravi degli abusi di potestà, provocati come conseguenza dell'omissione dell'esercizio della potestà esecutiva. Era questa la ragione che aveva spinto all'elaborazione di quel progetto dei canoni sulla procedura amministrativa, ed è questo il criterio che non pare abbia trovato adeguata attuazione nei canoni del Codice latino riguardanti la parte dell'attività amministrativa consistente nella formazione dei provvedimenti⁽²²⁾.

5. *Il procedimento amministrativo e i diritti soggettivi.*

Considerato dalla prospettiva dell'amministrato⁽²³⁾, la sicurezza giuridica, o se si vuole il diritto al buon governo, comporta, tra l'altro, che non ci siano delle incertezze durature circa le situazioni giuridiche collegate con l'attività di riferimento; determina che l'autorità

tionem recusavit vel ad normam iuris vocatus ad decretum accipiendum vel audiendum sine iusta causa a decreti auctore perpendenda non comparuit vel processui verbali subscribere recusavit, decretum pro intimato habetur».

(21) Cfr. J. P. BEAL, *Confining and structuring the exercise of administrative discretion in the particular church: a study of the adaptability of certain principles of american administrative law to the exercise of administrative discretion by diocesan bishops*, Washington D. C. 1984.

(22) Cfr. P. LOMBARDIA, *Comentario al can. 50 in Código de Derecho Canónico. Edición anotada*, 4ª ed., Pamplona 1987.

(23) Uso l'espressione « amministrato » poiché include non soltanto i fedeli, ma anche altre persone che per alcuni rapporti giuridici dipendono dell'autorità esecutiva della Chiesa. Cfr. E. LABANDEIRA, *Cuestiones de Derecho Administrativo Canónico*, Pamplona 1992, pp. 467-490, dove si adopera anche lo stesso termine.

definisca il suo criterio in rapporto con le questioni riguardanti il singolo, in modo tale che questo possa prevedere i diversi eventuali esiti dell'attività dell'autorità.

Quando invece si manifesta, dinanzi a situazioni conflittuali, l'effettiva esistenza di condizioni di insicurezza giuridica nel rapporto fra l'autorità esecutiva e l'amministrato, nel rilevare che esse sono state rese possibili in parte per mancanza di un più efficace controllo giudiziario sugli atti amministrativi, nonché per la mancanza di una adeguata delimitazione delle attività di governo, si rende attuale il bisogno di migliorare un sistema che riduca — per quanto ciò sia possibile — gli eventuali conflitti che insorgono fra l'autorità esecutiva e gli amministrati causati da uno sbagliato o mancato uso della potestà discrezionale; migliorare il sistema attraverso la previsione delle garanzie che consentano una più efficace difesa dei diritti e degli interessi dei singoli.

Il procedimento amministrativo si presenta come la prima sfera di queste garanzie poiché implica che l'attività dell'amministrazione la quale precede la decisione dell'autorità, per servire la sicurezza giuridica, debba svolgersi ordinatamente seguendo delle fasi previste, adeguandosi obbligatoriamente a dei parametri ⁽²⁴⁾ giuridici determinati. Tale adeguamento diventa lo strumento ideato per fare in modo che l'attività dell'autorità esecutiva non soltanto possa essere qualificata come attività legittima, ma soprattutto si risolva in decisioni opportune, prudenti, di buon governo. Promovendo l'effettivo raggiungimento dell'interesse generale, il procedimento dimostra la propria qualità di garanzia dei diritti soggettivi degli amministrati. Fra l'altro poiché il procedimento amministrativo appare come uno degli strumenti possibili per rendere più intensa la partecipazione dei singoli, giacché tramite esso l'autorità esecutiva, dovendo agire prudenzialmente, è obbligata a contare sugli elementi conoscitivi necessari e a convocare non soltanto quelli che promuovono il procedimento ma anche quelli che possiedono diritti collegati con l'oggetto del procedimento amministrativo in questione e possono risultare coinvolti dalla decisione. Conforme al mandato di vegliare per il bene comune e grazie al procedimento amministrativo, l'autorità esecutiva

⁽²⁴⁾ Senza che si possa ridurre la funzione amministrativa all'adeguamento a detti parametri: cfr. J.I. ARRIETA, *Diritto dell'organizzazione ecclesiastica*, Milano 1997, p. 16.

viene costretta a prendere in considerazione anche le situazioni non rappresentate e gli interessi che magari soltanto possono farsi valere timidamente.

Il procedimento amministrativo, come modo di completare l'informazione che servirà a fondare la decisione, rileva che la discrezionalità amministrativa non può prescindere dall'istruttoria, esistano o meno norme che la impongano, ogni volta che il provvedimento in funzione del quale si sviluppa il procedimento amministrativo necessita, per la sua realizzazione, dell'acquisto di fatti e quindi della conoscenza di certe circostanze. Inoltre, l'eterogeneità di contenuti dell'elemento tecnico che deve servire come base per la decisione finale può richiedere l'intervento di diversi professionisti (esperti in economia, in giurisprudenza, ecc.) ognuno dei quali dovrà trattare l'aspetto tecnico che gli corrisponda secondo la sua competenza⁽²⁵⁾.

La maggiore o minore complessità dell'istruttoria dipenderà dalla fattispecie alla quale il procedimento si riferisce; tuttavia, è il procedimento amministrativo lo strumento che favorisce il confronto di tutte le affermazioni con i fatti, i quali devono acreditarsi come veri perché possano servire come base per il provvedimento amministrativo, poiché soltanto la loro certezza offre la sicurezza giuridica richiesta per il compimento dei fini dell'amministrazione. Attraverso un chiaro e sufficiente fondamento della decisione si potrà mantenere la comunicazione fra chi decide e chi supporta la decisione. L'esternazione del fondamento, cioè, la motivazione, risponde all'esigenza di ragionevolezza⁽²⁶⁾, e di prudenza del provvedimento nel mostrare il nesso esistente fra la decisione concreta che è stata presa e la nota di bene comune.

Con la partecipazione, l'interessato acquista una serie di diritti all'interno del procedimento che pure servono a disciplinare l'attività

(25) Cfr. J.I. ARRIETA, *Commento all'art. 12 della cost. ap. Pastor Bonus*, in J.I. ARRIETA - J. CANOSA - J. MIÑAMBRES, *Legislazione sull'organizzazione centrale della Chiesa*, Milano 1997.

(26) Cfr. J. HERVADA, *Diritto costituzionale canonico*, Milano 1989, p. 253. Nell'ambito dell'esperienza del Diritto amministrativo statale recentemente si è posto in rilievo l'esigenza della ragionevolezza nell'attività della Pubblica Amministrazione: cfr. T. R. FERNÁNDEZ, *¿Debe la Administración actuar racional y razonablemente?* in «Civitas. Revista Española de Derecho Administrativo» 83 (giugno-settembre 1994), pp. 381-401, nonché G. LOMBARDO, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza amministrativa*, in «Rivista trimestrale di diritto pubblico» 47 (1997), pp. 939-986.

amministrativa proceduralmente articolata. Ecco in sintesi un possibile elenco di essi: diritto all'esame della petizione da parte dell'autorità competente, diritto all'oggettività (perché non influiscano nella considerazione della richiesta motivi soggettivi), diritto ad essere rappresentato, diritto ad agire assistito da un assessore, diritto ad intervenire nel procedimento amministrativo (non soltanto nell'atto d'iniziativa ma anche in fasi ulteriori, avanzato il periodo istruttorio), diritto a prendere visione degli atti del procedimento (salvo per i documenti coperti da segreto), diritto ad ottenere copia di ciò che risulta nella pratica, diritto a formulare allegazioni ed a presentare memorie scritte e documenti, diritto a conoscere lo stato dell'istruttoria, diritto a rivolgersi all'autorità in alcuna delle diverse lingue previste, diritto a non venire pregiudicato dalla decisione presa dall'autorità o quanto meno ad essere ascoltato prima di essere pregiudicato, diritto a ricevere tutte le informazioni riguardanti il procedimento che gli possano concernere, diritto ad una pronuncia dell'autorità in un congruo periodo di tempo, diritto alla notifica del provvedimento, diritto ad adire il superiore se non viene dato il provvedimento o risulta contrario a le proprie aspettative, diritto a conoscere i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell'amministrazione (in relazione alle risultanze dell'istruttoria), diritto a dei limiti nell'eventualità di revocazione.

In quanto la decisione deve essere congruente con le richieste formulate dagli interessati tramite il procedimento, va aggiunto il diritto a che le allegazioni che siano state formulate siano oggetto di pronunziamento pertinente per non recare indefensione, senza che ciò comporti l'accoglimento delle stesse. Inoltre, il provvedimento dovrà affrontare qualsiasi altra questione che lo svolgimento del procedimento amministrativo abbia messo in evidenza, adottando al riguardo le misure necessarie per raggiungere adeguatamente gli interessi pubblici in gioco.

Tutte queste garanzie fanno riferimento al riconoscimento e alla tutela di un genere di diritti che si potrebbero denominare diritti procedurali o diritti operanti all'interno del procedimento amministrativo⁽²⁷⁾. Risulta evidente che, benché questo sia un aspetto im-

(27) Per un confronto con l'esperienza giuridica statale può risultare di utilità leggere da questa prospettiva la legge italiana 241/1990 («Norme sui procedimenti e di accesso ai documenti»).

portante, la tutela più rilevante è la tutela dei diritti sostantivi, che riguarda il merito della situazione.

Allo stesso tempo va tenuto presente che per compiere le anzidette funzioni l'atto amministrativo considerato da un punto di vista procedimentale necessita a sua volta della tutela giurisdizionale, giacché se la giustizia amministrativa non assicurasse l'operatività del procedimento amministrativo, l'articolazione procedimentale verrebbe meno rispetto alle mansioni affidate.

È con il sostegno della giustizia amministrativa che il procedimento amministrativo diventa uno strumento di tutela effettiva del bene comune nel garantire in modo efficace il diritto generale al buon governo posseduto da qualsiasi soggetto che si volge all'autorità esecutiva della Chiesa.

I ricorsi si manifestano quindi come un'ulteriore garanzia. Infatti il sistema dei ricorsi contro atti dell'amministrazione costituisce, rispetto ad un primo ambito di tutela verificatosi tramite il procedimento amministrativo, un secondo ambito di tutela, nel caso dei ricorsi gerarchici, e nel caso dei ricorsi giurisdizionali, un terzo ambito di tutela che permette agli amministrati di reagire di fronte agli atti lesivi dei suoi interessi e ottenere il suo annullamento, la sua modifica o riforma.

Di tutti gli strumenti la garanzia più valida sarà il ricorso giurisdizionale. Un procedimento amministrativo soggetto alla « minaccia » di un controllo giudiziale posteriore diventa più serio e di maggiore utilità per la realizzazione del Diritto.

Tuttavia, conosciuta tramite l'abbondante bibliografia l'importanza del sistema di garanzie giurisdizionali di fronte agli atti della potestà esecutiva nella Chiesa, il rischio è dimenticare l'importanza dei primi due ambiti di garanzie operanti anche riguardo alla semplice opportunità e alla prudenza nel governo, aspetto che in molti suoi rilievi sfugge al controllo giudiziale, che si sostanzia in un controllo di Diritto. Riguardo al primo di questi ambiti di protezione del buon governo — il procedimento amministrativo — si è verificata una mancanza di attenzione dal punto di vista della legislazione generale che non ha potuto non ripercuotersi nella minore efficacia dei restanti due ambiti di garanzie.

Benché il procedimento amministrativo in quanto garanzia dei diritti individuali manchi l'intensità propria della garanzia dei ricorsi, contribuisce a renderla completa nella misura in cui ricopra un'estensione maggiore di quella, in quanto agisce prima che la decisione

venga presa, e, invece, la garanzia dei ricorsi entra in gioco « a posteriori », revisando « ex post facto » condotte compiute la cui potenzialità lesiva non sempre può fermarsi a causa della difficoltà intrinseca di ripristinare le situazioni illegalmente alterate.

In ogni caso, la formalizzazione giuridica giova la presa in considerazione di tutti gli interessi rilevanti, salvaguarda anche i valori di equilibrio e trasparenza, con un impegno in favore del bene comune che va oltre a quella che sarebbe una mera armonizzazione d'interessi particolari.

La formalità dell'atto amministrativo, vale a dire, il suo procedimento, diventa così uno strumento per la sicurezza dei diritti degli amministrati. Tale funzione di garanzia scaturisce dalla sua configurazione come mezzo per tutelare prontamente ed in modo completo l'interesse generale attraverso la successione delle decisioni opportune che costituiscono l'esercizio del buon governo. La visione completa dell'atto amministrativo non può non tener conto del suo procedimento di formazione, che permettendo di soddisfare tempestivamente i pubblici bisogni non dimentica le garanzie dovute all'amministrato.

6. *Il contrasto (apparente) fra esigenze procedimentali e discrezionali e la necessità di procedimenti adeguati.*

La mancanza di una norma esplicita che preveda per un caso dato l'emanazione di un atto amministrativo crea un conseguente deficit materiale nella garanzia di correzione giuridica. In quelle situazioni nelle quali diminuisce la capacità di orientamento del Diritto materiale il deficit giuridico può essere compensato, per lo meno in parte, dal Diritto procedimentale. Tuttavia ciò non consente di concludere che la correzione procedimentale possa diventare automaticamente correzione materiale, conclusione che risulterebbe da una indebita equiparazione fra compensazione e sostituzione.

Neanche sarebbe esatto affermare che tutte le attività discrezionali possano ridursi a delle ipotesi disciplinate, e che in questa riduzione si trovi la linea di progresso tecnico giuridico nella tutela dei diritti soggettivi. Ci sono delle potestà che per se stesse sono discrezionali e non possono non esserlo; e ciò in considerazione della propria natura, poiché non sono meccanizzabili entro formule disciplinate e fisse.

Va rilevato che l'esigenza di potestà discrezionali diventa indeclinabile per il governo umano in seguito alla necessità di accertamento delle circostanze singolari per l'estimazione della giustizia e dell'opportunità concreta nell'esercizio della funzione amministrativa di governo. Particolarmente importante — come opportunamente è stato messo in rilievo dalla dottrina⁽²⁸⁾ — si dimostra la discrezionalità nell'ordinamento amministrativo canonico. L'autorità della Chiesa dovrà disporre degli adeguati margini di libertà per la composizione più opportuna dei diversi interessi coinvolti rispetto all'attività di finalità pubblica che si pretende svolgere.

Siffatto margine di discrezionalità, non si traduce in una facoltà assoluta di decisione al di fuori del campo del Diritto, bensì si manifesta come un potere confinato e moderato dalla finalità che persegue, cioè quella integrazione più adeguata degli interessi e diritti in gioco entro i limiti posti dal Diritto⁽²⁹⁾.

Quando si fa riferimento all'esercizio di una potestà esecutiva sempre ci dovrà essere in gioco un interesse pubblico, che oltre al rispetto del Diritto positivo sarà misurato secondo altri principi: il principio di uguaglianza, il principio di proporzionalità, l'equità, l'efficienza, l'economia, la libertà degli altri. La congiunzione operativa di tali principi — contenenti ognuno di essi indubbia portata giuridica — fa sì che la discrezionalità non sia mai arbitrio, dove « c'è un esercizio assoluto della volontà buona o cattiva che sia »⁽³⁰⁾. Nella discrezionalità, l'esercizio della volontà si trova determinato dalla conoscenza sia dei principi e norme giuridiche sia delle circostanze particolari o dal giudizio sull'applicazione conseguente di tale informazione al caso concreto. Quindi l'atto discrezionale dell'autorità amministrativa sarà sempre un atto giuridico prudenziale, presupposto

(28) Ad esempio, cfr. G. LOBINA, *La competenza del Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica con particolare riferimento alla « Sectio Altera » e alla problematica rispettiva*, Roma 1971, pp. 55-56 e E. LABANDEIRA, *Trattato di Diritto amministrativo canonico*, Milano 1994, p. 182.

(29) Che non sono soltanto i limiti segnalati dalla legge formale: cfr. I. ZUANAZZI, *Il principio di legalità nella funzione amministrativa canonica*, in « Ius Ecclesiae » 8 (1996), pp. 37-69, specialmente le pagine 63-64.

(30) Citazione da A. LEVI, *Attività lecita e attività discrezionale in Studi in onore di F. Cammeo*, Padova 1933, vol. II, p. 83, con riferimento al Diritto degli Stati applicata « a maggior ragione » al Diritto della Chiesa da O. GIACCHI, *La causa negli atti amministrativi canonici in Chiesa e Stato nella esperienza giuridica (1933-1980)*. *Studi raccolti e presentati da Ombretta Fumagalli Carulli*, Milano 1981, p. 506.

il potere e il dovere di esaminare accuratamente le peculiarità del caso, per così meglio raggiungere la migliore soluzione fra le diverse scelte possibili. È da queste esigenze, che non soltanto sono di giustizia, ma anche di prudenza di governo, che si segue l'articolazione procedimentale caratterizzante lo sviluppo della discrezionalità dell'autorità amministrativa e riflettente la dinamica di una funzione disciplinata per assicurare l'oggettività e la verificabilità⁽³¹⁾ non soltanto dell'atto ma anche di tutta l'attività che ha determinato la sua formazione.

Tuttavia si deve evitare che la forma ostacoli e che la forma predomini, altrimenti, se l'utilizzo di finenze giuridiche diventasse sproporzionato di fronte ai risultati da esse raggiunti, si finirebbe per favorire l'apparizione di forme di comportamento apocriefe.

Il procedimento non può trasformarsi in una corsa ad ostacoli — né per l'amministrato né per l'autorità — bensì il tramite ordinato capace di garantire la legalità e l'idoneità del provvedimento finale nell'ambito del più convinto rispetto dei diritti dei singoli. L'attuazione amministrativa non è quindi un traguardo bensì lo strumento per ridurre i conflitti esistenti fra l'efficacia dell'amministrazione e la sicurezza giuridica.

7. *I vantaggi di una normativa comune sul procedimento amministrativo.*

Il fatto che nel Codice latino si includa un capitolo con delle norme comuni per gli atti amministrativi⁽³²⁾, alle quali si possono aggiungere altre norme che sono proprie per ognuna delle fattispecie

(31) Il bisogno di verificabilità non risulta dalla diffidenza ma da un sano realismo: «The human condition seems to include a propensity to assert as fact what one desires to be rather than what one has ascertained to be fact, to accept half-truths, unsubstantiated rumor, or unquestioned statistics, and to resist probing investigation of asserted facts as insulting lack of confidence in one's truthfulness. As a consequence, the gathering of facts is often careless, incomplete, and tainted by error» (R.T. KENNEDY, *Shared Responsibility in Ecclesial Decision-Making* in «Studia Canonica» 14 (1980) pp. 5-23, p. 12).

(32) Bisognerebbe tener conto anche dell'applicazione nelle istanze inferiori di governo delle norme sugli atti amministrativi previste dalla normativa della Curia romana, secondo il can. 19 CIC. Cfr. J.I. ARRIETA, *Il valore giuridico della prassi nella Curia Romana in Il Diritto della Chiesa. Interpretazione e prassi*, Città del Vaticano 1996, pp. 105-106.

giuridiche, implica la delimitazione di una serie di elementi regolati che devono verificarsi in ognuna di tali fattispecie. Da parte del legislatore si configura così una disciplina uniforme per alcuni aspetti degli atti amministrativi e risulta possibile delineare i tratti giuridici minimi di ognuna delle fattispecie, tratti che essendo comuni a tutte, allo stesso tempo, costituiscono un criterio d'interpretazione e di integrazione dinanzi ai dubbi o alle lacune che possano riscontrarsi in alcune di tali figure giuridiche concrete. Dal momento in cui si raggiunge una certa uniformità — che comporta una maggiore semplicità tipologica — tale ordinazione risponde anche a criteri di economia normativa.

Siccome questa normativa generale non esiste nel Codice latino per quanto riguarda il procedimento amministrativo, andrebbero valutate le possibilità reali di colmare tale vuoto. Una più adeguata regolamentazione del procedimento per la formazione degli atti amministrativi servirebbe a propiziare meglio una corretta presa di decisioni da parte dell'autorità esecutiva e come manifestazione concreta del principio di legalità garantirebbe uno svolgimento giusto, ragionevole ed equo della funzione pastorale di governo nella Chiesa. Garantirebbe tale normativa generale che l'autorità amministrativa potesse disporre degli elementi conoscitivi e di ponderazione sufficienti⁽³³⁾ per portare avanti l'adeguata valutazione dei beni in gioco — il bene comune ed altri diritti ed interessi — il che condurrebbe al provvedimento giusto ed opportuno, ma al tempo stesso — e questo è l'accento che aggiunge la prospettiva della tutela dei diritti soggettivi dei fedeli — faciliterebbe la necessità di tenere conto «nella dovuta considerazione» delle situazioni giuridiche soggettive, evitando così di pregiudicare, compromettere, o purtroppo violare diritti che corrispondono a fedeli determinati. Inoltre verrebbe facilitata a tutti livelli la necessaria imparzialità della pubblica amministrazione, imparzialità che trova il suo fondamento nell'oggettività dei propri fini, ai quali va subordinata l'azione amministrativa in tutte le fasi del suo sviluppo, rispondente anche al principio di uguaglianza; infatti, tale normativa generale dovrebbe offrire anche gli elementi giuridici ido-

⁽³³⁾ Prevedendo anche l'eventualità di opportuni i contatti e delle riunioni con altre autorità — proprio per integrare l'informazione e la valutazione, e rispondendo ai principi di unità e di coordinamento — dove si possano ottenere pareri, consensi e nulla osta in modo agile, per raggiungere con l'opportuna prontezza il conseguimento più adeguato degli interessi in gioco.

nei a risolvere in ogni caso le questioni su come e chi determina quando situazioni paragonabili sono uguali o equivalenti o quando invece non lo sono.

Verrebbe anche facilitata l'opportuna distribuzione di ruoli all'interno della stessa attività di emanazione degli atti amministrativi, dato che è all'interno della generica competenza soggettiva dell'organo al quale corrisponde porre l'atto che si determinano e concretizzano le competenze puntuali secondo criteri diversi come la quantità, la durata, la gravità, la solennità, ecc., in definitiva, secondo il grado di eventuale coinvolgimento del bene pubblico nella decisione⁽³⁴⁾.

Convinti dei vantaggi di una normativa generale applicabile alla formazione di tutti gli atti amministrativi, risulta altrettanto chiaro che si debba tener conto del principio di diversità. Infatti, le diversità sono molte e profonde; di fronte a tale diversità di situazioni si dà anche una diversità di procedimenti il che esige che le norme di procedimento debbano lasciare spazi aperti senza pretendere di regolamentare minutamente le forme ammissibili di articolazione procedimentale, anche per la diversità degli oggetti. Per esempio, sarebbe impensabile che lo stesso procedimento amministrativo che serve per l'erezione di una parrocchia fosse necessario per concedere una dispensa matrimoniale. Dunque, sembra impossibile riprendere mediante regole giuridico-normative l'intera funzionalità del procedimento amministrativo, giacché alla base della suddetta funzionalità si trova l'esperienza e la prudenza dell'autorità esecutiva. Si tratta di facilitare, però, dei « depositi » ordinati contenenti i tipi di attuazione che potranno darsi o meno nelle diverse fattispecie, secondo la natura e le esigenze proprie del procedimento amministrativo dato⁽³⁵⁾.

(34) Per esempio, nelle pratiche più complesse sembra auspicabile che ci sia un'organo responsabile del procedimento agli effetti dell'istruttoria che valuti le condizioni di ammissibilità della richiesta e che aiuti ad integrare eventuali mancanze o difetti, che valuti anche i requisiti di legittimazione e i presupposti che siano rilevanti per l'adozione del provvedimento. Tale organo istruttore deve essere orientato per la sua formazione, dalla sua esperienza, e anche dalla normativa verso le concrete definizioni del bene comune nonché verso le sue precisazioni nell'ordinamento della Chiesa.

(35) Vedi sull'adeguata armonia fra formalità e non formalità nel procedimento amministrativo F. GONZÁLEZ NAVARRO, *Derecho Administrativo Español. El acto y el procedimiento administrativos*, Pamplona 1997, p. 545: « Que el procedimiento deba desarrollarse con sencillez y eficacia no supone ausencia total de forma, sino más bien que las

Sarebbero questi i punti fissi che fornirebbero degli agganci ad una norma formalizzata e doterebbero l'amministrato delle garanzie utili perché possa conoscere in quale direzione si va, permettendo alla propria autorità esecutiva una maggiore percettibilità delle proprie catene di azioni nel rendere più prevedibili le conseguenze delle proprie decisioni. Tali forme giuridiche o « depositi »⁽³⁶⁾ renderebbero agevole la scoperta di soluzioni concrete, come accade quando, ad esempio, la qualifica di una azione quale atto amministrativo dà risposta ai problemi di forma, dell'autorità competente, dei tipi di ricorsi, ecc. Per questo sarebbe anche importante che fosse conosciuta l'esistenza di tali mezzi per ponderare gli interessi⁽³⁷⁾, anche perché in questo modo non soltanto si faciliterebbe la partecipazione dei particolari e la incoazione di procedimenti operanti delle decisioni di governo, ma soprattutto, perché accrescerebbe la trasparenza adeguata, che è uno dei modi per far sì che l'attività amministrativa non soltanto sia giusta ma appaia anche come giusta.

Questi fattori favorirebbero l'esistenza di una normativa generale più sviluppata sul procedimento di formazione degli atti amministrativi. Siffatto sviluppo normativo, richiedente un compito non facile per giungere al giusto equilibrio fra esigenze procedurali ed esigenze discrezionali, non dovrebbe essere visto come freno all'agilità ed efficacia del governo della Chiesa, bensì come vero servizio, utile a chi esercita questa funzione — il quale è il primo interessato ad svolgerla in maniera efficace ma allo stesso tempo in modo legit-

formas que se empleen han de ser únicamente las indispensables para dejar constancia indubitada de lo actuado y para evitar perjuicios a las partes o terceros (...) Se trata, en suma, de que el instrumental que debe emplearse esté "normalizado", con todas las ventajas inherentes a una normalización, cualquiera que sea el campo a que afecte».

⁽³⁶⁾ Sulla non formalità del procedimento amministrativo e sull'uso in esso delle forme giuridiche come depositi nella legge tedesca sul procedimento amministrativo (VwVfG), cfr. E. SCHMIDT-ASSMANN, *La doctrina de las formas jurídicas de la actividad administrativa. Su significado en el sistema del Derecho administrativo y para el pensamiento administrativo actual* in «Documentación Administrativa» 235/236 (luglio-dicembre 1993), pp. 7-31.

⁽³⁷⁾ In questo senso risultano di utilità i formulari e i moduli che esistono nelle curie, che nella grande maggioranza dei casi servono per inoltrare richieste e quindi finiscono per risolversi in atti amministrativi. L'esistenza di detti formulari pubblici fa capire che esiste un tipo di pubblicità che non rischia di produrre scandalo ma che invece facilita l'ordine e la sicurezza giuridica, e in ultima istanza la giustizia e il buon governo.

timo, giusto ed opportuno — e nemmeno come ostacolo all'azione dei governati, poiché tramite esso si eviterebbero possibili improvvisazioni, esigenze di sacrifici non necessari e perfino « il sospetto di arbitrio »⁽³⁸⁾ nelle decisioni loro riguardanti.

Concludendo, si potrebbe affermare che il procedimento amministrativo serve, nella funzione di governo svolta dalle autorità esecutive, alla razionalità e alla ragionevolezza senza che ad esse possa sostituirsi. Dovrà consentire un margine di discrezionalità che renda possibile la tempestiva protezione dei diritti e gli interessi, cioè la « *salus animae* » entro la « *salus animarum* ». Di fronte all'impossibilità di trovare un unico procedimento amministrativo valido per tutte le funzioni dell'autorità esecutiva, si dovrebbero prevedere per l'attività procedimentale dell'amministrazione degli strumenti giuridici e disciplinari formali che, risultando conformi alle esigenze della Chiesa, evitassero che il procedimento amministrativo apparisse come un istituto eterogeneo, incompleto e fatto da meri precedenti⁽³⁹⁾. Per la configurazione di talune forme giuridiche oltre alle soluzioni sparse nell'ampia disciplina del Diritto amministrativo canonico, non si potrebbe prescindere in molte occasioni delle soluzioni del processo giudiziale canonico, e neanche delle risorse dell'esperienza giuridica statutale in materia, pur tenendo sempre presenti le diversità.

Il procedimento amministrativo dovrebbe così risultare uno strumento marcatamente indirizzato a proteggere le situazioni giuridiche dei singoli proprio nel collocare l'autorità esecutiva nelle condizioni ottimali per assumere adeguatamente le proprie e legittime responsabilità.

JAVIER CANOSA

(38) « *Ut quaelibet arbitrietas suspicio in administratione ecclesiastica penitus evanesca* », *PRINCIPIA QUAE CODICIS IURIS CANONICI RECOGNITIONEM DIRIGANT* in *Communicationes* 1 (1969) p. 83.

(39) Vedi. J.A. SOUTO, *Algunas cuestiones básicas en torno a una posible ley de procedimiento administrativo* in « *Ius Canonicum* » 14 (1974), p. 14-23, p. 23, che in un passaggio del suo contributo si assomiglia parecchio ad una espressione contenuta nella motivazione di quella che può apparire come la prima legge di procedimento amministrativo in Spagna, del 1889, nella quale nel fare riferimento al procedimento amministrativo si diceva che « *no merece tal nombre el heterogéneo, incompleto y vicioso que si por excepción establecen las leyes, es por lo general fruto de precedentes y obra de la rutina, sin fijeza, sin garantía y sin sanción* ».

Pagina bianca

LOWERING THE WALL OF SEPARATION BETWEEN CHURCH AND STATE IN THE UNITED STATES (*)

In the American Constitution, there are two clauses of the First Amendment which deal with religion. The Establishment Clause prohibits government from «establishing» a religion. The Free Exercise Clause prevents government from interfering with the «free exercise» of religion. Over the years, the Supreme Court has liberally interpreted the scope of the Establishment Clause, while restricting the reach of the Free Exercise Clause. The result has been a certain establishment of secularism in American Constitutional Law, under the rubric «the wall of separation» between Church and state, a metaphor first employed by Thomas Jefferson in his correspondence. For fifty years the Supreme Court has been deciding cases that government financial aid to religious schools is not permitted, but that a variety of indirect forms of aid is permitted, including government-provided transportation to and from religious schools and the provision of secular textbooks to religious schools. Exactly where the line of permissible government aid is to be drawn is a perennial bone of contention before the U.S. Supreme Court, since its jurisprudence of the Establishment Clause is one of the more incoherent parts of Constitutional Law. Thus, whenever the Court addresses this issue it is worthy of note.

Recently, the Supreme Court of the United States allowed the government to send public school teachers into parochial schools to provide remedial education to disadvantaged children. The Supreme Court, on June 23, 1997, handed down its decision in *Agostini v. Felton*. The decision overruled a previous decision of that court, *Aguilar v. Felton*, which in 1985 had barred public school teachers from providing remedial education on parochial school

(*) *Agostini v. Felton*, U.S., 117 S.Ct. 1997, 138 L.Ed.2d 391 (1997).

grounds because of the Establishment Clause of the First Amendment of the United States Constitution. The Establishment Clause says «Congress shall make no law respecting an establishment of religion....»

In 1973, in the landmark case of *Lemon v. Kurtzman*, the Court explicated the meaning of constitutionally mandated separation by requiring three things of laws that implicated religious interests if they were to be upheld as constitutional: 1) the law or government program must have a secular purpose; 2) the principal effect of the law must be neither to advance nor hinder religion; and 3) the law or program must not involve «excessive entanglement» between government and religion. Depending on how strictly these tests were to be applied, the results could denude the public square in America of any religious character and effectively mandate secularism as a civil religion. Many of the justices of the Supreme Court have over the years criticized the *Lemon* test, but they have not been able to agree on a substitute. When an issue arose that was inconvenient to analyze under *Lemon*, as was the case involving legislative chaplains a few years back, the Court simply ignored the test and validated the practice.

The case that the Supreme Court just overturned was notorious because it involved a «Catch 22», «Damned if you do, damned if you don't» application of *Lemon*. A program of remedial education to all needy students, regardless of whether they were in public or private school, obviously satisfied the requirement of having a secular purpose. Likewise, the principal effect of the program did not seem to be religious. Any aid to religious bodies seemed to be at most incidental to the non-sectarian aid to the students. However, the Court, in an opinion written by Justice Brennan, had pointed to the theoretical possibility of public teachers smuggling religion into their remedial instruction. In order to ensure that this would not happen, the government would have to supervise the instruction given in the context of religious schools. But that supervision would itself violate the third requirement of *Lemon*, that the government not be «excessively entangled» with religion. In other words, to make sure that the principal effect was not religious (the second requirement), the government would have to violate the third requirement. Thus the mere possibility of a violation of the wall of separation was construed as a breach of separation of Church and state.

Obviously, such a view is deeply suspicious of religious beliefs and institutions. It is that view that the Supreme Court has just retracted.

In its recent decision, the Supreme Court ruled that because of «fresh law» concerning the Establishment Clause, teachers are now able to provide remedial education to disadvantaged students on parochial school grounds, as originally mandated by Title I of the Elementary and Secondary Education Act.

In 1965, Congress enacted Title I of the Elementary and Secondary Education Act of 1965, to «provid[e] full educational opportunity to every child regardless of economic background». To accomplish that goal, Title I channeled federal funds, through the states, to «local educational agencies» (LEAs). The LEAs spend these funds to provide remedial education, guidance, and job counseling to eligible students.

Congress placed several restraints on Title I services to children who attend parochial schools that are not in place for students who receive services while attending public schools. First, Title I services may be provided only to students who qualify for aid, and cannot be used on a school wide basis. Second, the LEA must retain complete control over Title I funds. Third, Title I teachers' services must be provided by public employees. Fourth, Title I services themselves must be «secular, neutral, and nonideological» and must «supplement, and in no case supplant, the level of services» already provided by the private school.

Title I services were to be provided during school hours, and on private school campuses. Assignments to private schools were made on a voluntary basis, without regard to the private school's wishes or the instructors' religious beliefs. The majority of Title I teachers worked in private schools with religious affiliations different from their own. Title I teachers also moved frequently between schools, often spending five or fewer days at a particular school. In addition, a detailed set of written and oral instructions outlining the secular purpose of Title I was given to each teacher before she could begin giving Title I services. Specifically, instructors were told that they could not introduce any religious matter into their teaching or become involved in any way with the religious activities of the private schools.

In 1985 the Supreme Court had decided, in *Aguilar v. Felton*, that the Board's Title I Program necessitated an «excessive entanglement of church and state in the administration of [Title I] benefits»,

and therefore was unconstitutional. The Board then modified its Title I program so as to continue providing remedial education to students attending private schools. The Board reverted to its old program of offering Title I instruction at public school sites, at leased sites, and in mobile instructional units parked near the sectarian school. Also, the Board offered computer aided instruction «on premises» because it did not require a public employee to be physically present on private school grounds.

The results of *Aguilar* were significant. Since the 1986-1987 school year, the Board has spent over \$100 million in computer-aided instruction, leasing sites, mobile instructional units and transporting students to those sites. The «*Aguilar* costs» resulted in a reduced amount of federal money available for remedial education. Thus, LEAs had to cut back on the number of students who received Title I benefits. It has been estimated that 20,000 economically disadvantaged children in New York City, and 183,000 children nationwide, experienced a decline in Title I services.

In the present analysis of Title I, the Court in *Agostini* found that under current law, New York's Title I Program did not, as a matter of law, have the effect of advancing religion through indoctrination or creating an excessive entanglement between Church and state. In reaching this decision, the Court relied on three «fresh law» premises derived from recent Supreme Court cases. First, the Court abandoned the premise that public school teachers are «uncontrollable and sometimes very unprofessional». The Court determined that there is no reason to presume that a public school teacher would automatically depart from her duties and incorporate religion into her classroom upon entering a private school.

Second, the Court found that the location of a public school teacher, whether it be at the curbside, or inside the private school, does not make any difference as to the creation of a symbolic link between the church and state. The Court said that the degree of cooperation between a public school teacher and the private school is the same, either at the curb-side or in the private school.

Third, the Court reasoned that the services Title I offers do not relieve the private schools of costs they otherwise would have borne in educating their students. In reaching this decision the Court said that Title I is only available to eligible students, and therefore, could not be seen as offsetting the costs that the private schools would otherwise have in educating its students.

The Supreme Court found this fresh law to have two effects in the present analysis of the Title I Program. First, the second prong of the Establishment Clause's Lemon test (principal effect neither advances nor inhibits religion) was no longer in violation. The Court found that the state funded program did not give rise to the impermissible effect of advancing religion. Second, the third prong of the Lemon test (excessive entanglement between church and state) was no longer violated. The Court found that because public school teachers are no longer deemed to stray from their assigned duties, and incorporate religion into their teaching, monthly visits by monitoring officials are no longer necessary to ensure conformance with Title I guidelines. Hence, the Court no longer found an excessive entanglement between church and state.

Hopefully, the *Agostini* case represents a more nuanced and welcoming view of the relation between religion and government in the United States, one that is more consistent with the other religion clause of the First Amendment: « Congress shall make no law ... prohibiting the free exercise [of religion] ».

DWIGHT G. DUNCAN
CLARK R. WHALEY

Pagina bianca

CONSIDERAZIONI SULLA NECESSITÀ DELL'INTERVENTO DEGLI AVVOCATI NEI PROCESSI DI DICHIARAZIONE DI NULLITÀ DEL MATRIMONIO CANONICO

1. La mancanza di avvocati causa gravi deficienze nel lavoro dei tribunali. — 1.1. Riguardo al processo. — 1.2. Riguardo all'uso delle causali di nullità del matrimonio. — 1.3. La funzione dei patroni stabili stipendiati dal tribunale non risolve pienamente il problema. — 2. Mezzi per promuovere un maggiore intervento degli avvocati. — 2.1. Ricordare ciò che è stabilito dal Legislatore. — 2.2. Ricordare quanto insegna la dottrina sulla necessità degli avvocati. — 2.3. Superare alcune attitudini negative verso gli avvocati.

1. *La mancanza di avvocati causa gravi deficienze nel lavoro dei tribunali.*

Per anni il tema riguardante il cattivo funzionamento di alcuni tribunali è stato incentrato sulla forma inadeguata di procedere, specialmente quando questa ha toccato il diritto alla difesa della parte convenuta. Attualmente si avverte che il problema più grave risiede nel campo del diritto sostantivo, nella forma di interpretare e applicare le cause di nullità del matrimonio⁽¹⁾. Uno dei fattori che hanno influenzato negativamente l'andamento dei tribunali sia nel campo processuale sia nel campo del diritto sostantivo è rappresentato dal fatto che nelle cause di dichiarazione di nullità del matrimonio diverse volte non ci sono stati dei veri e propri avvocati.

1.1. *Riguardo al processo.*

In alcune Nazioni gli avvocati sono pochissimi, praticamente inesistenti. Le origini di questo fenomeno possono essere rintracciate

⁽¹⁾ GROCHOLEWSKI Z., *Alcune questioni attuali concernenti lo stato e l'attività dei tribunali, con particolare riguardo alla situazione USA*, in *Monitor Ecclesiasticus*, 114 (1989), pp. 347-371.

nella tradizionale inesistenza di avvocati laici ai quali potevano ricorrere i fedeli per avere il loro patrocinio nelle cause matrimoniali. Inoltre, le cause stesse erano quasi inesistenti e nelle poche che si svolgevano partecipava, nella veste di avvocato, qualche sacerdote con un po' di conoscenza giuridica. Questa realtà è ancora presente in più di una diocesi. Naturalmente cercare la soluzione è l'oggetto principale del mio studio.

Un primo tentativo di soluzione a questo problema fu dato alla fine degli anni sessanta, dalla Chiesa degli Stati Uniti, la quale avviò un gigantesco sforzo per rispondere al problema dei divorziati cattolici che si erano risposati civilmente e si trovavano in una situazione irregolare. Limitandoci al punto che direttamente interessa la nostra analisi, vorrei ricordare come, nei tribunali Americani, di fronte alla carenza cronica di avvocati laici, alcuni sacerdoti, senza preparazione specifica venissero nominati «avvocati», per svolgere la funzione propria di questa figura professionale.

Normalmente questi «avvocati» ascoltavano le parti per vedere se esisteva la possibilità di portare avanti la causa per la dichiarazione di nullità del loro matrimonio. Se fosse stata ravvisata qualche possibilità, lo stesso sacerdote, agendo nel ruolo di avvocato-procuratore, avrebbe aiutato le parti nella preparazione del libello e nella raccolta dei documenti necessari, indicando le possibili prove e presentando alla fine lo scritto di difesa. È da ricordare che tale avvocato-procuratore lavorava per il tribunale, riceveva il salario dalla diocesi, di solito attraverso la parrocchia alla quale era assegnato.

Posteriormente la funzione dell'«avvocato» non rimase limitata ai compiti precedentemente ricordati. Infatti, l'«avvocato», oltre indicare i mezzi di prova, era incaricato anche di assumerla. Nei primi tempi i giudici si riservavano di sentire personalmente l'attore e generalmente anche la parte convenuta, per avere con esse un contatto personale. Poco a poco, a motivo del numero sempre crescente di casi, il giudice non aveva contatto personale né con le parti né con i testimoni.

Tutto questo sconvolse l'andamento del processo, con pericolo di lesionare il diritto di difesa, oltre a far venire meno la forma processuale. I casi erano introdotti e istruiti prima di iniziare il processo, senza rispettare il contraddittorio e quasi tutto era fatto da una persona denominata «avvocato», senza l'intervento dell'autorità giudiziale. Qualche volta la persona incaricata di raccogliere il materiale probatorio era denominata uditore, proprio per non lasciare l'istru-

zione della causa all'avvocato, ma il problema non era meno grave, perché questo uditore realizzava l'introduzione della causa e nell'istruzione non operava secondo il mandato del giudice ma di propria mente.

1.2. *Riguardo all'uso delle causali di nullità del matrimonio.*

Uno degli aspetti che lascia a desiderare nel funzionamento di alcuni tribunali è l'uso improprio delle cause di nullità del matrimonio⁽²⁾. Tra le cause di questo problema possono essere annoverate: la scarsa conoscenza della giurisprudenza rotale (attribuita al Latino in cui vengono scritte le sentenze o decreti, e a problemi di comunicazione delle sentenze rotali⁽³⁾), la mancanza di unità della giurisprudenza all'interno della stessa Rota Romana⁽⁴⁾, la concezione della funzione del giudice con troppa indipendenza dalla norma legale e la forma di applicare il c. 19. Si deve anche ricordare, come causa di questa confusione, l'uso del termine «giurisprudenza», sia ravvisandolo in una sentenza o in una linea specifica di pensiero all'interno della Rota Romana, sia in riferimento a qualsiasi giurisprudenza.

Oltre alle cause indicate, l'uso di una giurisprudenza abnorme è stato causato dalla mancanza dell'intervento degli avvocati. Nei Tribunali ecclesiastici dove non esistevano avvocati, i « sacerdoti-avvocati », quando scrivevano le istanze relative al caso del matrimonio fallito, per poter essere in grado di valutare la possibilità della dichiarazione di nullità, si avvelavano di qualche manuale sul matrimonio canonico o di qualche « raccolta di giurisprudenza » scritta, di solito, nella lingua patria. Quando l'« avvocato » non aveva una prepara-

⁽²⁾ G. MONTINI, *La giurisprudenza dei Tribunali Apostolici e dei Tribunali delle Chiese particolari*, in *Associazione Canonistica Italiana (a cura), Il diritto della Chiesa* Città del Vaticano: Libreria Editrice Vaticana, 1996, pp. 111-134.

⁽³⁾ È doveroso ricordare lo sforzo della Rota Romana rispetto alla facilitazione della conoscenza della propria giurisprudenza attraverso le pubblicazioni sempre più tempestive delle *Decisiones seu Sententiae* e dei *Decreti*, e anche attraverso l'edizione di tutto questo pregiato materiale nel sistema della nuova informatica, il CD-ROM.

⁽⁴⁾ «La necessità è particolarmente sentita per il modo di procedere per turni della Rota Romana (dove il detto *Rota quandoque rotat*, ad indicare una certa instabilità della giurisprudenza rotale)» (G. MONTINI, *La giurisprudenza dei Tribunali Apostolici e dei Tribunali delle Chiese particolari*, in *ASSOCIAZIONE CANONISTICA ITALIANA (a cura), Il diritto della Chiesa*, Città del Vaticano: Libreria Editrice Vaticana, 1996, pp. 132, nota 106).

zione specifica nel campo del diritto canonico, la dipendenza da questi manuali o « lista di presunzioni » era quasi servile.

Nelle cause che presentavano maggiore difficoltà, l'« avvocato » chiedeva il consiglio di qualche giudice dello stesso tribunale, in maniera informale e privatamente. Difficilmente si verificava il caso di contrasti tra la visione dell'avvocato e quella del tribunale, poiché l'« avvocato » accettava gli orientamenti del giudice, il quale, in qualche modo, già si esprimeva non solo sulla questione di diritto, ma anche sul caso in quanto tale.

L'identificazione dei fatti giuridici sui quali si basa la pretesa dell'attore deve essere realizzata dalle parti. Il giudice avrà successivamente l'opportunità di pronunciare la propria opinione nella *liti-scontestatio*. Prima del decreto nel quale viene fissato l'oggetto della controversia deve, però, rimanere « separato », benché non estraneo al procedimento. La funzione del giudice e quella dell'avvocato devono necessariamente conservare la loro identità.

La presentazione dei fatti sui quali si basa l'azione corrisponde all'attore. L'attore — con l'aiuto del giurisperito — deve presentare i fatti giuridici sui quali si basa l'azione. Deve presentarli e far vedere che essi entrano nella situazione giuridica regolata dal diritto, e, conseguentemente, sono atti a produrre gli effetti giuridici che la norma collega a tali fatti. Senza l'aiuto dell'avvocato la parte incontrerà gravissime difficoltà per la realizzazione di questa attività.

Questa prassi, confondendo i diversi ruoli dei soggetti del processo, ha avuto incidenza diretta nel cattivo uso delle causali di nullità del matrimonio. La funzione del giudice consiste nell'applicazione della norma al caso concreto. Per *dicere ius* nel caso concreto si richiede di individuare la norma che deve essere applicata e dire se il caso rientra nella fattispecie considerata dalla legge. Ambedue le funzioni corrispondono al giudice, più specificamente il *dicere ius*, conforme alla massima *da mihi factum, dabo tibi ius*.

Quando il giudice lascia il fianco dell'istituzione per passare al lato delle parti, il processo viene turbato profondamente. Nel giudice tende a prevalere l'interesse personale che si cerca di ottenere dal processo, trascurando l'interesse istituzionale. L'atteggiamento del giudice è compromesso anche psicologicamente. In mancanza di un vero avvocato che curi gli interessi personali dell'attore, il giudice potrebbe avere la tentazione di supplire a questa mancanza, trascurando gli interessi istituzionali tutelati dalla legge. Qualche volta si

esprime questa problematica parlando dell'attitudine «pastorale» che assumono i giudici.

1.3. *La funzione dei patroni stabili stipendiati dal tribunale non risolve pienamente il problema.*

La figura dei patroni stabili stipendiati dal tribunale che si trova nel c. 1490 ebbe origine in Italia, presso il Tribunale Regionale del Piemonte, negli anni '70, per rispondere alla necessità di rendere accessibile la giustizia a coloro i quali non erano provvisti di mezzi economici⁽⁵⁾. I patroni stabili stipendiati dal tribunale devono essere ricolligati, almeno in forma indiretta, alla consuetudine americana di avere avvocati come parte del tribunale, stipendiati dalla diocesi, e pronti ad offrire i loro servizi a chiunque ne avesse bisogno.

La funzione dei patroni stabili stipendiati dal tribunale è la stessa dei procuratori ed avvocati in genere: il canone usa la parola «patroni», che comprende il procuratore e l'avvocato⁽⁶⁾. La peculiarità di questi patroni è che la loro funzione è stabile e sono stipendiati dal tribunale. Materialmente formano parte dell'organico del tribunale.

Lo scopo diretto per il quale furono introdotti — rendere accessibile la funzione dei procuratori ed avvocati nelle cause di dichiarazione di nullità del matrimonio — è certamente lodevole, ma la figura come tale può avere alcuni limiti riguardanti gli aspetti che stiamo cercando di evidenziare in questa nostra analisi. Il vincolo profondo che hanno tali patroni con il tribunale e la dipendenza più limitata dalle parti può suscitare il sospetto che non sentano una responsabilità diretta nei confronti delle parti e che il contraddittorio praticamente sparisca⁽⁷⁾, come abbiamo visto è successo nei tribunali che si servivano di figure simili.

(5) OCHOA X., *La figura canónica del procurador y abogado público*, in *Dilexiti Iustitiam: Studia in Honorem Aurelii Card. Sabbatani*. Curantibus Z. Grochowski et V. Carcel Ortí. Città del Vaticano: Libreria Editrice Vaticana, 1984, p. 249-285.

(6) Il CIC usa il termine «patroni» nei canoni 1490, 1678 1, 1701 2 e 1730. Lo stesso significato ha nelle «Normae speciales» della Segnatura Apostolica, p. e., art. 99.

(7) «L'organizzazione libera della funzione [degli avvocati] risponde alla sua profonda natura. L'avvocato e il procuratore postulano in giudizio per la parte, cioè sostituiscono o assistono la parte nello svolgimento dell'azione: sono dunque, devono essere, uomini di parte, quindi liberi. L'avvocato funzionario non solo riduce praticamente il processo a una triste commedia, ma contraddice all'essenza e alla struttura del giudi-

2. *Mezzi per promuovere un maggiore intervento degli avvocati.*

Da quanto abbiamo visto appare l'importanza dell'intervento degli avvocati nelle cause di dichiarazione di nullità del matrimonio. Cosa fare per favorire questa presenza?

2.1. *Ricordare ciò che è stabilito dal Legislatore*

Il Codice accetta la possibilità per la parte di costituirsi un avvocato ed è favorevole a che le parti ricorrano a quest'aiuto. In forma generale il Codice determina: «La parte può liberamente costituirsi un avvocato e un procuratore; può tuttavia, oltre i casi stabiliti ..., anche agire e rispondere personalmente, a meno che il giudice non abbia ritenuto necessaria l'assistenza di un procuratore o di un avvocato» (c. 1481 1). In alcuni casi la parte deve servirsi di un avvocato: «Nel giudizio penale l'accusato deve sempre avere un avvocato, che si sia egli stesso costituito o assegnato a lui dal giudice» (c. 1481 2). «Nel giudizio contenzioso, se si tratti di minori o di un giudizio vertente circa il bene pubblico ad eccezione delle cause matrimoniali, il giudice costituisca d'ufficio un difensore alla parte che non l'abbia» (c. 1481 3).

Il Legislatore ha voluto escludere da questa norma le cause matrimoniali per un motivo pragmatico: la Chiesa riconosce che non ha i mezzi per farlo⁽⁸⁾. Non ha voluto imporre un'obbligo che successivamente sarebbe stato disatteso. In qualche modo si è voluto provvedere a questa carenza attraverso i patroni stabilmente costituiti a norma del c. 1490, i quali però strutturalmente presentano diversi limiti.

Dalla struttura dei diversi atti del processo si ravvisa la necessità degli avvocati. Nell'elaborazione del libello introduttorio della lite, al momento di indicare su quale diritto si fonda l'attore (c. 1504, n. 2), l'avvocato deve orientare l'attore a individuare una vera causale. L'avvocato deve approfondire nella conoscenza della situazione storica, orientando l'attore su quali sono i fatti che interessano in ordine alla nullità del matrimonio. Per farlo, l'avvocato dovrà conoscere bene la legge e la giurisprudenza che identifica quali sono i casi

zio, quindi all'ordinamento» (SATTA, S., *Avvocato (ordinamento)*, in *Enciclopedia del Diritto*, Vol. 4, Milano, Giuffrè Editore, 1959, p. 653).

(8) «Communicationes» 10 (1978), p. 268; 16 (1984), p. 61.

che entrano nella fattispecie astratta, e illustrare la struttura della prova.

La presentazione tecnica del libello, con l'indicazione precisa della causale, agevola sicuramente la funzione del giudice che dovrà ammettere o respingere il libello (c. 1505), prendendo in considerazione, tra l'altro, l'indicazione del diritto sul quale si fonda l'attore (c. 1504, n. 2). Il libello può essere respinto se è sicuramente manifesto dal libello stesso, che la domanda manca di qualunque fondamento (c. 1505 1, n. 4), in quanto non c'è nessun fondamento di diritto o i fatti che si riportano sono manifestamente inadeguati a supportare la pretesa dell'attore. In caso di rigetto del libello da parte del giudice, la parte può sempre interporre ricorso corredato da motivazioni, nelle condizioni stabilite dal c. 1505 4. Il ricorso difficilmente potrà essere realizzato dalla parte senza essere assistita da un avvocato.

Tutto questo lavoro permetterà non solo la migliore difesa dei diritti delle persone, ma anche un approfondimento e unificazione della giurisprudenza.

Un secondo momento nel quale l'intervento degli avvocati può favorire la conoscenza e unificazione della giurisprudenza è la contestazione della lite, specialmente nelle cause più difficili, quando le parti devono essere convocate dal giudice per concordare il dubbio o i dubbi (c. 1513).

Il Codice vigente fissa la contestazione della lite nel decreto del giudice che definisce i termini della controversia desunti dalle richieste e dalle risposte delle parti. «Si ha la contestazione della lite, quando con un decreto del giudice si definiscono i termini della controversia, desunti dalle richieste e dalle risposte delle parti» (c. 1513 1).

Si perviene al decreto nel quale vanno definiti i termini della controversia, individuando quali siano le questioni di fatto e di diritto in correlazione alla decisione della causa. È di primaria importanza che il capitolo dei fatti giuridici posti a fondamento dell'azione sia espresso chiaramente; qualora fossero molteplici e diversi, occorre che siano enumerati anche distintamente.

Il giudice può giungere a definire i termini della controversia non solo sulla base degli scritti di ciascuna delle parti, ma anche sulle dichiarazioni delle parti fatte a voce davanti al giudice: «Le richieste e le risposte, oltre che nel libello introduttivo della lite, possono essere espresse o nella risposta alla citazione o in dichiarazioni fatte a voce avanti al giudice» (c. 1513 2).

Talvolta la determinazione dei dubbi non è facile, perché esige un accurato studio che divida la domanda dell'attore in diversi articoli, in modo tale da poter essere confrontata con la risposta della parte convenuta. In questi casi si può usare il tradizionale istituto della *concordantia dubii*: «... nelle cause più difficili le parti devono essere convocate dal giudice per concordare il dubbio o i dubbi, a cui si dovrà rispondere nella sentenza» (c. 1513 2).

Come è palese, in tutto questo sforzo è fondamentale la funzione dell'avvocato, il quale munito della scienza giuridica, come vero giurisperito può assistere le parti nell'identificare i fatti che interessano, e metterli in rapporto con le norme che gli si accordano.

Il momento precipuo per precisare il diritto e i fatti è la discussione della causa, quando, attraverso il *restrictus iuris et facti* e le osservazioni del difensore del vincolo, tutti cercano la verità dei fatti e la relazione di costoro con il diritto. Il diritto, non in generale ma riferito al fatto; il diritto contenuto nella legge, ma in quanto applicato al fatto. Non solo la fattispecie astratta, ma riferita al fatto concreto, e in quanto contiene tali fatti. Il fatto, non solo nella sua verità storica, ma in quanto processualmente capace di produrre nel giudice la certezza morale.

2.2. *Ricordare quanto insegna la dottrina sulla necessità degli avvocati.*

I vantaggi derivanti dal servirsi dei patroni sono indicati dalla dottrina prendendo in considerazione diversi aspetti: facilitare la difesa degli interessi delle parti (*ius defensionis*); aiutare il ministero giudiziale, collaborando nell'obbligo istituzionale di adeguare la verità formale alla sostanziale (*favor veritatis*); agevolare l'attività delle parti e dei giudici nell'adempimento del loro ruolo nel processo (economia processuale).

Come già detto, il servirsi degli avvocati nel processo è favorevole sia alle parti sia al buon andamento del processo. In particolare noi abbiamo insistito sull'importanza degli avvocati per ottenere il miglioramento del funzionamento dei tribunali nell'uso corretto delle causali di nullità di matrimonio.

2.3. *Superare alcune attitudini negative verso gli avvocati*

a) Per superare il pregiudizio relativo sia alla loro funzione, sia ai possibili abusi degli avvocati riguardo agli onorari, alcuni tribunali

preferiscono che nei processi non intervengano gli avvocati, considerando che l'aiuto che gli avvocati offrono alle parti occasiona difficoltà al tribunale, ad esempio, perché esigono che i termini siano rispettati.

Grazie a una maggiore sensibilità della santità nella Chiesa la si vuol vedere libera dagli interessi economici. Uno dei punti che negli ultimi anni si è biasimato dell'amministrazione della giustizia nella Chiesa, anche nei mezzi di comunicazione sociale, sono le spese che può comportare una causa di dichiarazione di nullità del matrimonio. Sono stati fatti sforzi per superare gli abusi, e si deve cercare continuamente di fare in modo che la giustizia ecclesiastica sia accessibile a tutti e non solo ai più facoltosi economicamente. Allo stesso tempo non si deve avere un'atteggiamento negativo verso le legittime pretese degli avvocati in questo campo. Augurando che ci siano tanti validi avvocati che vogliano farlo in forma gratuita, si deve riconoscere che il lavoro specializzato il cui significato consiste nel patrocinare realmente una causa, normalmente dovrà essere ricompensato da un onorario che permetta al professionista portare avanti degnamente una famiglia.

b) Non si vede perché per patrocinare debba essere richiesto più di quanto è stabilito dal Supremo Legislatore. Gli avvocati e i procuratori devono ottenere una approvazione per poter patrocinare nel tribunale. Nella Chiesa non esiste un Ordine o Collegio degli Avvocati che sia incaricato di iscrivere all'albo, spetta al Vescovo diocesano approvare i candidati (c. 1483), sia *ad casum* sia attraverso l'inclusione nell'albo degli avvocati⁽⁹⁾. Le condizioni richieste dal CIC per poter essere approvati sono: «procuratore ed avvocato devono essere maggiorenni e di buona fama; l'avvocato deve inoltre essere cattolico, a meno che il Vescovo diocesano non permetta altrimenti e dottore in diritto canonico, o, in caso contrario, veramente esperto» (c. 1483)⁽¹⁰⁾.

⁽⁹⁾ Cfr. Instr. Provida mater, art. 48 4; Normae speciales in Supremo Tribunali Signaturae Apostolicae ad experimentum servandae, 25 marzo 1968, art. 6; Normae S. Romanae Rotae Tribunalis, 16 gennaio 1982, art. 60; Const. Apost. Pastor Bonus, 28 giugno 1988, art. 183-185.

⁽¹⁰⁾ Nella norma si lascia sentire una certa liberalizzazione sia riguardo all'esigenza di essere cattolico che riguardo alla preparazione specifica in diritto canonico. Tale apertura può lasciare più spazio alla collaborazione di avvocati civili nei nostri tribunali, specialmente per preparare in forma più tecnica gli atti del processo. (cfr. TARR,

Non si ravvede la ragione per la quale alcuni tribunali esigono altri requisiti, ad esempio, l'essere avvocato rotale. Agiranno alla stregua del Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica e del Tribunale Apostolico della Rota Romana, ma questi tribunali apostolici sono regolati da un diritto particolare stabilito dall'Autorità competente. Non è il caso dei tribunali diocesani o interdiocesani. Siamo nel campo delle leggi processuali, che non possono essere dispensate dall'autorità del Vescovo diocesano (c. 87), proprio perché non sarebbe per il bene spirituale dei fedeli, ma nel loro svantaggio. Il favorire un gruppo ridotto di avvocati, può favorire che ci siano abusi.

FRANCISCO J. RAMOS, O.P.

Nulidad de sentencia, Sententia definitiva, 15.XI.1990, c. Cormac Burke, in «CLSNNewletter I & GB», 88 (1991) 23-34).

Rassegna di bibliografia

Recensioni

Pagina bianca

AA.VV., *Os Sacramentos da Iniciação Cristã. Estudo interdisciplinar. III Jornadas de Direito Canónico. 23-26 de Abril de 1995 - Fátima* (Colleção «Lusitania Canonica»), coordenação Manuel Saturino Costa Gomes, edição do Centro de Estudos de Direito Canónico da Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 1996, p. 324.

Dopo il volume *Codex iuris canonici de 1983: 10 anos de aplicação na Igreja e em Portugal*, corrispondenti alle *II Jornadas de Direito Canónico*, sono stati pubblicati nella stessa Colleção «Lusitania Canonica» del *Centro de Estudos de Direito Canónico* gli atti delle *III Jornadas*, dedicati all'approfondimento dei sacramenti dell'iniziazione cristiana. Il presente volume è il risultato di un lavoro interdisciplinare, dove sono stati raccolti interventi di teologi, di canonisti e di pastori. Non mancano, quindi, relazioni di natura prettamente teologica, liturgica, o pastorale. Tuttavia, la prospettiva di studio è rimasta prevalentemente giuridico-canonica.

La maggior parte delle relazioni riguardano l'insieme dei sacramenti dell'iniziazione cristiana. In primo luogo, il contributo di José Jacinto Ferreira de Farias sul concetto di «maturità cristiana» sotto il profilo teologico. Segue l'intervento di Manuel Saturino Costa Gomes sul «di-

ritto ai sacramenti», dove l'A. analizza la categoria di «diritto fondamentale» nella Chiesa, e la mette a confronto con la formulazione del diritto dei fedeli ai sacramenti del canone 213, e con le condizioni per la loro amministrazione da parte dei pastori, indicate dal canone 843. Quindi, tre relazioni più brevi: una di Silvério Benigno Pires sulla preparazione pastorale ai tre sacramenti; lo studio di Mons. António Monteiro, Vescovo di Viseu, circa l'amministrazione dei sacramenti alle persone handicappate; e quello di Alfredo Ferreira Dionísio sull'iniziazione cristiana e l'insegnamento religioso nelle scuole portoghesi. In fine, il contributo di António Manuel Moiteiro sui sacramenti dell'iniziazione cristiana nei nuovi catechismi per l'infanzia e l'adolescenza, dove sarebbe stato opportuno qualche riferimento al *Catechismo della Chiesa Cattolica*; e lo studio di Nelson P. Horta, presbitero e canonista della Chiesa Lusitana Cattolica Evangelica, sull'iniziazione cristiana nel Diritto canonico della propria Chiesa.

Sui singoli sacramenti, per quanto riguarda il Battesimo, sono interessanti il lavoro di José António Marques e quello di Pedro Ferreira. Il primo circa l'applicazione che è stata fatta della disciplina canonica sul Battesimo dei bambini: in esso l'A. cerca di superare il conflitto

tra Pastorale e Diritto riguardo al momento più opportuno per amministrare il Battesimo ai bambini. Il secondo incentra, invece, la sua attenzione sul Battesimo degli adulti e la formazione loro richiesta. Due sono anche le relazioni sulla Confermazione: una di Mons. Manuel Pelino, Vescovo Ausiliare di Porto, circa gli aspetti teologici della Confermazione; e l'altra di Manuel Pinho Ferreira sulle differenze tra le discipline latina e orientale, dove l'A. ripropone la classica questione dell'età della Confermazione. Interessanti sono anche lo studio di Joaquim de Assunção Ferreira sui padrini del Battesimo e della Confermazione, e le tre relazioni incentrate sull'Eucaristia: la prima, di Miguel Falcao, dove l'A. esamina il rapporto tra Eucaristia e Diritto, soffermandosi nel valore pastorale delle disposizioni canoniche sul ministro dell'Eucaristia; successivamente l'articolo di Joao Maria de Sousa Mendes circa il culto eucaristico fuori della Messa; e quello di Sebastiao Ferreira, che tratta il tema dell'offerta data per la celebrazione della Messa e le cosiddette « Messe plurintenazionali o collettive ».

Molti sono gli articoli e gli aspetti che meritano qualche commento, su una materia così importante per la vita della Chiesa, come sono i sacramenti dell'iniziazione cristiana. Evidentemente non risulta possibile farlo nel circoscritto ambito di queste righe. Riguardo singole questioni di particolare attualità, come la posizione delle persone che si trovano in situazioni matrimoniali irregolari

nei confronti dei sacramenti dell'iniziazione cristiana, mancano trattazioni specifiche.

Su questo singolo punto vorrei aggiungere una breve osservazione prendendo spunto dall'articolo sui padrini del Battesimo e della Confermazione. In esso l'A. si sofferma tra l'altro sull'importanza dell'adeguata preparazione dei padrini, di fronte agli abusi causati da formalismi o convenzionalismi sociali. Per quanto riguarda il problema dell'ammissione all'ufficio di padrino dei fedeli in situazioni matrimoniali irregolari, l'A. manifesta le perplessità che potrebbe suscitare la loro ammissione e si manifesta contrario ad essa nel caso dei divorziati risposati che intendano rimanere tali. Tuttavia ammette qualche possibilità, seppure molto eccezionale, nel caso in cui, in questi fedeli ci sia un chiaro sforzo di ritorno alla situazione regolare, e siano minime le speranze di educazione cristiana del bambino (cfr. p. 109). In ogni caso, a mio parere, bisogna sempre ricordare che la funzione di padrino, oltre ad essere una funzione liturgica, è « una vera funzione ecclesiale ("officium") » (cfr. *Catechismo della Chiesa Cattolica*, n. 1255) con una rilevanza pubblica. In questo senso, non sembra sufficiente un mero ripensamento o un mero sforzo di ritorno. Sarebbe necessario, invece, che questo sforzo fosse espresso in un modo anche pubblico e secondo modalità adeguate alla natura della situazione in oggetto. Non sembra, infatti, che possa essere applicata alla funzione

di padrino la soluzione adottata nei confronti della Comunione, quando l'uomo e la donna, per seri motivi — quali ad esempio, l'educazione dei figli — non possono soddisfare l'obbligo della separazione: in questo caso, assunto l'impegno di astenersi dagli atti propri dei coniugi, potrebbero accedere alla Comunione eucaristica sempre che sia evitato lo scandalo. Condizione, quest'ultima, che non è possibile adempiere nel caso della funzione di padrino.

Infine, tornando al lavoro complessivo, vorrei segnalare che si tratta di un'opera capace di suscitare interesse per la varietà dei contributi e la differente prospettiva adottata. Ma questo è anche il suo limite. Risulta comunque una manifestazione incoraggiante dell'attenzione crescente che il Diritto canonico torna a riscuotere in Portogallo.

Antonio S. Sánchez-Gil

Mauro BARDI, *Il dolo nel matrimonio canonico*, Giuffrè, Milano, 1996, p. VIII + 274.

Nel primo capitolo, sul *problema dell'influsso del dolo*, l'A. analizza anzitutto due elementi fondanti e comuni del *dolus*: la deliberata *voluntas* e *mala fides* del *deceptor* (elemento soggettivo) e il comportamento attivo od omissivo che attraverso l'intelletto (*errore* od *ignorantia*) e la volontà del *deceptor* provoca un consenso nullo (elemento

oggettivo). Il *dolus* e la *vis*, cause esterne di vizi del volere, hanno somiglianze sul piano concettuale (estrinsecità, illecita, volontà deformata), però risultano completamente distinti sul piano delle cause (occulta: *dolus*; manifesta: *vis*), degli effetti (intellettivo: *dolus*; volitivo: *vis*) e delle formulazioni positive (*gravitas* solo nel *metus*). Con rispetto all'errore il dolo sarebbe una sorte di *error ab extrinseco*. Le norme del CIC prevedono la generale validità dell'atto compiuto *ex dolo accidentalia determinans*, salvo azione rescissoria e per legge (can 125 2; 103 2 CIC' 17) senza escludere la provenienza del dolo da parte di un terzo. Inoltre, le norme del CIC del'83 tutelano la volontà (*ratio* globale) in presenza del *dolus* e della *vis ac metus* in atti spirituali e nel matrimonio, superando la disparità di trattamento — nel CIC del'17 — tra il regime del matrimonio e dell'*ordo sacer*, tra l'ingresso nel noviziato e l'ingresso in religione.

Il secondo capitolo presenta una *ricostruzione storica delle vicende e dei motivi* della irrilevanza del dolo nel matrimonio canonico. L'A., analizza l'*irrilevanza* fondata sugli elementi oggettivi estrinseci al *deceptor* (dottrina del *dolus in spiritualibus* e della *fatuitas* del *deceptor*), a partire dalle fonti posgraziane. I motivi sugli effetti dispiegati sull'intelletto e la volontà del *deceptor* (mancanza e vizio del consenso) a partire dal pensiero tomista in tema di *error*; ed infine, l'*irrilevanza* fondata sulla necessità di salvaguardare la stabi-

lità del matrimonio-sacramento e del vincolo matrimoniale (*firmitas del favor matrimonii*) dal pensiero scolastico posttridentino fino al CIC del '17. L'A. sottolinea l'influsso del pensiero di San Tommaso in tema di *error involuntarium* per la considerazione del dolo non come vizio del consenso, ma come causa di un vizio del consenso che è l'errore. T. Sanchez riconferma l'argomento tomista e per la prima volta sostiene in modo implicito, che l'*error qualitatis* non dà luogo ad un *involuntarium* semplice (sostanziale), ma solo ad un *involuntarium secundum quid* (accidentale), che il legislatore del 17 ha deciso di non considerare come impedimento al matrimonio.

Nel terzo capitolo l'A. analizza il periodo anteriore al CIC del '83, per identificare *gli eventuali momenti di rilievo dell'error qualitatis o del dolus* nella dottrina e nella giurisprudenza, in base a tre correnti interpretative dell'*error qualitatis redundans in errorem personae* (canon 1083 2 n. 1 CIC'17). Prima, l'interpretazione restrittiva di T. Sanchez che portava l'*error qualitatis* verso l'errore sulla identità fisica, di modo che l'*error redundans* diventava una subspecie dell'*error personae*; seconda, l'interpretazione della *qualitas unicus finis* della *tertia* regola Alfonsina che impostava la trattazione dell'errore verso il momento volitivo che caratterizza l'*intentio* verso una qualità (Es. sentenza De Dinajpur *coram* Hear, 21-06-41) o verso il consenso condizionato (seconda regola) e terza, l'interpretazione evo-

lutiva dell'*error qualitatis* (Es. sentenze *coram* Canals, y *coram* Serano, 28-05-82) che dà una svolta decisiva nella visione della persona, non più considerata come individualità fisica, ma nella dimensione di *magis et integre considerata*, che tiene conto dei suoi aspetti civili, morali e sociali. Oltre agli ambiti di rilievo dell'*error qualitatis*, l'A. nondimeno identifica i momenti di rilievo del dolo attraverso la condizione impropria (*de presenti vel de praeterito*), sia nella dottrina come nella giurisprudenza che, durante la vigenza della codificazione piano-benedittina, dichiarava la nullità di matrimoni sulla base della terza regola Alfonsina, giacché non presentavano i requisiti tradizionali dell'*error qualitatis redundans in errorem personam*.

L'*iter* del canone 1098 (CIC 83) viene studiato nel quarto capitolo. In primo luogo l'analisi dei problemi dottrinali e le proposte *de iure condendo* dopo la promulgazione del CIC del 17 (Bank, Flatten), principalmente in riferimento alla connessione tra *dolus-error*, la *gravitas* del dolo, la natura della *qualitas*, la irrilevanza dell'*intentio interpretativa od abituale* (di per sé inoperante), e le proposte revisioniste di un futuro *impedimentus deceptionis*. In un secondo momento, lo studio dei lavori della *Pontificia Commissio Codicis Iuris Canonici Recognoscendo* con rispetto ai modelli di canoni proposti sul dolo matrimoniale, dalla riforma del can. 1083 fino alla proposta di un nuovo modello di canone. Di particolare inte-

resse rappresenta la modificazione del can. 1052 (1980) avvenuta nel momento dell'esame finale dal Pontefice Giovanni Paolo II con l'ausilio di una Commissione *ad hoc*. Tale modificazione riguarda la *qualitas* del dolo «*quae nata est ad consortium vitae coniugalis graviter perturbandum*» (can 1057) che diviene una qualità che «*suapte natura consortium vitae coniugalis graviter perturbare potest*» (can 1098, CIC 83). La nuova formula «*suapte natura*», secondo l'A., vuole porre in maggior evidenza il carattere della esclusiva idoneità obiettiva della *qualitas* a perturbare il *consortium vitae*. Ma l'argomento sull'origine divino-naturale od ecclesiastica della norma rimane senza una risposta ufficiale, anche se la Commissione tendenzialmente era orientata verso la retroattività (origine *ex iure divino*).

I capitoli dal quinto all'ottavo trattano lo studio del vigente sistema normativo del dolo nel matrimonio canonico (can. 1098), abordando i problemi relativi al rilievo del dolo vizio (c. V), la *qualitas personae* (c. VI), la qualificazione normativa — diritto ecclesiastico o divino — del can. 1098 (c. VII) e la *ratio iuris* che lo giustifica (c. VIII).

Il rilievo del dolo-vizio viene studiato in riferimento a diversi problemi. Primo, la provenienza soggettiva della *deceptio*: dall'altro nubente o da un terzo, giacché il dolo non viene considerato in sé stesso ma nei suoi effetti nella vittima. Secondo, in quanto alla *gravitas doli*, l'A. sostiene che non si deve parlare

di *dolus gravis* da parte del *deceptor* né del criterio di riconoscibilità dell'*error* da parte del *deceptus*, ma della generale condizione del *deceptus* che non ha avuto la possibilità di scoprire il vero. Terzo: il dolo omissivo o negativo è ammissibile, pure nel caso del dolo del terzo, sia in base al *dovere* dei nubenti di comportarsi secondo buona fede e correttezza e di informare il proprio stato di vita personale; sia in base al *diritto* di sapere eventuali qualità che sono in grado di *graviter perturbare* (...) *consortio vitae coniugalis*. Quarto, il problema delle prospettive di lettura — sempre parziali o contraddittorie — del can. 1098, sia nell'inserimento consapevole nel proprio atto di volontà di un elemento estraneo — consentito (can. 1097 2) od illecito (can. 1099) —, sia nella prospettiva del *defectus consensus* (can. 1097 1) del *defectus conditionis* (can. 1102) o del *defectus intentionis* (can. 1097 2) per superare i problemi dell'irrelevanza dell'*intentio interpretativa*.

La *qualitas personae* del can. 1098 deve interpretarsi strettamente (*alterius partis*), come l'insieme di caratteristiche personali — presenti o mancanti — anteriori al matrimonio, ma che possono riverberarsi negativamente sul matrimonio, capace di perturbare gravemente il matrimonio *in facto esse*. Per l'A. il problema della *deceptio in re obiective gravis (suapte naturae)* — che il CIC non risolve nella formula astratta — trova piena definizione del concorso dei criteri oggettivi e soggettivi; cioè, una volta stabilito

che la *qualitas* oggetto di dolo perturba oggettivamente un normale matrimonio (per mancanza di una *qualitas* attesa e gradita o per presenza di una *qualitas sgradita*), sarà necessario verificare i medesimi effetti soggettivamente sul *deceptus*. Il criterio soggettivo della *capacitas perturbandi* consiste nell'accertare una *voluntas praesumpta* contraria su base oggettiva, facendo riferimento ad un ipotetico-concreto volere del *deceptus*; cioè ricostruire quella *aestimatio* che egli avrebbe espresso o potuto esprimere nei confronti della *qualitas* oggetto di dolo. Qualora si debba giungere alla certezza che, pur trattandosi di una *deceptio in re gravi*, il *deceptus* avrebbe ugualmente acconsentito, la sentenza dovrà risultare necessariamente negativa.

Sulla problematica della *qualificazione normativa del can. 1098* come norma di diritto canonico-ecclesiastico o come norma di diritto divino, dopo un accurato studio delle posizioni della giurisprudenza e della dottrina in materia, l'A. presenta una soluzione composita. Qualora l'inganno versi su una qualità di per sé idonea a fungere da mezzo di identificazione della persona, si potrebbe prescindere dall'utilizzo del can. 1098. La conseguente nullità che verrebbe pronunciata sarebbe fondata su un *defectus consensus* e quindi non incontrerebbe limiti di applicabilità temporale. Qualora la *deceptio* ricada sulla mancanza di qualità promesse e non esistenti (dolo positivo), si potrebbe prospettare il *defectus* di una *qualitas intenta*,

di una *conditio de praesenti vel de praeterito* non adempiuta od addirittura un *error* su di una *qualitas* postulata, i quali sono tutti *capita nullitatis* che riportano al principio della insostituibilità del consenso e quindi fondati *ex iure divino*. Nel caso invece in cui il *dolus* impedisca la cognizione di qualità comunemente non volute o generalmente non richieste e non identificanti il *deceptor*, le alternative sono due. La prima, la nullità per vizio del consenso con valore irretroattivo della norma che lo prevede, con lo svantaggio da introdurre l'eventuale rilievo di una *intentio interpretativa*. La seconda, potrebbe individuare il fondamento della nullità del can. 1098 nella esistenza di una *conditio contraria* tacita, o desumibile in via presuntiva (*subintellecta*), apposta a ciascun consenso matrimoniale tutte le volte in cui l'inganno venga a riguardare e colpire in modo oggettivamente grave la *substantia matrimonii*. In questo caso l'interpretazione si sposta verso una volontà impropriamente condizionata che darebbe luogo ad un *defectus consensus* e causerebbe una invalidità *ex iure divino*.

L'ultimo capitolo analizza le diverse posizioni dottrinali in riferimento alla *ratio iuris* che giustifica il can. 1098: la incompatibilità tra l'inganno e la costituzione del matrimonio; la necessità di reprimere l'illecito del *deceptor*; la necessità di garantire la libertà di scelta matrimoniale del *deceptus*, oppure di garantire la possibilità di scelta di ogni nubente ad un contenuto matrimoniale così come configurato dall'or-

dinamento canonico. L'A. — approfondendo la motivazione dolosa — considera che la ragione più tecnicamente consistente è quella della *conditio tacita o subintellecta* in capo al *deceptus* e della quale lo stesso si avalla non appena scoperto l'inganno, allegando una causa esteriore che abbia cagionato tale mancato adempimento. L'A. aggiunge che così come è invalido il matrimonio celebrato *ex metu ab extrinseco*, a causa della carenza di quella fondamentale libertà di non volere le nozze a fronte di una *coactio* proveniente da un soggetto diverso, allo stesso modo deve pronunciarsi l'invalidità del matrimonio di colui che ha acconsentito sulla base di una falsa convinzione che non gli appartiene e che proviene da informazioni da altri fornite in mala fede. Falsa convinzione che, in definitiva, non toglie la libertà di contrarre in senso stretto, ma che riguarda invece il contenuto del contratto e che inibisce la possibilità di celebrare il matrimonio con tutte quelle caratteristiche che un *fidelis* si è ordinariamente configurato o che si può ordinariamente attendere.

T. Jesús Zárraga C.

Teresa BLANCO, *La noción canónica de contrato. Estudio de su vigencia en el CIC de 1983*, EUNSA, Pamplona, 1997, p. 269.

Lo scopo che si prefigge l'A. di questa nuova monografia della col-

lana canonica dell'Università di Navarra è quello di verificare la vigenza della figura del contratto nell'ordinamento canonico. Si può subito additare quale pregio dell'opera recensita proprio quello di aver sollevato una tematica che è stata alquanto trascurata dalla canonistica postcodiciale, pur avendo una notevole rilevanza pratica nella vita della Chiesa — come viene messo in evidenza nel lavoro svolto — e nonostante si tratti di uno degli argomenti in cui la scienza canonica ha dato un contributo cospicuo alla cultura giuridica europea.

Il libro si articola in quattro capitoli che portano ad una medesima conclusione, quella, cioè, di difendere l'efficacia giuridica all'interno della Chiesa del patto avente un oggetto giuridico. Il primo capitolo si propone di scorgere la nozione di contratto presente nel diritto canonico codificato, soprattutto nel Codice del 1983. Il secondo esamina il passaggio dalla nozione romanistica di contratto a quella moderna ad opera della dottrina canonistica, la quale, abbandonando il formalismo, rileva l'efficacia giuridica della volontà dei soggetti che pattuiscono, al punto di identificare le nozioni di patto e di contratto. Il terzo studia la giurisprudenza canonica in materia di contratto, mettendo in risalto l'impegno che essa realizza per applicare l'equità naturale al caso concreto. L'ultimo capitolo viene dedicato all'analisi di tre contratti espressamente previsti dal Codice del 1983, dall'oggetto prettamente canonico e non patrimo-

niale (la dedicazione di un sacerdote al servizio di una diocesi diversa dalla sua, la cooperazione dei laici con prelature personali e l'affidamento di una parrocchia ad un istituto religioso o ad un'altra entità), per concludere con una proposta di basi per la costituzione di una teoria generale del contratto canonico. Il libro contiene anche tre appendici con dei moduli di contratti vigenti nell'ambito della Conferenza Episcopale spagnola, che illustrano plasticamente la vigenza della prassi contrattuale all'interno della Chiesa.

Mi pare che uno degli obiettivi del libro sia quello di venire incontro al possibile pregiudizio che ci si potrebbe formare dopo una frettolosa lettura del Codice latino, nel senso di pensare che nell'ordinamento canonico l'attività contrattuale sarebbe pressoché irrilevante visto che non v'è una regolamentazione del contratto, anzi in materia patrimoniale si attiva addirittura un rinvio al diritto civile (can. 1290). Una prima smentita di tale modo di pensare viene dalla constatazione che il Codice concede efficacia giuridica a diverse figure, di carattere non patrimoniale, che riflettono i tratti essenziali della nozione di contratto; l'A. ne illustra sino ad otto: la convenzione di «aggregazione» di chierici (mediante il quale un chierico si impegna a prestare i servizi ministeriali in una diocesi diversa da quella in cui è incardinato) (can. 271), l'accordo tra il Superiore di una società di vita apostolica e il vescovo della diocesi in cui si incar-

dina il chierico della società (can. 783, § 3), l'accordo dei laici che si dedicano ad un particolare servizio della Chiesa (can. 231), le convenzioni dei laici che si dedicano alle opere apostoliche di una prelatura personale (can. 296), l'accordo associativo (can. 299), la convenzione tra il vescovo e l'autorità competente dell'ente al quale si assegna una parrocchia (can. 520, § 2), le convenzioni tra il vescovo e i moderatori degli istituti che si dedicano all'opera missionaria (790, § 1, 2°) e la transazione e il compromesso arbitrale (cann. 1713 a 1716) (pp. 48 a 59). Non deve destare meraviglia, dunque, il disposto del can. 192, il quale, nell'affermare che una persona viene rimossa dall'ufficio per decreto legittimamente emesso dall'autorità competente, chiarisce che «servatis quidem iuribus forte ex contractu quaesitis», né la previsione del can. 1411, § 1, il quale riconosce quale foro competente quello «ratione contractus».

Sotto il profilo teorico risulta assai suggestiva la considerazione del ruolo svolto dalla canonistica al momento di riconoscere la rilevanza giuridica dell'accordo di volontà. Nell'opera commentata si trova un'esposizione chiara e breve ma ben documentata dell'evoluzione della nozione giuridica di contratto sin dal diritto romano classico fino alla concezione moderna, in cui si rileva l'infusso in *utroque iure* della dottrina degli autori appartenenti all'epoca classica del diritto canonico.

Come è noto, nei diritti primitivi, diritto romano compreso, l'efficacia

giuridica della volontà dei singoli veniva subordinata alla formalità degli atti. Concretamente, nel diritto romano troviamo, alla stregua delle *Institutiones* di Gaio, quattro categorie di contratti: reali, letterali, verbali e consensuali. L'origine dell'obbligatorietà dei contratti reali si riscontra appunto nella *datio rei*. In quelli letterali e verbali (prototipo di questi ultimi è la *stipulatio*) la causa dell'efficacia giuridica non sta tanto nella volontà dei contraenti quanto nella formalità celebrata. Infine, nei contratti consensuali, senz'altro i più vicini alla concezione «spiritualista» del contratto, la fonte dell'obbligo giuridico radica, sì, nel *consensus*, ma, proprio per ciò, si ammette solo un *numerus clausus* di tali contratti, solo quelli che rientrano nelle quattro «cause» tipizzate alle quali si corrispondono particolari «iudicia». Al di fuori di questi contratti consensuali causali (compravendita, locazione, mandato e società), vige il principio, raccolto nel Digesto, secondo il quale «nuda pactio obligationem non parit»; il patto, tutt'al più, può avere un'efficacia processuale negativa, poiché si pattuisce appunto che non si andrà in giudizio (*ex nuda pactio actio non nascit, sed nuda pactio parit exceptionem*). Abbiamo, quindi, una differenza concettuale fondamentale tra contratto e patto.

Nel medioevo si sentì la necessità di ampliare il riconoscimento giuridico dell'attività negoziale. Appaiono così i contratti innominati — che obbligano solo dal momento che una delle parti si anticipa a com-

piere quanto pattuito (*do ut des, facio ut facias*, ecc.) —, nonché la categoria dei *pacta vestita*, ai quali si riconosce l'azione in virtù del loro contenuto o formalità, che costituiscono il *vestmentum* di questi patti.

L'impulso definitivo viene dato, comunque, dalla canonistica, la quale, facendo perno su alcuni testi raccolti da Graziano e dalle decretali di Gregorio IX, è in grado di difendere l'efficacia, non solo morale ma anche giuridica, degli impegni presi volontariamente. Si giunge, insomma, a negare la distinzione, presente nell'ambito civile, tra i *pacta nuda* e *pacta vestita*, perché — come afferma un autore tanto significativo per il suo prestigio *in utroque foro*, come è Baldo degli Ubaldi — «nec Deus nec bona conscientia distinguit». Così facendo, viene meno anche la distinzione tra contratto e patto, tanto da considerare che i patti costituiscono il genere e i contratti la specie.

Nell'esposizione storica viene anche evidenziato come il contributo fornito dal diritto canonico alla materia contrattuale si forgi attorno al titolo *De pactis* delle decretali. L'A. si meraviglia della scomparsa di questo titolo nella codificazione. Nei Codici troviamo, come già segnalato, l'esistenza di alcuni contratti di contenuto prettamente canonico, ma non v'è una esplicita regolamentazione, se non il rinvio alla legislazione civile per i contratti patrimoniali. Stando così le cose, Teresa Blanco propone un'interpretazione estensiva dell'attuale can. 1290 in virtù della quale poter ap-

plificare anche a contratti di contenuto non patrimoniale il rinvio al diritto statutale, in modo da colmare un pericoloso vuoto legale. A parte il fatto che i ragionamenti addotti in difesa di siffatta interpretazione potrebbero non essere del tutto condivisi, non si finisce di ravvisare, a mio avviso, il vantaggio che essa potrebbe recare, dal momento che, trattandosi di contratti riguardanti materie aliene alle preoccupazioni del legislatore statutale, difficilmente si troverà una norma direttamente applicabile al contratto canonico necessitato di regolamentazione; inoltre, i limiti alla canonizzazione del diritto civile rendono assai improbabile l'applicazione, più o meno completa, della legislazione civile ai contratti canonici non patrimoniali, sicché, come giustamente avverte la stessa A., il ricorso alla normativa civile si fermerà il più delle volte ai suoi principi più elementari. Difatti, come è stato ben illustrato nell'opera recensita, la giurisprudenza ha fatto ricorso alla legislazione civile per trovare quelli che possiamo chiamare i principi generali del diritto, ossia per colmare una lacuna di legge. Nelle sentenze studiate, infatti, si scorge lo sforzo del giudice per risolvere secondo giustizia i casi concreti sulla base di ragionamenti che non poggiavano sull'autorità di un testo legale scritto, bensì girano attorno a considerazioni sull'equità naturale, nelle quali la legge civile talvolta costituisce un valido punto di riferimento (forse applicabile per via di analogia), senza, però, un valore

vincolante diretto. Del resto, l'ampliamento della remissione al diritto civile viene propugnata in base ad esigenze della sicurezza giuridica, ma in ogni caso la remissione avrebbe i limiti testé accennati, i quali dovranno essere valutati volta per volta dal giudice ecclesiastico. Mi sembra, insomma, che sarebbe più coerente sul piano teorico, e in fin dei conti si raggiungerebbe lo stesso risultato pratico che con il ricorso alla remissione, seguire la strada dell'analogia allo scopo di riscontrare negli ordinamenti civili i principi giuridici che possano gettare luce per la soluzione giusta di un caso concreto.

È, comunque, da condividere le perplessità dell'A. nel comprovare l'abbandono da parte del legislatore canonico delle regole generali dei contratti. Tale mancanza, tuttavia, nulla toglie alla canonicità dei patti. Come viene abbondantemente dimostrato lungo il libro commentato, la volontà concordata — su aspetti riguardanti direttamente la *salus animarum* — produce relazioni di giustizia all'interno della Chiesa, e ciò basta per affermare la sua efficacia giuridica. Al giudice ecclesiastico spetta il compito di trovare le esigenze di giustizia insite nel rapporto contrattuale concreto, missione che diventa particolarmente delicata in quanto non esiste nessuna regola esplicita applicabile, ma non va dimenticato, comunque, che il compito del giudice non si può mai limitare ad un'applicazione tecnica di una regola estrinseca ad un rapporto, ma, al contrario, egli

deve scorgere la dimensione giusta della realtà per *ius dicere*; ed è nella realtà (giusta) delle cose ove in ultima analisi si trova la fonte della sicurezza giuridica. Un altro discorso è la denuncia della mancanza di regolamentazione canonica in materia di contratti; ritengo che un piccolo passo lo abbia dato il legislatore del 1983 nell'aver introdotto alcune norme generali sugli atti giuridici (cann. 124 e ss.), ma queste sembrano alquanto insufficienti.

L'analisi di alcuni contratti prettamente canonici mettono in luce alcuni aspetti importanti presenti nell'attività negoziale che si svolge all'interno della Chiesa. Mi riferisco soprattutto all'intreccio tra il pubblico e il privato, tra l'attuazione della gerarchia ecclesiastica e l'esercizio dell'autonomia privata dei fedeli. Ciò si può facilmente osservare nel primo esempio proposto di contratto, la cosiddetta «aggregazione» dei chierici, mediante la quale un chierico si trasferisce per un periodo di tempo al servizio di una diocesi diversa dalla sua (can. 271). È interessante notare come la situazione giuridica che si viene a creare provenga dalla libera disposizione dell'interessato di un suo ambito di libertà (non è tenuto a trasferirsi ad un'altra diocesi) in conformità con l'esercizio della potestà ecclesiastica dei vescovi (*a quo e ad quem*), ai quali spetta governare l'esercizio del ministero nelle rispettive diocesi. Il contenuto di questa convenzione — che il can. 271 dispone si stipuli per iscritto — viene in parte determinato per la natura

delle cose, ma diversi estremi possono essere stabiliti volta per volta dalle parti interessate, ognuna nel proprio ambito di competenza. Come si può vedere, risulta difficile qualificare questo contratto di pubblico o privato. Come ricorda l'A. riecheggiando la dottrina tradizionale, i contratti sono «de genere permissorum» e quindi vige il principio «non prohibita permissa intelliguntur». Sembra logico, quindi, che, oltre al caso del can. 271, si celebrino — come prevede un'Istruzione del 1980 — contratti finalizzati all'attività missionaria con fedeli non ordinati poiché l'attività missionaria non è esclusiva dei chierici (can. 784).

Espressamente prevista dal Codice è la fattispecie relativa alla contrattazione di laici per cooperare organicamente nelle opere apostoliche svolte da prelature personali (can. 296). La presenza di questo tipo di cooperazione contrattuale, come sopra rilevato, non è esclusiva delle prelature personali, ma si comprende facilmente che il legislatore abbia esplicitamente preso in considerazione tale possibilità nei canoni relativi a queste circoscrizioni perché sono enti miranti a svolgere peculiari opere pastorali, nelle quali la cooperazione dei laici può essere particolarmente apprezzata. L'A. ricorda opportunamente che la presenza di convenzioni con i laici non è necessaria per l'esistenza delle prelature personali (e pertanto l'elemento contrattuale non può far parte dell'essenza di questa categoria di ente ecclesiastico), ma si sof-

ferma su tale possibilità in considerazione del fatto che la prima prelatura di delimitazione personale — quella dell'Opus Dei — prevede nei suoi statuti questi contratti con un contenuto predeterminato di notevole efficacia giuridica, poiché mediante la loro stipulazione i laici rimangono sottomessi alla giurisdizione del prelado (senza per ciò smettere di essere fedeli delle chiese locali dove si trovano). Anche qui si palesa la caratteristica tanto frequente negli accordi canonici, e cioè il peculiare legame che si stabilisce tra l'esercizio della libera volontà di un fedele e la presenza della potestà ecclesiastica. Vengono comunque segnalati anche altri tipi diversi di convenzioni che i laici potrebbero siglare con prelature personali, con efficacia meno rilevante.

Anche l'affidamento di una parrocchia ad un istituto religioso o ad una società di vita apostolica presenta dei risvolti interessanti sotto il profilo teorico. È ben vero che la cura di una parrocchia non è di per sé qualcosa che possa restare alla libera volontà contrattuale, ma l'assegnazione perpetua o temporanea ad un istituto dipende dalla libera accettazione dell'istituto, onde è logico che ciò venga concluso tramite una convenzione, come stabilisce il can. 520, § 2. Nel libro recensito si segnalano pure i diversi punti che rimangono alla libera contrattazione delle parti e viene mostrato come i soggetti di questo tipo di convenzione possano essere altri non previsti nel citato canone (si riporta l'esempio dell'impegno preso

da qualche diocesi spagnola di provvedere con i sacerdoti occorrenti alla cura di una parrocchia di una diocesi in America).

Penso di poter concludere affermando che se lo scopo di Teresa Blanco era quello di mostrare l'efficacia canonica dei patti relativi a materie non patrimoniali ma prettamente ecclesiali, esso è stato pienamente raggiunto. Lo studio realizzato, oltre a fornire preziosi elementi per la costruzione di una teoria del contratto canonico, offre lo spunto per riflettere circa la rilevanza giuridica dell'autonomia privata dei fedeli, nonostante la presenza di interessi pubblici, e mette in risalto come sia possibile l'esercizio della libera contrattazione anche a livello di enti ecclesiastici gerarchici. È, infine, da complimentarsi con l'A. per il metodo con cui ha condotto la sua ricerca, in quanto ha saputo trattare il tema tenendo conto dei dati che emergono dalle diverse prospettive dalle quali è doveroso affrontare il tema: storica, dottrinale, legale, giurisprudenziale, pratica.

Eduardo Baura

Cormac BURKE, *L'oggetto del consenso matrimoniale. Un'analisi personalistica*, collana di studi di diritto canonico ed ecclesiastico, Giappichelli, Torino, 1997, p. XIII + 112.

Mons. Cormac Burke è ormai ben conosciuto negli ambienti cano-

nistici, non solo in virtù della giurisprudenza di cui è *ponens*, ma anche attraverso le molteplici pubblicazioni riguardanti il diritto matrimoniale canonico e diverse questioni dottrinali, morali e pastorali in tema di matrimonio e famiglia. Perciò, l'aver inserito questo libro nella collana curata da Rinaldo Bertolino appare una scelta assai oculata: si facilita un contatto sintetico con il pensiero dell'autore riguardo alla tematica che continua ad essere al centro delle riflessioni della canonistica matrimoniale contemporanea, e cioè l'oggetto del consenso.

Lo stesso Bertolino, nella consueta presentazione con la quale egli ama introdurre i suoi «ospiti» in quel dialogo internazionale tipico della collana da lui curata, riassume perspicuamente la sostanza dell'opera: «Giovandosi di una non comune conoscenza dottrinale e padroneggiando alla perfezione ogni filone interpretativo giurisprudenziale (specialmente della giurisprudenza ecclesiastica per antonomasia, quella rotale), l'Autore irlandese si sforza di provare che gli elementi personalistici introdotti dal Codice vigente sono leggibili nel solco di una continuità di legislazione e scienza canoniche: la *deditio personarum* del patto coniugale compatibile con la donazione della sessualità coniugale, già intravista — sia pure riduttivamente — nella *traditio-acceptatio* dell'antico *ius in corpus*; il bene dei coniugi e l'amore coniugale riconducibili all'orizzonte positivo e molto aperto, segnato dalla classica dottrina agostiniana dei *tria bona*» (pp. VII-VIII).

La trattazione riesce a rispondere a due esigenze diverse: da un lato, si offre un'introduzione chiara e lineare nella problematica; e dall'altro, si cerca di apportare delle soluzioni nell'ambito della discussione dottrinale. In seguito cercherò soprattutto di mostrare le tesi più caratteristiche dell'autore, per poi aggiungere qualche commento.

Il libro prende le mosse dalla concezione veramente personalistica del matrimonio (da non confondere con quella individualistica) che ha offerto la Costituzione *Gaudium et spes* del Concilio Vaticano II, la quale ha trovato espressione in diversi canoni del Codice del 1983, tra cui ad es. il 1098 relativo al dolo, ma soprattutto nel 1057 § 2 sull'oggetto del consenso (cfr. sezione I, «Il consenso matrimoniale e il personalismo cristiano», pp. 3-5). Secondo Burke questo canone rappresenta «una non piccola sfida per il canonista, che si proponga di determinarne lo scopo e l'applicazione giuridica» (p. 5). La sua trattazione vuol'essere per l'appunto «una possibile via di indagine in questo senso, la quale meriterà senz'altro un ulteriore sviluppo» (*ibidem*).

La seguente sezione (II, «La "traditio sui ipsius", oggetto del consenso matrimoniale», cfr. pp. 6-22) presenta lo *status quaestionis*. Nel paragonare la formula adoperata dal Codice del 1917 per descrivere il consenso matrimoniale, incentrata sulla *traditio* dello *ius in corpus*, e quella dell'attuale Codice, in cui l'attenzione si sposta alla *tra-*

ditio sui ipsius, l'autore fa notare che la vecchia dicitura appariva povera e riduttiva, ma giuridicamente precisa; mentre quella nuova veicola la ricchezza della descrizione conciliare del matrimonio, ma non ha una portata giuridica immediatamente chiara (cfr. pp. 11-12). L'intento di Burke è quello di superare le dialettiche che oscillano tra la sussistenza rigida dell'antica concettualizzazione iuscorporalista e un radicale mutamento secondo cui la donazione coniugale delle persone supererebbe qualsiasi riferimento a un contenuto giuridico determinato. La *traditio personarum* non può ovviamente implicare un trasferimento di proprietà della persona, che ripugna all'autonomia e dignità della persona (cfr. p. 20, con citazione di Navarrete). Perciò, a suo avviso, l'oggetto del dono va riferito alla *coniugalità*, nell'ambito della quale esiste uno *ius in personam* (e non invece uno *ius ad personam*). Il dono di sé matrimoniale viene così posto in relazione essenziale con l'indole eterosessuale-procreativa del matrimonio (cfr. pp. 21-22).

La sezione III, «Personalismo matrimoniale e procreatività» (cfr. pp. 23-39), mostra anzitutto che in tema di gerarchia dei fini del matrimonio si è verificato uno sviluppo, non una rottura, giacché le nuove formulazioni sull'inseparabilità tra aspetto unitivo e procreativo mettono in risalto ciò che stava a cuore ai difensori della gerarchia, e cioè il rifiuto dell'indipendenza o non-connessione tra i fini. Ciò porta ad una considerazione assai cara all'au-

tore, circa la comprensione personalistica della procreatività. A proposito della contraccezione, egli fa lucidamente notare che «la connessione tra i due aspetti dell'atto coniugale è di fatto tale che la distruzione della sua capacità procreativa distrugge necessariamente il suo significato unitivo e personalistico» (p. 32). Burke evidenzia il nesso essenziale tra l'atto coniugale e il dono di sé matrimoniale, il quale «viene rappresentato, e per così dire materializzato, in maniera singolarmente espressiva nel dono della partecipazione complementare alla propria capacità procreativa» (p. 35). Naturalmente ciò significa anche recuperare il valore personalistico del «*bonum prolis*» vedendo i figli — con quel realismo pastorale che caratterizza l'autore — come un bene dello stesso vincolo matrimoniale (cfr. p. 39).

Nella sezione IV «La "totalità" nell'autodonazione coniugale» (cfr. pp. 40-52) si esaminano il «*bonum fidei*» e il «*bonum sacramenti*» quali «elementi essenzialmente costitutivi della "traditio sui ipsius" coniugale» (p. 40). Il dono coniugale non è pieno se non è permanente ed esclusivo: e qui, come lungo tutto il volume, lo sguardo dell'autore va certamente verso il magistero della Chiesa, ma sempre nell'ottica di chi tiene conto soprattutto della stessa realtà ed ha imparato a leggere quest'ultima con la convinzione di fede che la sintonia con la Chiesa coincide con le esigenze di un autentico realismo. A prescindere da aspetti particolari che certamente meriterebbero

un'attenta discussione (quali, ad es. la concezione dell'autore sull'esclusione del «*bonum fidei*»: cfr. pp. 45-46, che mi sembra alquanto troppo riduttiva), l'analisi dell'autore torna opportunamente a rilevare l'indole di *beni* propria dei «*bona*» agostiniani, e il carattere patologico della loro esclusione (cfr. p. 46), e ribadisce ancora il carattere essenziale della distinzione sessuale come fondamento ed elemento specificante dell'amore coniugale e del matrimonio (cfr. pp. 47-52).

All'inizio della sezione V («La donazione della sessualità coniugale», cfr. pp. 53-69), lo stesso autore sintetizza il percorso finora compiuto: «Siamo giunti pertanto alla conclusione che l'autodonazione specifica, che è oggetto del consenso matrimoniale, consiste nel dono reciproco della propria sessualità coniugale; e che questo dono: (i) perché sia sessuale (cioè, affinché attui la sessualità partecipata e complementare), deve essere aperto alla procreatività; e (ii) perché sia coniugale, deve essere permanente ed esclusivo» (p. 53). Burke si domanda adesso se, oltre alla procreatività, la perpetuità e l'esclusività, esistano altri elementi che concorrano a far parte essenziale dell'oggetto del consenso. A questo proposito si studia l'esistenza di uno «*ius ad amorem*» accogliendosi la tesi secondo la quale esso debbe essere riferito all'amore effettivo, che implica voler l'altra persona come coniuge, essendo specificato il contenuto essenziale di tale scelta dai tre *beni* agostiniani (cfr. p. 66).

Anche se già alla fine della sezione precedente, è stato anticipato che «A nostro avviso, non si è riusciti finora ad individuare in termini giuridici altri obblighi o diritti — essenziali e costitutivi del matrimonio — che non siano quelli già compresi nei tre “*bona*” agostiniani» (p. 69), la sezione VI («I diritti-obblighi essenziali che si scambiano nel consenso», cfr. pp. 70-85) approfondisce ancora questa tematica, con particolare riferimento all'interpretazione del can. 1095. Sul diritto al «*consortium vitae*» o alla «*communitas vitae*» l'autore scrive: «tutti i tentativi di dargli solido corpo giuridico sembrano aver fallito» (p. 77). Circa l'interpersonalità nel matrimonio, oltre a far presente la sua natura generica che va specificata dalla coniugalità, l'autore sostiene che la capacità matrimoniale deve essere giudicata nell'ottica oggettiva «*persona-istituzione*» (essendo questa naturalmente un'istituzione naturale), e non in quella soggettiva «*persona-persona*» (cfr. pp. 80-81). Perciò, viene respinta l'ipotesi dell'incapacità relativa, rilevando tra l'altro che «molti matrimoni altamente “integrati” si realizzano tra coppie con caratteri assai differenti e perfino apparentemente opposti» (p. 82).

Nella sezione finale (VII, «L'oggetto del consenso e i fini del matrimonio», cfr. pp. 86-110) viene esaminata la questione del «*bonum coniugum*». Anzitutto, a differenza dei *beni* agostiniani, esso non è un bene del matrimonio, bensì dei coniugi: «Sembra ovvio, pertanto,

che il "bonum coniugum" non si situi nella linea delle proprietà, bensì in quella dei fini» (p. 92), come peraltro si evince dal testo stesso del can. 1055. Circa l'essenza di tale finalità, le riflessioni dell'autore evitano di cadere in interpretazioni riduttive, d'indole soggettiva ed individualista, per situarsi invece «nella linea della maturazione degli sposi, in questa vita e nella prospettiva della vita eterna; cioè, per seguire le espressioni della *Casti connubii*, la "mutua formazione interiore" dei coniugi, il loro "costante impegno per aiutarsi mutuamente verso la perfezione"» (p. 97). In questa prospettiva si conclude che «i "bona" agostiniani, che caratterizzano in modo fondamentale il matrimonio, forniscono pure la struttura di base sulla quale si può realizzare il "bonum coniugum"» (p. 98). Alla luce di queste considerazioni viene giustamente analizzato il rapporto tra «bonum coniugum» e procreazione, evidenziato dalla *Gaudium et spes*, 50: «i figli contribuiscono notevolmente al bene dei loro genitori». Ne deriva altresì una posizione contraria all'esistenza di un diritto al «bonum coniugum» che vada oltre i diritti collegati con i beni agostiniani, «per la ragione principale, che il raggiungimento pieno di questo "bonum" oltrepassa la volontà dell'altro e dipende soprattutto dalla volontà e dal disegno di Dio» (pp. 104-105). Il ruolo capitale delle difficoltà e degli ostacoli nella maturazione degli sposi viene ricordato, anche in quelle situazioni, come ad es. nella reazione fedele di-

nanzi all'infedeltà altrui, la cui potenzialità positiva può essere compresa solo «alla luce della sfida cristiana della Croce» (p. 108). Infine, l'autore ammette la possibilità, sia pure infrequente, di un'autonoma nullità per esclusione del «bonum coniugum» diversa dall'esclusione dei «tria bona» qualora vi sia l'intenzione di pervertire la comparsa o di privarla di aspetti fondamentali della dignità umana (come la libertà fisica o morale).

Il paragrafo conclusivo dell'opera fornisce un chiaro riassunto della sua tesi principale: «Al termine del nostro studio possiamo dunque affermare che il personalismo matrimoniale, introdotto dal pensiero conciliare nel diritto canonico, denota un chiaro progresso — non una rottura — rispetto al passato. Se il can. 1057, § 2 è innegabilmente differente — nella forma — dal corrispondente canone del Codice del '17, lo è molto meno nella sostanza. Il nostro lavoro suggerisce infatti che, mentre la comprensione del matrimonio come autodonazione sessuale personale — permanente ed esclusiva — risulta facilitata dalla nuova formula, l'essenza di ciò che è coinvolto nel consenso matrimoniale (il suo oggetto) rimane — come era da attendersi — inalterato. Ne sono evidenti conferme le difficoltà non risolte per la configurazione di altri diritti essenziali, derivanti dal consenso, distinti da quelli precedenti dai tre "beni" agostiniani. Non è invece dubbio che la nuova formulazione conduca ad una approfondita comprensione de-

gli aspetti personalistici dei "beni" » (pp. 109-110).

Il libro di Burke deve essere valorizzato per molteplici ragioni: anzitutto, perché affonda le sue radici nella visione umana e cristiana della stessa realtà matrimoniale; in secondo luogo, perché cerca di metter in risalto gli elementi di continuità, specialmente per quel che riguarda il senso della specificità del matrimonio, rifuggendo da posizioni in cui l'esaltazione poetica sembra aver preso il posto della concettualizzazione scientifica; infine, perché, come in tutta la produzione dell'autore, si riscontra un salutare paradosso apparente, dal momento che sembrano convivere aspetti abitualmente contrapposti: la considerazione personalistica e trascendente del matrimonio con una visione che afferma decisamente il legame dei suoi contenuti essenziali con la specificità dell'unione uomo-donna.

Alla base di questi pregi, c'è una caratteristica metodologica dell'intera opera di Burke, che trova molti consensi, anche in coloro che non condividono determinate sue posizioni. Si tratta dell'organica inserzione della canonistica matrimoniale nell'orizzonte globale della visione cristiana di tale realtà. Ne deriva una naturale compenetrazione tra aspetti teologico-dogmatici, giuridici, morali e pastorali. Tutta la ricca esperienza sacerdotale e docente dell'autore, in ambiti culturali così diversi (anglosassoni, africani, latini) è messa a frutto, e ne risulta una singolare sintonia anche con i non specialisti. Il tutto, poi, viene

presentato in un modo che risulta sempre esemplarmente chiaro, e in uno spirito che trasmette un maturo ottimismo di fede sul matrimonio, sempre conscio che la nostra natura non è solo caduta ma altresì redenta.

Tuttavia, a mio giudizio, alcuni aspetti meriterebbero di essere ulteriormente considerati. In primo luogo, ritengo che l'unione matrimoniale non possa essere concepita quale scambio di diritti, poiché essa ha per sua natura un'indole più radicale, di vincolo tra le stesse persone specificato dalla dimensione naturale della coniugalità delle persone. Perciò, penso che la formulazione proposta da Javier Hervada riesca a descrivere efficacemente la realtà: «l'oggetto proprio del consenso è (...) *la persona dell'altro* in quanto uomo o in quanto donna, cioè nella sua coniugalità» (*Relección sobre la esencia del matrimonio y el consentimiento matrimonial*, in J. HERVADA, *Vetera et nova. Cuestiones de Derecho Canónico y afines (1958-1991)*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, Pamplona 1991, p. 938; la traduzione è mia). D'altra parte, la dimensione unitiva non sembra limitarsi alla sessualità complementare dei coniugi con le note di esclusività, procreatività e permanenza. In qualche modo lo riconosce lo stesso autore nell'ammettere alla fine alcune ipotesi di esclusione del *bonum coniugum*, ritenute comunque infrequenti per la loro stessa natura, che non sarebbero riconducibili all'esclusione dei *bona* agostiniani: intenzione di pervertire l'altra

parte, oppure volontà di privarla di aspetti fondamentali della dignità umana quali la libertà fisica o morale, ecc. (cfr. p. 109).

Condivido le perplessità di Burke circa l'operatività giuridica dei « nuovi » diritti-obblighi interspersionali proposti negli ultimi decenni. Può esserci una rilevanza autonoma di un diritto alla comunità di vita, e comunque quali sarebbero i confini essenziali di tale diritto? L'autore, senza ritenere chiusa la questione, non considera soddisfacenti le proposte finora avanzate. E in ciò mi sembra che abbia pienamente ragione.

Senonché per andare avanti mi sembra che occorra riconsiderare l'impostazione epistemologica di base. Conformemente ad un'epistemologia giuridica d'indole realistica, il giudizio sulla validità o meno del matrimonio — nei suoi requisiti di diritto naturale — non è la semplice applicazione di norme generali positive ai casi singoli, bensì l'esame della giuridicità inerente alla stessa realtà che si vuol giudicare, per la quale occorre prendere in considerazione non solo quelle norme ma anche la nozione essenziale di matrimonio — elaborata al livello fondamentale della conoscenza giuridica — e il momento prudenziale che coglie l'esistenza o meno di quell'essenza di ciò che è il matrimonio nella singolarità della fattispecie.

Di questa essenza del matrimonio si possono fare utili analisi, cercando di mostrare le sue varie dimensioni e la profonda armonia che esiste tra di esse. In questo

senso la dottrina agostiniana mi pare assai riuscita, e anche corroborata dalla stessa esperienza canonistica quale espressione della patologia simulatoria tipica. Tuttavia, non va mai dimenticata la profonda unicità della realtà matrimoniale: il matrimonio non è un'invenzione artificiale o convenzionale, ma realtà iscritta nella natura umana come dimensione coniugale in cui sono intrinsecamente compenetrati l'aspetto unitivo e quello procreativo-educativo.

Il realismo nel cogliere questa essenza del matrimonio, il quale evita ogni indebita estrapolazione, poggia su una considerazione molto semplice, ricordata recentemente dal Papa: « 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 » (Giovanni Paolo II, *Discorso alla Rota Romana*, 27 gennaio 1997, n. 4).

Per giudicare sull'esistenza o meno del vincolo matrimoniale è indispensabile rifarsi sempre a quella nozione essenziale, che la dottrina si sforza di raffinare sempre più, ma che trova il suo referente fondamentale nella sintonia del nostro senso comune, rafforzato dal *sensus fidei*, con la realtà stessa

del matrimonio e della famiglia (i quali poi non possono nemmeno staccarsi nella loro comprensione realistica). L'analisi degli elementi di tale nozione può condurre a discernere una ampia gamma di aspetti, i quali potrebbero essere interpretati come concernenti altrettanti nuovi capi di nullità. Ma quest'ultima deduzione non può essere automatica, poiché l'elaborazione canonica dei capi di nullità (attraverso un complesso processo in cui si intrecciano la giurisprudenza, la dottrina e la legislazione) non costituisce un semplice processo sillogistico derivante dal concetto di matrimonio, ma richiede altresì una costante attenzione all'effettiva manifestazione della patologia matrimoniale. È la realtà quella che insegnerà quali sono i sintomi tipici dell'incapacità o dell'esclusione, peraltro sempre connotanti in ultima analisi l'inesistenza globale di una realtà naturale.

Con ciò non intendo in alcun modo aprire le porte ad una ricerca arbitraria di capi di nullità, ma voglio sottolineare proprio il contrario, e cioè come ci si debba inserire nella tradizione canonica della Chiesa sui capi di nullità per mantenerla sempre viva ed attuale, essendo sempre fedeli alle esigenze di giustizia della realtà stessa. Risulta molto sintomatico constatare come tante delle proposte su nuovi capi di nullità non riescano ad inserirsi organicamente in tale flusso di esperienza canonistico, e rimangano perciò problematiche. Quando ci si interroga ad es. sull'esclusione del

diritto alla comunità di vita, forse la questione non consiste tanto nel domandarsi se essa debba o meno ritenersi elemento essenziale, quanto nel interrogarsi se si debba aggiungere un nuovo capo di nullità in cui tale esclusione rappresenti l'elemento tipico. Ed è proprio ciò che l'esperienza finora non ha evidenziato con sufficiente chiarezza. Nella realtà sembra piuttosto che l'esclusione di tale comunità di vita come elemento essenziale si verifichi di fatto unitamente all'esclusione dello stesso matrimonio, e che una sua considerazione autonoma corra invece il rischio di sfociare nell'ambito non essenziale. Ovviamente c'è sempre spazio per i casi che sono al di fuori dalla tipologia consolidata dalla legge e dalla giurisprudenza (come ad es. quelli ricordati prima dallo stesso autore a p. 109); ma tali casi, che proprio per la loro natura sono rari, dovranno essere trattati con una prudenza giuridica ancor più attenta.

La surrettizia introduzione di ciò che non è veramente essenziale, anche sotto la veste di elementi che di per sé appartengono ai componenti o alle conseguenze essenziali del matrimonio, si verifica abitualmente mediante l'oscuramento della distinzione tra il matrimonio in sé e il suo sviluppo vitale. Si parla di tener più conto del *matrimonium in facto esse*, dimenticando che quest'ultimo non è equivalente alla vita matrimoniale, bensì a quella realtà permanente che vincola le persone secondo giustizia e che è frutto del patto coniugale, realtà sussistente

indipendentemente dalle vicende della coppia. Se l'essenza del matrimonio è qualcosa che segue l'esistenza, è tale essenza si idealizza fino a trasformarsi in una integrazione personale onnicomprensiva, si è smarrito proprio il senso dell'essenza, e con ciò si nega nella sua radice la realtà stessa del matrimonio: il matrimonio non apparterebbe più all'ambito dell'essere, ossia dell'identità relazionale delle persone, e si collocherebbero esistenzialmente nella sfera dell'agire.

Proprio sulla scia di quest'atteggiamento realistico, che cerca di identificare cosa sia il matrimonio nella sua essenza personalistica, si situa la presente opera di Burke. Essa mostra l'accessibilità del matrimonio agli uomini e alla donne del nostro tempo, e pertanto rappresenta anche un valido contributo al vero lirismo dell'amore umano, consapevole che i limiti e le miserie umane solo possono essere superate mediante la partecipazione all'amore divino.

Carlos J. Errázuriz M.

Vicente CÀRCEL ORTÍ, *Mártires españoles del siglo XX*, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1995, p. XV+659.

A più di tre anni dalla pubblicazione di questo volume è comunque doveroso darne notizia sulla nostra Rivista. Infatti, questa corposa opera è sicuro punto di riferimento

e di comprensione, ma non solo, dell'ingente attività canonistica della Congregazione delle cause dei santi negli ultimi tempi: in poco più di otto anni, nel periodo compreso fra il 29 marzo 1987 e il 1° ottobre 1995 (che è l'ambito in cui si circoscrive l'indagine di questo volume), sono stati beatificati da Giovanni Paolo II 218 martiri spagnoli, morti durante la persecuzione religiosa contro la Chiesa cattolica verificatasi in Spagna fra gli anni 1931-1939. Dette beatificazioni hanno comportato sia un'importante mole di lavoro istruttorio ed analitico da parte del dicastero della Curia Romana sia, ed è il punto più rilevante per il canonista, un significativo banco di prova per l'applicazione della normativa promulgata nel 1983 sulle cause dei santi, nelle quali sono stati sviluppati e meglio precisati — in continuità con l'impostazione tradizionale — taluni concetti sostanziali ed altri di natura procedurale (ad es., la trasposizione a dette cause della *certeza morale* tipica del processo giudiziario): la cost. ap. *Divinus perfectionis magister* (25 gennaio 1983), le norme *Cum in Constitutione Apostolica* e il decreto generale *Circa servorum Dei causas* (7 febbraio 1983) e, infine, il *Regolamento della Sacra Congregazione per le cause dei santi* (21 marzo 1983).

Suddetti sviluppi e precisazioni concettuali sono stati puntualmente rilevati dall'A., con la concisione propria di un'opera che vuole solo illustrare gli aspetti giuridici procedurali ai non esperti in diritto cano-

nico, dando maggiore spazio, invece, alle questioni teologico-canoniche (in particolare al concetto di *martire*), ma, soprattutto, a quelle storiche e agiografiche, che costituiscono il perno dell'esposizione. Ciò è logica conseguenza del profilo scientifico dell'A.: esperto in materie procedurali (da molti anni è Capo della Cancelleria della Segnatura Apostolica, tribunale supremo della Chiesa), ma, fondamentalmente, maestro riconosciuto in storia della Chiesa spagnola, particolarmente di quella moderna e contemporanea (*vide*, ultimamente, *Pablo VI y España. Fidelidad, renovación y crisis*, Madrid, 1997, pp. XXVIII-1112).

Il volume apre con un «portico» in cui sono riportati tre brani di Giovanni Paolo II (del 1994 e del 1995) nei quali il Pontefice riflette sul significato del martirio e della sua proclamazione ecclesiale alla fine del secondo millennio dell'era cristiana (pp. 3-6). Segue l'*introduzione generale* (pp. 7-39), la cui natura propedeutica si evince sia dall'esposizione dei summenzionati concetti di martire e delle cause di canonizzazione, sia dalla dimostrazione, di valenza documentale e analitica, della loro applicazione a numerose vicende della II Repubblica e della guerra civile spagnola (1931-1939). In modo sobrio e oggettivo, l'A. mette in evidenza la coerenza fra i concetti normativi e la loro applicazione ai singoli casi concreti studiati, rispondendo efficacemente così alle perplessità che tali beatificazioni hanno prodotto

in taluni settori cattolici nonché in ambienti laici della Spagna.

Il *secondo capitolo*, sebbene l'opera non sia divisa in capitoli numerati, è una riuscita sintesi e ricostruzione originale delle radici storiche e delle caratteristiche della persecuzione religiosa spagnola nel periodo 1931-1939, grazie all'impiego di un enorme materiale documentale e bibliografico (pp. 41-108). Lo stesso Cárcel Ortí è stato, da una parte, editore di una raccolta documentale fondamentale in materia — le *Actas de las Conferencias de Metropolitanos Españoles (1921-1966)*, Madrid, 1994 — in cui è riportata l'attività collegiale dell'episcopato spagnolo prima della costituzione della conferenza episcopale nel 1966, e, dall'altra, autore d'importanti studi, fra cui *La persecución religiosa en España durante la Segunda República (1931-1939)*, ed. 2, Madrid, 1990. L'argomento di questo secondo capitolo è tanto interessante quanto complicato (nonché sconosciuto in ampi settori ecclesiali e culturali fuori della Spagna), considerati i molteplici fattori d'analizzare (economici, sociali, politici, religiosi ecc.) e le numerose e divergenti interpretazioni. L'A. dimostra una padronanza, poco comune, degli uni e delle altre. Emblematica dell'intelligente erudizione dell'A. è la rassegna di «bibliografia commentata» (pp. 611-634) nella quale sono indicate, con brevi ma acute note critiche, le principali opere documentali, sulla storia di Spagna e della Chiesa nel periodo oggetto di studio, sulla persecuzione religiosa ecc. Di conseguenza la lettura di questo ca-

pitolo costituisce uno dei migliori modi per avere, in poche pagine, una conoscenza completa, oggettiva, facilmente comprensibile e amena da avvenimenti, religiosi e politici, tanto interessanti quanto avulsi.

Il *terzo capitolo* (forse sarebbe meglio parlare di «parte centrale» dell'opera) è composto dalla biografia di ognuno dei 218 martiri (pp. 109-608). Dette biografie sono presentate secondo la cronologia delle sei cerimonie di beatificazione tenute da Giovanni Paolo II fra il 29 marzo 1987 e il 1° ottobre 1995 (cfr. pp. 37-38) e, successivamente, secondo i diversi processi presso la Congregazione delle cause dei santi. In questo modo l'A. riesce a *personalizzare* ognuno dei 218 martiri, e nello stesso tempo li estrae dall'*anonimato* della generica denominazione di «martiri della guerra civile spagnola», genericità che, inoltre, comporta l'imprecisione di includere nel periodo della guerra (1936-1939) i beati martirizzati a partire dal 1931. Perciò l'A. utilizza insistentemente, in questo e negli altri studi, il concetto di «martiri della persecuzione religiosa in Spagna», rifiutando quell'altro di «martiri della guerra civile».

L'importanza e utilità di suddetta *personalizzazione* è evidente: la vita cristiana e la sua suprema straordinaria manifestazione (il martirio) non è primariamente una realtà passiva (*subire il martirio*) né collettiva; chi dà la vita è la singola persona con la sua «incomunicabile» identità e percorso esistenziale, per adoperare termini della classica definizione boeziana di persona utilizzata

da Tommaso d'Aquino. È vero che i legami che univano fra di loro molti di questi martiri (spesso si tratta di membri di diverse comunità religiose martirizzati assieme) sono stati *causa passiva* della loro morte (gli assassini volevano «ammazzare i preti e le suore» ed, in generale, annientare completamente la Chiesa), e la loro fratellanza e mutuo esempio e preghiera sono stati *causa attiva* della loro suprema eroica testimonianza. Tuttavia, ognuno dei martiri è arrivato a tale momento perché prima aveva fatto una scelta personale di coerenza con la propria fede e di dedizione a Dio e alla Chiesa. Perciò la conoscenza delle loro singolari biografie — che, frequentemente, hanno poco di straordinario, e per questo più vicine al lettore — serve per consentire quel particolare rapporto con *ognuno* dei beati che la fede nella «comunione dei santi» consente ai cristiani e che si manifesta, ad es., nella devozione particolare ad un martire o nell'imporre ad un battezzando il nome di uno dei beati per affidarlo alla sua intercessione. L'opera quindi ha un'utilità agiografica, di vita cristiana, ancora prima che storiografica.

Nondimeno, il valore storiografico del volume è notevole. Infatti, l'A., raggruppando in un'opera la biografia di tutti questi martiri offre criteri ermeneutici comuni e altri particolari che consentono una più profonda e completa comprensione della vita di ognuno dei martiri e della loro eroica testimonianza finale. D'altra parte, l'analisi dei fat-

tori generali di ogni gruppo è indispensabile per capire la testimonianza del singolo e arricchisce la conoscenza degli altri gruppi; evitando reiterazioni tanto noiose quanto inutili. Il valore scientifico dell'opera è garantito dalla consultazione diretta, presso la Congregazione delle cause dei santi, degli atti dei processi canonici, puntualmente citati. In questo modo si rende accessibile un materiale documentale inedito immenso e di difficile consultazione. Per rendere l'opera di più semplice utilizzo sono stati elaborati diversi indici con efficaci richiami numerici (pp. 635-659): onomastico dei martiri, luogo della loro nascita (utile per favorire la pietà in tali località) ecc. Infine, il piacevole formato del libro, la sua comoda rilegatura e la curata veste tipografica, proverbiali della nota casa editrice spagnola, contribuiscono positivamente alla lettura e consultazione di questa fondamentale opera su uno dei momenti più intensi della storia religiosa e culturale del secolo che sta per concludere.

Joaquín Llobell

Yves de CHARTRES, *Prologue*, traduit, introduit et annoté par Jean Werckmeister, Éditions du Cerf, coll. «Sources canoniques», Paris, 1997, p. 159.

Le droit canonique se porte bien. C'est ce que l'on serait tenté de dire, au vu de l'importance sans cesse a-

ccrue que les sujets relatifs au droit de l'Église prennent dans les projets éditoriaux en France. C'est ainsi qu'en moins de dix ans les ouvrages suivants ont vu le jour, chez des éditeurs variés: un précis Dalloz *Droit canonique* par Patrick Valdrini, Jean-Paul Durand, Olivier Échappé, Jacques Vernay (1989); *Le Droit canonique* de Jean Gaudemet dans la collection «Bref» du Cerf (1989); notre volume de la collection «Que sais-je?» aux P.U.F. intitulé *Le droit canonique*, (2ème édition 1997); le *Droit canonique* d'Alain Sériaux, dans la collection «Droit fondamental» des P.U.F. (1996); *Liberté religieuse et régime des cultes en droit français*, sous la direction de Bernard Jeuffroy et de François Tricard, au Cerf (1996); *Le droit des religions en France*, par Alain Boyer, aux P.U.F. (1993); *La laïcité française, memento juridique*, par Jean Boussinesq, au Seuil (1994); tandis que se poursuit aux Éditions Cujas le grand œuvre engagé par le doyen Gabriel Le Bras, *Histoire du Droit et des Institutions de l'Église en Occident*. Il faut y ajouter les Colloques annuels de la Confédération française des juristes catholiques qui, sous la direction de Joël-Benoît d'Onorio, publie chaque année un volume d'Actes (aux éditions Téqui) et les Colloques annuels de l'Institut de Droit et d'Histoire Canoniques, dirigé à Aix-en-Provence par Jean Chélini et qui publie aussi des Actes (Université d'Aix-Marseille III); la section consacrée, sous la direction du doyen Jean-Paul Durand, au

droit canonique dans la *Revue d'éthique et de théologie morale*. «*Le Supplément*».

C'est dire que le lancement par les Éditions du Cerf d'une nouvelle collection intitulée «Sources canoniques» intervient de façon tout à fait opportune, ce qui n'empêche pas de féliciter ses directeurs, les professeurs Olivier Échappé et Jean Werckmeister, pour leur audace et leur courage. D'autres volumes sont d'ores et déjà annoncés, qui fourniront la traduction d'une partie du Décret de Gratien: le *De Matrimonio* en deux volumes (Causes 27 à 30 et Causes 31 à 36, respectivement), le *De Pœnitentia* (Cause 33 question 3), et les vingt premières *Distinctiones*. Cette collection se veut ouverte aux sources juridiques d'autres religions, et destinée à découvrir ou redécouvrir les trésors de la tradition juridique dans ses différentes composantes.

Préfaçant le présent ouvrage, le professeur Jean Gaudemet souligne qu'il répond à la triple exigence d'une collection de la nature de celle qu'il inaugure, à sa voir donner, bien évidemment, une traduction du texte, mais en montrer la place et l'importance par une introduction suffisamment fouillée et, si possible, fournir une édition critique du texte latin original.

Pour ce dernier aspect, le travail semble avoir été quelque peu simplifié dans la mesure où le texte du *Prologue* d'Yves de Chartres peut être qualifié de particulièrement «stable», les variantes des quelques 170 manuscrits recensés par Bruce C.

Brasington, que cite le professeur Werckmeister, affectent rarement le sens du texte. Ce texte est pratiquement celui fourni par Fronteau en 1647 et reproduit par Migne au t. 161 de sa *Patrologie latine*, en 1889.

La question plus débattue est celle de savoir si le *Prologue* figurait en tête du Décret d'Yves de Chartres ou en tête de sa *Panormie*, ou constituait un texte indépendant. Puis qu'en l'état de nos connaissances il ne semble pas possible d'apporter une réponse satisfaisante et argumentée à cette question, nous pouvons nous contenter de savoir que sa paternité est sans conteste bien attribuée à Yves de Chartres.

D'après le professeur Werckmeister, le *Prologue* est «un véritable traité de droit canonique», un des premiers textes de réflexion sur le droit canonique et sur sa place dans l'Église. Nous disposons là, dit-il, d'un «exposé théorique sur certains aspects essentiels du droit canonique: la consonance des canons discordants, les lois immuables et celles qui sont contingentes, la théorie de la dispense, la loi suprême de la charité», autant d'aspects qui correspondent à des problèmes brûlants auxquels l'actualité a confronté Yves de Chartres, que ce soit la réforme du clergé, la lutte entre pouvoir impérial et pouvoir pontifical avec la querelle des investitures.

Dans son introduction (p. 11-58), le professeur Werckmeister présente la personnalité d'Yves de Chartres, évêque intransigeant et évêque conciliateur selon les sujets en cause, analyse le contenu du *Prologue*, re-

cense les manuscrits et éditions antérieurs et décrit les caractéristiques de la présente édition. Le texte latin, avec en regard la traduction française, et en note un large appareil critique, occupe les pages 62 à 129. Y font suite une abondante bibliographie (p. 131-138), l'index des « auctoritates » citées (p. 139-142), un index des noms propres et communs latins du *Prologue* (p. 143-148) et un index français (p. 149-158).

Du *Prologue* lui-même, disons seulement, avec le professeur Werkmeister, qu'Yves de Chartres ne cesse d'œuvrer dans le sens d'une application souple et miséricordieuse du droit. Nous pouvons y trouver un écho lointain du *salus animarum* qui, dans l'Église, est censé être la *suprema lex*. C'est dire toute l'actualité de cet ouvrage.

Dominique Le Tourneau

Luigi CHIAPPETTA, *Il Codice di Diritto Canonico. Commento giuridico-pastorale*, Dehoniane-Roma, 2^a ed., Roma, 1996, 3 volumi: vol I, p. XXVIII+ 888; vol. II, p. 696; vol. III, p. 786.

Si tratta della seconda edizione della nota opera di mons. Luigi Chiappetta pubblicata nel 1988 e ripresentata adesso con innovazioni di contenuto in una più adatta edizione in tre volumi di elegante presentazione che, rispetto della prima edizione, rendono l'opera notevol-

mente più maneggevole. Il primo volume contiene i due primi libri del Codice di Diritto canonico; il secondo volume riguarda i libri III-VI, e l'ultimo è riservato al libro VII dei processi e ad un lungo indice analitico (pp. 305-782), che nella presente edizione è stato ulteriormente perfezionato ed arricchito.

Come si sa, mons. Chiappetta è anche autore della versione italiana che appare in questa edizione accanto al testo latino dei canoni codicili. Si tratta di una traduzione che, come lui stesso rileva, ha raccolto ovunque un positivo consenso, e che, in prospettiva di questa nuova edizione dell'opera, l'autore ha comunque ritenuto di dover rimaneggiare in alcune espressioni « per renderne più chiaro il senso, anche in rapporto alla terminologia civilistica ».

Quello di mons. Chiappetta è stato uno dei pochi commenti al Codice di Diritto canonico del 1983 portato a termine da un solo autore (il quale, inoltre, ha curato da solo la traduzione del testo legale), eccellendo tra le altre opere di queste caratteristiche per l'estensione e la qualità dei commenti. Anche sotto questo profilo si è trattato di una impresa audace ed ambiziosa, nel migliore dei sensi, che, in più, l'autore ha voluto intraprendere da una prospettiva interdisciplinare, trattando le varie questioni « nelle loro diverse componenti giuridiche, teologiche, bibliche, antropologiche, pastorali e storiche », ragione per cui i commenti non hanno esclu-

sivamente contenuto giuridico. Per ciò che riguarda il diritto, una simile scelta comporta l'impiego di un vasto materiale di norme, e la necessità di far passare al vaglio della gerarchia delle fonti la pluralità dei dati normativi utilizzati e la diversità delle fonti di produzione normativa (Santa Sede, CEL, Stato italiano, ecc.), operazione sempre delicata e non esente di rischi. L'autore ha ritenuto di compiere tale obiettivo fornendo in modo ordinato un cospicuo materiale legislativo e di prassi, in parte elaborato sotto il profilo interpretativo e, in parte, lasciando che ogni studioso porti a termine tale compito giuridico.

Rispetto di quelli del 1988, i commenti ai canoni contenuti nella nuova edizione sono stati arricchiti, particolarmente, da un ulteriore sviluppo dei cenni storici riguardanti i diversi istituti canonistici, nonché da un maggiore spazio concesso adesso al diritto concordatario ed ai richiami della legislazione civile italiana, «soprattutto per quanto riguarda la normativa matrimoniale e quella amministrativa»: nel frattempo, infatti, l'autore ha pubblicato con lo stesso editore un «*Prontuario di Diritto Canonico e Concordatario*» (1995) che ha logicamente giovato all'edizione oggetto del presente commento. L'opera è, inoltre, piena di richiami interni che completano i vari commenti.

Al di là di tutto ciò, le caratteristiche dell'opera rimangono in questa seconda edizione sostanzialmente le stesse, essendo anche identica l'impostazione del lavoro. L'unicità

di autore contribuisce, com'è ovvio, a rendere più unitario il lavoro d'insieme, pregio di non scarso rilievo quando si persegue un obiettivo di natura didattica. Il lavoro di mons. Chiappetta, Infatti, appare caratterizzato da finalità didattiche che si possono evincere sia dallo spazio riservato, come si è detto, alla storia degli istituti canonistici, sia per l'impostazione e l'ordine espositivo dei commenti, sia per le introduzioni preparate dall'autore, sia, infine, per la stessa presentazione tipografica dei commenti. Tra le introduzioni preparate dall'autore spicca, per esempio, in questa seconda edizione, una lunga premessa contenente una sintesi dell'evoluzione storica del Diritto canonico (pp. 1-30).

La prospettiva storica è infatti fondamentale per la corretta conoscenza del Diritto della Chiesa, a patto, però, che non venga tralasciata l'esigenza, ancor più fondamentale nel lavoro giuridico, di registrare attentamente gli aggiornamenti normativi che si sono succeduti col passare del tempo, non soltanto a scopo di completezza dell'ordinamento normativo, ma soprattutto per prendere atto nel dovuto modo degli elementi interpretativi nuovi che detto sviluppo legislativo del Codice introduce nello studio dei canoni promulgati nel 1983 e della restante normativa canonica.

L'autore ha compiuto in verità una esauriente analisi concettuale e terminologica del corpo codiciale del 1983, del quale si serve ogni volta nei commenti dove risulta opportuno illustrare l'applicazione delle nozioni giuridiche astratte ai concreti

istituti, fornendo abitualmente classificazioni di vario genere. Le sue annotazioni risultano in questo senso particolarmente ordinate, premettendo uno *schema* di esposizioni all'inizio di ogni gruppo di canonici.

L'altra caratteristica, del tutto peculiare, dell'opera di mons. Chiappetta è, senz'altro, la sua dimensione pratica, particolarmente spiccata nel commento di quei gruppi di canonici che non hanno particolare densità dottrinale e consentono invece una legittima varietà di casi concreti. Infatti, mons. Chiappetta ha saputo convogliare in questi commenti al Codice di Diritto canonico una ricca e dilatata vita di canonista, di buon conoscitore della concreta esperienza giuridica della Chiesa, dimensione che potrebbe mancare in alcune circostanze al lavoro degli studiosi più attratti dalla dimensione astratta dei problemi. In tale prospettiva, i commenti di mons. Chiappetta costituiscono, di solito, un autentico tesoro di problematiche concrete, e talvolta di circostanze limiti di applicazione della norma, che può offrire la vita giuridica della Chiesa.

Juan Ignacio Arrieta

Piotr MAJER, *El error que determina la voluntad. Can. 1099 del CIC de 1983*, EUNSA, Pamplona, 1997, p. 377.

Si tratta di un'opera strutturata in sei capitoli, nei quali l'autore propone una visione complessiva dei

rapporti intelletto-volontà nell'errore *determinans voluntatem*, regolato dall'attuale can. 1099 del Codice di Diritto Canonico, cercando di fare una più adeguata tipificazione giuridica, distinguendo questo capo di nullità di altri che li sono molto vicini, soprattutto quello della simulazione parziale.

Il primo capitolo fa un percorso dei precedenti storici del can. 1099, partendo dall'*error fidei* di S. Tommaso — il primo a prendere in considerazione le opinioni erronee circa il matrimonio — fino al can. 1084 del CIC 1917. Così emergono i diversi concetti elaborati dalla dottrina a partire del XIII secolo nello sforzo di qualificare i diversi tipi di errore di diritto e determinarne l'influsso nella validità del consenso. Mentre l'*error infidelis* e l'*error speculativus concomitans* sarebbero errori accidentali, e pertanto irrilevanti, l'*error speculativus antecedens* (categoria elaborata dal Cardinale de Lugo nel XVI secolo, e precedente dell'*error causam dans*) potrebbe rendere nullo il matrimonio. Il fondamento dell'irrelevanza giuridica dell'errore sarebbe il suo carattere di errore teorico e la prevalenza della *intentio generalis facere quod facit Ecclesiam*. Nella costruzione di Benedetto XIV (XVIII sec.), ripetutamente invocata dalla dottrina e giurisprudenza posteriori, solo la prova di una condizione espressa contraria potrebbe distruggere la presunzione — *iuris tantum* — della *intentio generalis*.

Il Gasparri porterà a termine in questo secolo una maggiore sistema-

tizzazione dell'errore nell'ordinamento canonico. Nella sua dottrina — passata poi al CIC del 17 — si possono riscontrare importanti contributi: include per la prima volta la proprietà dell'unità e formula le categorie dell'*error simplex* (termine con il quale si designa l'errore teoretico circa le proprietà essenziali e la sacramentalità) e dell'*error causam dans contractui* (anche questo intellettuale o teoretico), considerandoli giuridicamente irrilevanti per quanto riguarda la formazione della volontà matrimoniale. Si presume la *voluntas generalis*: sarà nullo solo il matrimonio contratto con una condizione contraria alle proprietà essenziali, non in senso tecnico (come sospensione del consenso matrimoniale) ma intesa come atto di volontà contrario.

L'oggetto del secondo capitolo è l'analisi del can. 1084, e le difficoltà trovate, sia dalla giurisprudenza che dalla dottrina, nella sua applicazione. La forte secolarizzazione della società, con la diffusione della mentalità divorzistica, anche tra i cattolici, rendeva difficile continuare a sostenere il principio di prevalenza della *intentio generalis*. Furono appunto queste difficoltà quelle che spinsero a creare in sede giurisprudenziale la nuova figura dell'*error pervicax* (errore radicato), concettualmente autonomo: questo tipo di errore poteva agire sia come *causa simulandi* (per esclusione di una delle proprietà essenziali) sia come causa autonoma di nullità *vi et effectu ipsius erroris* (pag. 83). Anche se in questi casi, la giurispru-

denza esige la prova del *transitus* dell'errore della sfera conoscitiva a quella volitiva, alcuni, accentuando l'unità psicologica dell'essere umano, hanno voluto vedere la causa della nullità nell'errore, suscitando non poche polemiche. La maggiore difficoltà è stata l'esigenza di un *atto positivo della volontà* contrario alla proprietà essenziale: non si può escludere positivamente ciò che non si conosce.

La giurisprudenza cercò di riempire il vuoto normativo per fare giustizia in casi di palese mancanza di consenso, ma di impossibile prova di un atto positivo di volontà. Lo fece ampliando le possibilità di applicazione del capo della simulazione. Si affermava che non era necessario che l'atto positivo della volontà fosse esplicito. Un altro ricorso usato dalla giurisprudenza per risolvere questi casi fu l'applicazione del can. 1082 § 1, cioè, l'errore sostanziale.

Il terzo capitolo è dedicato alla genesi del can. 1099 dell'attuale testo legislativo. La questione fondamentale di cui si tratta è determinare se il nuovo canone rappresenta una assoluta novità, oppure i cambiamenti che si possono riscontrare in relazione all'antico 1084 sono puramente formali, rimanendo intatti i presupposti teorici.

In primo termine si analizzano le fonti intercodiciali citate nell'*Editio typica* (Pontificio Consiglio per l'Interpretazione dei Testi Legislativi): 7 sentenze della Rota Romana tra le quali risultano di particolare interesse una c. Felici, del 17-XII-57,

una c. Sabattani dell'11-XII-64 e l'ultima citata, una c. Anné, dell'11-III-75, nella quale il ponente non esige un atto positivo della volontà che esclude l'indissolubilità, ma una volontà non veramente matrimoniale, perché priva di questa proprietà a causa di un errore radiato.

Come rileva l'autore, il fatto di citare queste sentenze come fonte del can. 1099 è molto significativo: il nuovo canone sull'*error iuris* contiene elementi nuovi che non esistevano nel vecchio 1084. I cambiamenti, dunque, non son stati semplice «cosmetica» terminologica. Majer intitola il paragrafo dedicato più specificamente alla questione *El nuevo can. 1099, ¿novedad o continuidad?* e la conclusione che ne trae è che si tratta appunto di una novità, ma *nella continuità*, nel rispetto della tradizione canonica, e soprattutto, nel rispetto della dinamica dei rapporti intelletto-volontà così come li ha concepiti questa tradizione. A giudizio dell'autore, la stessa Commissione Pontificia per la Revisione del Codice sembra confermarlo quando afferma che il senso del can. 1099 era quello dell'interpretazione comune *al momento della riforma*, e cioè, afferma Majer, includeva i cambiamenti operati dalla giurisprudenza, soprattutto dagli anni 50 in poi.

Particolarmente interessante nei contenuti si presenta il quarto capitolo, dove l'autore riflette circa l'autonomia di questo capo di nullità nei confronti della simulazione. Ma-

jer difende l'autonomia dell'errore determinante, e appoggia la sua tesi, non tanto su criteri ermeneutici, basati sulla nuova redazione del canone, ma facendo riferimento sia alla natura stessa dell'errore e al rapporto intelletto-volontà nel consenso che ai beni giuridici — diversi — protetti dai due canoni.

Riporta i principali criteri di distinzione formulati dalla dottrina che difende l'autonomia del capo dell'*error determinans*, reinterpretandoli alla luce dei rapporti intelletto-volontà: in primo luogo il tradizionale criterio — abbandonato dalla dottrina attuale — che considera nella simulazione due volontà opposte, mentre nell'errore ce ne sarebbe una sola. In secondo luogo, il criterio della «coscienza» del contrasto tra matrimonio voluto dal soggetto e dall'ordinamento canonico: mentre nella simulazione parziale esiste un difetto nel consenso «voluto», o al meno «cosciente», nell'*error determinans* questo difetto sarebbe «incosciente». Si chiarisce che nel seguire questo criterio può fraintendersi il ruolo della volontà nell'*error determinans*, poiché la causa della nullità è la volontà, e non l'errore in se stesso. Bisogna spiegarlo bene: sia nella simulazione che nell'errore si «vuole» un matrimonio privo di uno dei suoi elementi essenziali. La differenza tra i due capi radica nel processo di formazione dell'oggetto della volontà: mentre nella simulazione il soggetto è cosciente del contrasto tra quello che vuole e quello che dichiara, nell'errore il soggetto non è cosciente

di tale contrasto. Infine, si espone il cosiddetto criterio della certezza, assai discusso dalla dottrina. Secondo l'autore bisogna interpretare la *certezza* come *determinatio intellectus ad unum* (S. Tommaso), che porta con sé l'impossibilità dell'esistenza di qualsiasi dubbio e di timore di errare; così, l'elemento determinante della distinzione non è tanto lo stato soggettivo, psicologico, di certezza o di dubbio, ma la possibilità di selezione, di scegliere un'opzione matrimoniale invece di una altra, tra quelle che presenta l'intelletto. «Donde el sujeto elige, porque el intelecto le presenta más de un esquema del matrimonio, simula. Donde el objeto de su voluntad queda limitado a un solo modelo del matrimonio erróneo y el acto de selección es imposible, hay un error que determina la voluntad» (p. 174).

Così l'autore fonda nel rapporto intelletto-volontà la distinzione tra i due fenomeni: nell'errore l'intelletto presenta alla volontà un solo schema matrimoniale, rimanendo limitato l'oggetto del consenso, e *determinando* la volontà *ad falsum*; nella simulazione il nubente realizza un'opzione, una scelta tra i diversi apporti intellettivi, scegliendone uno e, come conseguenza, *escludendone* un'altro. Pertanto, è nell'atto di *esclusione* presente nella figura della simulazione e assente in quella dell'errore che si trova la differenza tra entrambi i vizi. Così *exclusio* e *determinatio voluntatis* diventano gli elementi identificativi di ognuno dei capi e se-

gnano due diversi cammini che conducono ad uno stesso punto di arrivo: la volontà viziata che tende ad un oggetto impossibile (un matrimonio privo di una delle sue proprietà essenziali).

Bisogna tener conto che, anche se sul piano concettuale entrambi i capi si presentano sotto profili psicologici diversi, sul piano pratico, processuale, la differenza non è tanto nitida, ed è difficile provare l'errore determinante come capo distinto dalla simulazione. In effetti, tutti e due confluiscono in uno stesso risultato: l'esistenza di un atto di volontà difettoso, perché vuole un matrimonio privo di un elemento essenziale. Questo verrebbe dimostrato dalle sentenze rotali posteriori alla promulgazione del CIC'83, dove l'errore determinante opera *ad modum simulationis partialis* (cfr. p. 208).

Una altra considerazione dell'autore in questo capitolo riguarda l'analisi del rapporto tra atto positivo della volontà e l'errore determinante: cosa deve intendersi per *atto positivo della volontà*? Si deve considerare tale la volontà effettiva e reale del nubente che ha un influsso vero nel consenso matrimoniale. La volontà determinata dall'errore deve anche manifestarsi in forma di atto positivo: in realtà, la volontà determinata dall'errore è una volontà positiva. Quindi, l'atto positivo di volontà non sarebbe requisito esclusivo della simulazione, in quanto è la volontà matrimoniale stessa, ma privata di un suo elemento essenziale.

Per quanto riguarda il rapporto tra errore determinante e incapacità consensuale, l'autore critica le posizioni che riconducono l'uno all'altro. La volontà determinata dall'errore è una volontà il cui meccanismo interno è normale. Non esiste un'incapacità nel soggetto, previa al momento di emettere il consenso, ma un'inadeguato apporto intellettuale che rende impossibile l'oggetto che pretende la volontà.

Nel concludere questo interessante capitolo, l'autore afferma che in certo senso l'attuale can. 1099 ha operato una «purificazione» del concetto di simulazione, limitandolo al rifiuto cosciente di un elemento essenziale del matrimonio.

In base a quanto si è detto prima, il quinto capitolo espone la natura e la qualificazione giuridica del capo dell'errore determinante. Questo non potrebbe essere qualificato come un errore sostanziale (can. 1096), ma nemmeno si può dire che sia accidentale (che dovrebbe essere sempre irrilevante riguardo alla validità del negozio): l'autore lo qualifica come *soggettivamente* sostanziale nel senso che il nubente lo fa diventare *soggettivamente* parte della sostanza nell'applicarlo al proprio matrimonio. È in questo senso che l'ordinamento lo rende rilevante.

Il modo in cui si produce l'errore è molto simile a quello dell'errore in qualità diretta e principalmente pretesa (can. 1097 § 2): ambedue le figure possono considerarsi applicazioni nel campo matrimoniale del can. 126 («error recidens in conditionem»), intesa questa «condi-

zione» come qualità erroneamente interpretata da parte del nubente quale sostanziale. In definitiva, il can. 1099 non derogherebbe il principio stabilito dal can. 126 che regola la rilevanza dell'errore nei negozi giuridici.

Per quanto riguarda il rapporto con l'errore «causam dans» o errore-motivo, l'autore chiarisce che sono concetti diversi: l'efficacia dell'errore determinante non viene dal fatto che sia motivo del contrarre matrimonio, ma per il fatto di far parte — *soggettivamente* sostanziale — dell'oggetto del consenso. L'errore «causam dans» coinvolge in qualche modo la formazione della volontà, ma non ne determina l'oggetto, e per questo non può viziare il consenso.

Nel capitolo finale, l'autore fa alcune considerazioni su due questioni particolari connesse: l'errore sulla sacramentalità e l'oggetto dell'errore determinante.

La sacramentalità non è affatto una proprietà essenziale del matrimonio bensì parte della sostanza. L'errore determinante circa la sacramentalità sarebbe un errore *sostanziale*, anche se psicologicamente si manifesta come errore *sostanzialmente soggettivo* e per questo è giustificata l'equiparazione che opera il can. 1099.

Poi si commentano alcune delle discussioni sorte intorno all'oggetto dell'errore determinante: e cioè, se il 1099 limita l'influsso dell'errore alle sole proprietà essenziali e la sacramentalità. Non pochi autori hanno *rivendicato* come oggetto dell'errore

lo stesso che quello della simulazione parziale: il matrimonio stesso con i suoi elementi essenziali, e le proprietà essenziali. Non avrebbe senso limitare l'oggetto alle sole proprietà essenziali: dove non c'è vero consenso, non può esserci matrimonio. La deduzione dell'ampiezza dell'oggetto nell'*error determinans* si dovrà fare, non tanto ricorrendo all'analogia con il can. 1101 § 2, ma *ex rei natura* se il soggetto includesse nell'oggetto del suo consenso un elemento incompatibile con un diritto-dovere coniugale essenziale, vorrebbe in realtà un matrimonio impossibile, e per tanto di un tale consenso non potrebbe sorgere il vincolo matrimoniale.

Infine, per quanto riguarda la prova dell'*error determinans*, gli elementi che dovranno essere provati sono: l'esistenza dell'errore radicato nella mente del soggetto, l'impossibilità di un'opzione matrimoniale diversa (differenza con la simulazione) e la determinazione della volontà, cioè, l'applicazione di questo schema matrimoniale errato al proprio matrimonio *hic et nunc*.

Le conclusioni finali sono una adeguata sintesi dei contenuti e dei contributi dell'opera. Il libro si chiude con un'ampia bibliografia, che per la sua completezza può risultare di grande utilità.

Mancava nella letteratura giuridica sull'errore uno studio approfondito, ampio e unitario che riguardasse esclusivamente l'errore determinante. Per questo motivo, siamo certi che l'opera che si presenta sarà molto gradita dagli stu-

diosi del diritto matrimoniale canonico. Ci troviamo dinanzi a un'opera di qualità, sia dal punto di vista della struttura logica e dello sviluppo che dal punto di vista *sostanziale*. A nostro avviso l'autore fa uno studio serio, appoggiando le proprie opinioni non tanto su criteri ermeneutici, che rimangono sempre in una sfera, per così dire *superficiale* del diritto, soggetta a cambiamenti e a scelte soggettive, ma su argomenti *fondamentali (fondanti)*, e concretamente, per quanto riguarda l'influsso dell'errore nel consenso matrimoniale, sul ricorso ai rapporti intelletto-volontà.

Auguriamo altri studi in questa linea, che rappresentino un contributo per fare una più adeguata esposizione della verità del matrimonio nei suoi aspetti giuridici.

Montserrat Gas i Aixendri

Vincenzo MOSCA, O. CARM., *Alberto Patriarca di Gerusalemme. Tempo - Vita - Opera*, Textus et Studia Historica Carmelitana, vol. 20, Roma, 1996, p. 780.

L'A. ha dedicato quasi dieci anni alla composizione del volume, presentato come tesi di laurea nella Facoltà di Diritto Canonico della Pontificia Università Gregoriana. Le pp. 20-74, con l'elenco delle fonti e della bibliografia, e l'indice dei nomi di persona (pp. 763-780) costituiscono una prova della serietà e della profondità con le quali il Mo-

sca ha eseguito la sua ricerca. Il libro comprende un'introduzione, 7 densi capitoli, la conclusione (pp. 75-547) e 9 appendici (pp. 555-761). Il metodo storico-giuridico seguito dall'A. nella composizione dell'opera è descritto brevemente nelle pp. 85-87. Parimenti nella p. 553 è spiegato il criterio seguito per la punteggiatura, le sigle e i modi di scrivere i dittonghi nella trascrizione di documenti.

Dopo un primo capitolo dedicato all'ambiente storico-religioso dei secoli XI-XIII (pp. 91-170), nei successivi capitoli II, III e VI (pp. 171-269 e 355-389) il Mosca redige un'ampia biografia storica di Alberto Avogadro, nato tra il 1149-1152 nel *Castrum Gualterii*, che potrebbe corrispondere a Gualtieri nella diocesi di Guastalla, oppure a Gualtirolo nella diocesi di Reggio Emilia. Entrato fra i Canonici Mortarensi intorno al 1170 e ordinato sacerdote, nel 1184 fu nominato Vescovo di Bobbio e un anno dopo Vescovo e Conte di Vercelli. Eletto Patriarca di Gerusalemme nel 1205 e confermato da Innocenzo III, risiedette in Terra Santa fino alla morte violenta, avvenuta il 14 settembre 1214. Mentre stava procedendo in processione nella cattedrale di Acri, fu assassinato da un chierico che era stato deposto dalla carica di Maestro dell'Ospedale del Santo Spirito per la sua condotta poco edificante. In quest'ultimo periodo della sua vita, il Patriarca entrò in contatto con gli eremiti latini del Monte Carmelo, stabilitesi a Wadi-ein-es-Siah non prima del 1192.

Nell'appendice 2 (pp. 561-617) è stato interamente pubblicato per la prima volta il testo della regola e delle consuetudini dei Canonici Mortariensi, ai quali appartenne Alberto. Inoltre, due momenti del suo governo della diocesi vercellense — i quali, pertanto, sono inscindibili dalla biografia — attirano in particolare l'attenzione dell'A.: lo statuto dato ai Canonici di Biella e il suo intervento per inserire il movimento degli Umiliati nelle strutture ecclesiali (capitoli IV e V; pp. 271-354). Sono state così messe a fuoco sia la regola professata da Alberto sia la sua attività organizzativa e legislativa in favore di altri gruppi e movimenti ecclesiali.

Nel cap. VII e nella conclusione (pp. 391-547) l'A. fa convergere i risultati della ricerca compiuta sui rapporti tra il Patriarca e gli eremiti del Monte Carmelo. Prima dell'opera da lui svolta i predetti eremiti vivevano secondo il loro *propositum* o impegno assunto, ma non avevano una regola fissa né costituivano un *collegium*. Essi chiesero e ricevettero da Alberto (prima, quindi, del 1214) una *vitae formulam iuxta propositum vestrum*, sancita da Onorio III il 30 gennaio 1226 come *vivendi norma*, confermata da Gregorio IX come «*regulam approbatam a bonae memoriae Honorio papa praedecessore nostro*» e trasformata con alcuni adattamenti in *regula bullata* da Innocenzo IV il 1° ottobre 1247. Dopo un'analisi dettagliata della *vitae formula* e dell'opera svolta dal Patriarca, l'A. pone la seguente domanda come conclusione

del suo studio: «Alberto fondatore degli eremiti-fratelli del Monte Carmelo?». Nel rispondere a questo interrogativo, il Mosca osserva che l'intervento del Patriarca non fu di natura esclusivamente legislativa, giacché egli «ha riunito *in unum collegium* gli eremiti latini che prima non lo erano; ha dato loro una *vitae formula* sulla base di un loro proposito; ha strutturato e organizzato il modo e luogo di vita di questo gruppo, con il progetto di questo testo; ha trasmesso un'esperienza dello Spirito espressa come mediazione e paternità spirituale [...]; dando una nuova unità e sintesi e garantendo per il futuro la consolidazione, serietà e continuità; generando ad una nuova vita gli eremiti latini, come eremiti-fratelli del Monte Carmelo. [...] Nella *vitae formula* i Carmelitani possiedono oggi il nucleo del loro carisma. Ma in essa vi sono anche i valori della personalità e spiritualità di Alberto, dove in una simbiosi armonica sono considerati i propositi del progetto di vita degli eremiti latini del Monte Carmelo e l'opera di discernimento carismatico compiuta da Alberto. [...] Per tutti questi elementi e motivi noi sosteniamo la posizione che Alberto non sia stato solo legislatore ma anche fondatore dei Carmelitani» (pp. 544-555). Tuttavia l'A. precisa che lo scopo del suo lavoro non è quello di dimostrare che Alberto, Patriarca di Gerusalemme, è il fondatore dei Carmelitani, quanto studiare seriamente e scientificamente la sua figura e indicare eventualmente gli elementi che condu-

cono a riconoscergli un simile ruolo (p. 81).

Il volume si presenta in un'elegante veste tipografica, ed è da sottolineare la diligenza con la quale il Mosca ha curato la correzione delle bozze, specialmente per quanto concerne la trascrizione dei documenti nelle appendici. È così riuscito a mettere a disposizione del lettore un materiale altrimenti poco accessibile, corredato da opportune indicazioni archivistiche e bibliografiche.

José Luis Gutiérrez

Antonio NERI, *Nuove forme di vita consacrata* (Can. 605 C.I.C.), Pontificia Università Lateranense, Roma, 1995, p. VII + 203.

Nell'Esortazione post-sinodale *Vita consecrata*, pubblicata dal Santo Padre Giovanni Paolo II il 25 marzo 1996, dopo la IX Assemblea Generale Ordinaria del Sinodo dei Vescovi, troviamo, fra l'altro, un paragrafo — il n. 62 — dedicato alle «nuove forme di vita evangelica».

Si può, a nostro avviso, ritenere che questo studio di A. Neri sul can. 605 costituisca, in qualche modo, un'introduzione alla comprensione teologico-canonica di quanto il Sommo Pontefice ed il Sinodo dei Vescovi hanno autorevolmente insegnato su queste realtà nuove, che sono una delle caratteristiche della vita ecclesiale di questi ultimi decenni.

Nella prima parte della sua ricerca l'A. esamina anzitutto le fonti del canone stesso (Magistero e canonistica precedenti al Vaticano II, documenti del Concilio Vaticano II, atti del Dicastero della Curia Romana competente per la vita consacrata nel periodo post-conciliare), come pure l'iter dei lavori di codificazione a questo proposito, con riferimento anche alle discussioni scientifiche degli studiosi che hanno accompagnato tale elaborazione normativa.

Successivamente si passa ad affrontare l'interpretazione di questo canone del Codice del 1983. L'A. mette in luce tanto « *il nucleo teologico essenziale e perenne che è identificativo dello stato di vita consacrato* » quanto « *(la) pluralità di forme (che) ha legittimamente ed ecclesialmente assunto storicamente* » (p. 60). Secondo il Neri, il « *nucleo minimo irrinunciabile* » della vita consacrata è da ravvisare nel « *vincolo celibatario costituito* » (p. 90). Egli è dell'avviso che, con l'introduzione del can 605, il Legislatore supremo, facendo tesoro del ricco patrimonio storico della vita consacrata e della lezione che ne deriva, « *ormai ha amplificato tanto la prospettiva della vita consacrata, che temere di oltrepassarla indebitamente è ormai impossibile* » (p. 94).

D'altra parte, va pure sottolineato il compito dell'autorità gerarchica ecclesiale circa il discernimento e l'approvazione di queste nuove realtà ecclesiali, tenendo conto che il Codice ha già tipizzato diverse forme di vita consacrata

(istituti religiosi, istituti secolari, società di vita apostolica, vergini, eremiti) e, quindi, anche quegli elementi di esse che potrebbero trovare una diversa combinazione appunto in nuove forme di vita consacrata (cfr. p. 107).

L'A. passa poi a considerare il fenomeno associativo all'interno della Chiesa (pp. 122ss) — anch'esso in particolare fioritura in questi ultimi decenni — in se stesso ed in rapporto alla possibilità di un'associazione in cui si possa vivere l'essenza della vita consacrata. In questo contesto si colloca anche il problema della relazione dei coniugati alla vita consacrata (cfr. pp. 146 ss), cui fa esplicitamente riferimento anche il già citato n. 62 dell'Esortazione post-sinodale *Vita consecrata*.

La ricerca del Neri si conclude con una breve presentazione degli sviluppi normativi e dottrinali sul tema dopo la pubblicazione del Codice latino, arrivando fino ai *Lineamenta* del Sinodo dei Vescovi sulla vita consacrata del 1994, e con un capitolo che sintetizza il percorso della seconda parte dello studio.

L'A. ha certamente affrontato un argomento non facile intrinsecamente, oltre che a motivo della scarsità di studi sulla materia. Si può, quindi, convenire con P. Andrés Gutiérrez, che nella presentazione indica nel fatto stesso di aver condotto una tale ricerca un non indifferente merito (p. V), pur riconoscendo anche che « *non è un'opera scritta nella maturità* » (p. VII).

Molti problemi rimangono aperti, come segnala la già citata Esorta-

zione Apostolica *Vita consecrata*, prevedendo la costituzione di una commissione «ad hoc», e quest'opera, che costituisce un utile punto di partenza per ulteriori approfondimenti da parte dell'A. stesso e di altri studiosi, non ha certo la pretesa di fornire tutte le risposte.

Sarà comunque bene ricordare che mai come in questo campo vale il principio secondo cui «la vita precede il diritto» ed ancor più che anche al canonista è chiesto di dare il suo contributo per conoscere, discernere e favorire quanto lo Spirito Santo opera per far crescere la santità e la missione della Chiesa di oggi.

Antonio Filipazzi

Vittorio PALESTRO, *Rassegna di giurisprudenza rotale nelle cause iurium e penali (1909-1993)*, monografie giuridiche del Pontificio Ateneo della Santa Croce, Giuffrè, Milano, 1996, p. X + 223.

L'opera di cui si dà conto, si distingue per una linea di vasta indagine, tesa a cogliere le varie posizioni e l'evoluzione della giurisprudenza della Rota Romana in materia «privatistica» e penale, materia in cui non si contano molti contributi, soprattutto di dimensioni così cospicue.

Si tratta dunque di una rassegna di giurisprudenza, che mette in luce, secondo le intenzioni dell'A., «di ogni sentenza quel particolare punto di diritto che è stato applicato nella soluzione del caso proposto e

che può essere utilizzato come riferimento per i casi simili, non trascurando altri aspetti della giurisprudenza che hanno attinenza con il diritto processuale o con particolari questioni o risvolti sorti nella trattazione *in facto*» (p. 19). L'opera comprende un ricco, chiaro e completo indice analitico (p.189-210), che consente allo studioso una facile ricerca per materia ed una agevole identificazione di dove possa reperirsi la motivazione ufficiale pubblicata per esteso.

Nell'ordinamento canonico, l'espressione «giurisprudenza», intesa come lo «ius dicere» dei tribunali nella loro funzione di interpretare la legge nel caso particolare, contiene diverse implicazioni. Il fatto che i tribunali debbano interpretare la legge deve armonizzarsi con il dettato del can.16, che attribuisce al solo legislatore la possibilità di interpretazione autentica della norma, escludendo il giudice dalla funzione di «creare» diritto; tuttavia è lo stesso legislatore (can. 19) a fare esplicito riferimento alla giurisprudenza della Curia Romana come fonte diritto suppletorio, attribuendole pertanto dignità di fonte normativa, seppur in casi particolari. In tal modo la giurisprudenza canonica non svolge soltanto la funzione decidere «sub specie» mediante «interpretatio» del dettato legislativo, ma altresì quella di plasmare un sistema di «interpretationes» volto ad esplicitare, chiarire, rendere ragione di una determinata norma e ad estendere talora la portata di essa ai casi non disciplinati dall'ordinamento.

L'importanza di creare un simile sistema di «interpretationes» è ben evidenziato dall'autore, nell'ampia introduzione che apre il testo (pp. 1-21) allorché (p. 9-10), citando l'allocuzione di Papa Giovanni Paolo II alla Rota Romana del 23 gennaio 1992, sottolinea come proprio grazie alla giurisprudenza sia possibile, nel diritto canonico integrare la «genericità quasi assoluta di molte formulazioni legislative».

Peraltro, nell'ordinamento canonico, la giurisprudenza ha anche contribuito in maniera determinante alla costruzione di alcune delle norme che costituiscono il Codice vigente. Si è notato infatti come, soprattutto negli anni immediatamente successivi al Concilio Vaticano II, quando appariva particolarmente necessario adattare la legislazione canonica vigente alla dottrina conciliare, proprio grazie alla giurisprudenza dei tribunali superiori i principi conciliari hanno avuto incidenza nel sistema giuridico della Chiesa. I risultati di tale ruolo propulsivo sono stati in larga parte recepiti dal vigente codice tanto che, come nota l'A., «si può rilevare che oltre 86 nuovi canoni hanno come fonte diretta la giurisprudenza rotale desunta da 43 decisioni che sono formalmente citate» (p. 15).

L'A. ha scelto di presentare esclusivamente giurisprudenza rotale, sebbene, dopo la riforma della Curia romana disposta da Giovanni Paolo II, anche il Tribunale della Segnatura apostolica sia venuto ad

incidere in modo tutt'altro che trascurabile sull'ordinamento della Chiesa, in conseguenza del potenziamento dei suoi compiti e dell'attribuzione ad essa di un ruolo fondamentale nell'organizzazione e nel controllo dell'attività giudiziaria.

Alcune voci, inoltre, sostengono che la forte frammentazione dell'esperienza giuridica della Chiesa incide, attualmente, in maniera profonda sul rapporto tra la Rota romana ed i tribunali ecclesiastici minori; su varie materie, si afferma, vi sono nei tribunali minori tendenze giurisprudenziali sempre più differenziate per area geografica e substrato culturale, che in qualche modo si sottraggono alle direttive della Rota romana ed alla sua funzione di Tribunale-guida per l'unitarietà dello *ius dicere*.

L'A. dedica ampio spazio a chiarire la sua scelta, sostenendo che il prestigio ed il ruolo cardine della Rota romana, rafforzatosi nei secoli grazie «sia all'autorevolezza delle sue decisioni ed alle argomentazioni che le supportarono, che alla presenza di giudici di riconosciuta dottrina» (p. 11), è ancor oggi immutato: «la giurisprudenza della Curia romana, cui il codice fa riferimento, è esclusivamente quella del Tribunale della Rota (...) le decisioni di questo tribunale hanno l'autorità dello stesso Sommo Pontefice, e tutti i tribunali ecclesiastici dovranno uniformarsi alla sua costante ed uniforme giurisprudenza» (p. 6-8).

La posizione dell'A. su tale materia risulta non del tutto convincente.

Se infatti è senz'altro vero che la Rota romana emette decisioni che hanno l'autorità dello stesso Pontefice, e che questo Tribunale «unitati iurisprudentiae consulit et per proprias sententias tribunalibus inferioribus auxilio est», di fatto lo stesso Pontefice è personalmente intervenuto, in varie occasioni, per sollecitare i tribunali inferiori a conformarsi alla giurisprudenza rotale; segno che, nella prassi, i giudici di primo grado in più di un'occasione interpretano la legge in maniera autonoma.

Probabilmente la peculiarità più consistente dell'opera risiede nella scelta della materia: se infatti la Rota romana ha una competenza teoricamente illimitata, che spazia su tutta la normativa canonica, di fatto l'attenzione degli studiosi si è incentrata in modo prevalente sulla giurisprudenza matrimoniale, come quella che ha maggiore incidenza, rispetto alla rimanente, sulla vita comune.

Nell'espressione «*causae iurium*», l'A. ricomprende tutte quelle sentenze emanate dalla Rota romana in materia privatistica e contenziosa: in altre parole, tutte quelle sentenze che hanno avuto per oggetto atti di autonomia privata di carattere patrimoniale.

La questione dell'autonomia privata nell'ordinamento canonico è stata per lungo tempo dibattuta: due autorevoli correnti di pensiero, infatti, si sono vivacemente contrapposte e se la prima, facente capo al Fedele, argomentava che tutto il diritto della Chiesa deve considerarsi

come pubblico, la seconda, facente capo al D'Avack, sosteneva la possibilità di distinguere tra diritto pubblico e diritto privato nell'ordinamento canonico. Nei manuali, attualmente, si legge che solo con il vigente codice si è avuta una compiuta disciplina del negozio giuridico all'interno dell'ordinamento canonico. Tuttavia, a giudicare dalla non trascurabile giurisprudenza raccolta da Mons. Palestro nell'opera in oggetto, si ha l'impressione che, anteriormente al 1983, sia stata proprio la Rota romana, sia pur seguendo le indicazioni di alcuni autori come Giacchi, Robleda e Ciprotti, ad elaborare una dottrina unitaria del negozio giuridico canonico. La giurisprudenza rotale ha infatti preso in considerazione nel corso degli anni, varie problematiche inerenti sia alle obbligazioni sia al contratto in generale; inoltre a singoli contratti, alla proprietà, al possesso, al risarcimento del danno, alle successioni a causa di morte.

Va ad esempio evidenziata la teoria del contratto preliminare, definito come accordo tra due o più parti volto ad assumere l'obbligo di trasferire, successivamente, un diritto. Secondo la giurisprudenza rotale la violazione di tale obbligo porta la responsabilità per «*culpa in contrahendo*», della parte colpevole; tuttavia la parte interessata può chiedere solo il risarcimento del danno subito, a differenza di quanto stabilito dal diritto privato italiano, che prevede anche, a norma dell'art. 2932 c.c. la possibilità di richiedere l'esecuzione speci-

fica dell'obbligo a contrarre assunto da una parte.

Da notare, inoltre, le conclusioni della Rota romana sulla determinazione pecuniaria dei danni.

La giurisprudenza afferma che il patrimonio del danneggiato va ristabilito nel suo complesso e deve essere stimato secondo i parametri del danno emergente e del lucro cessante: il calcolo degli interessi deve essere compiuto secondo le regole di capitalizzazione composta, prendendo in considerazione la svalutazione monetaria secondo equità canonica.

L'insieme delle sentenze offre allo studioso un quadro senz'altro interessante: partendo dalle norme di legge, integrate dai principi generali del diritto canonico, dall'equità, dal diritto romano e dal diritto privato secolare, la giurisprudenza rotale pare aver costruito un imponente sistema privatistico, volto a risolvere le controversie nascenti da atti di autonomia privata di carattere patrimoniale anche in mancanza di norme esplicite e di una disciplina organica e specifica. Il principio che, nell'ordinamento canonico, lo «ius dicere» dei tribunali della Curia Romana svolga il ruolo di fonte suppletoria di diritto quando esistano lacune di legge trova qui, pertanto, un'evidente riprova.

Diverso, almeno in parte, il discorso sulla giurisprudenza nelle cause penali. Se infatti la materia privatistica e contenziosa riguarda circa il 3% delle cause portate innanzi alla Rota romana, in materia

criminale tale percentuale, già di per sé esigua, si abbassa sensibilmente.

Come è noto il diritto penale canonico trova ormai applicazione in casi rarissimi, ed è quasi contestato nella sua essenza da diversi settori ecclesiastici che ne vorrebbero, se non la totale abolizione, per lo meno un radicale ridimensionamento. Non hanno sicuramente giovato al diritto penale della Chiesa né la rigida e minuziosa sistematica adottata dal Codice piano-benedettino né la nuova impostazione della disciplina, operata dal Codice giovanneo-polino. Sta di fatto che, a fronte di un'analisi puramente statistica, un buon numero delle non numerose sentenze raccolte dall' A. in materia criminale è anteriore al 1917, mentre dal 1965 al 1993 si conta, in tale materia, una sola sentenza.

Può allora comprendersi la posizione di chi, alla luce della normativa codiciale, ha visto nell'abbandono degli schemi piano-benedettini una delle cause principali dell'attuale inapplicabilità del diritto penale canonico: si comprende la posizione di chi, interrogandosi sulla realtà attuale del diritto canonico, ne abbia individuato una fonte di debolezza nella «debilitación de la fundamental característica de obligatoriedad de la norma canónica» (Herranz); di chi ha notato come le dottrine che tendono ad identificare teologia e diritto canonico, diritto e morale, tendono ad ignorare o ad allontanare i concetti posti dalla dottrina tradizionale (Sanchis).

Forse proprio l'opera in oggetto può aiutarci a comprendere l'interesse per la materia: essa infatti, pur non evidenziando forse in maniera del tutto adeguata il passaggio dallo *ius decretalium* al codice del 1917 e da questo al codice del 1983, permette di cogliere linee di ricerca e tematiche suscettive di analisi e approfondimento. Mons. Palestro ci aiuta, con quest'opera, a vedere nel diritto canonico una materia viva, pulsante, in perenne evoluzione, e soprattutto ancora ricca di questioni su cui il giurista deve provare ad interrogarsi.

Vincenzo Pacillo

Jean-Pierre SCHOUPPE, *Elementi di diritto patrimoniale canonico*, Giuffrè, Milano, 1997, p. VIII + 214.

La collana di «Trattati di diritto» del Pontificio Ateneo della Santa Croce, edita dalla Giuffrè, pubblica un nuovo volume riguardante questa volta il diritto dei beni temporali della Chiesa o diritto patrimoniale canonico. Il libro si presenta nell'abituale veste tipografica della collana, include alla fine una bibliografia di base (p. 207-208), e fornisce molti altri riferimenti alla dottrina canonica e civile, alla legislazione universale e particolare, e anche a qualche passo della legislazione civile recepita dal diritto canonico, in calce al testo.

Il titolo del volume potrebbe far pensare ad un insieme di «elementi»

raccolti ordinatamente ma carenti dell'omogeneità e della costruzione scientifica proprie di un manuale. Tale impressione si rivela errata non appena si scrono le prime pagine del testo. In effetti, il prof. Schoupe, il quale presenta il libro come «frutto di anni di insegnamento di questa materia» (p. VI), non si limita alla raccolta ed enumerazione di dati ormai conosciuti, ma riesce ad impostare la materia in modo originale nei confronti della manualistica recente, e ad offrire risposte nuove ai quesiti fondamentali del diritto dei beni temporali della Chiesa. Forse la dicitura «elementi» vuole lasciare la porta aperta ad un ulteriore approfondimento rispetto a quello che potremmo denominare la «parte generale» del diritto patrimoniale canonico che permetta un più organico inquadramento delle singole istituzioni, anche se, pure in questo ambito, l'opera presenta due capitoli (forse tre, i primi) intesi a quello scopo.

Per quanto riguarda la seconda parte del titolo, il riferimento cioè al «diritto patrimoniale canonico», trattasi di una scelta, certamente non la più tradizionale (la legislazione e una buona parte della dottrina preferiscono parlare di «diritto dei beni temporali della Chiesa»), ma sicuramente lecita, che cerca di offrire — già dal titolo, appunto — una visione unitaria del dominio ecclesiale sui beni temporali, forse anche con un riferimento implicito alla *suprema auctoritas Romani Pontificis* del can. 1256. Ad ogni modo, la denominazione non è originale: sono

molti i lavori che parlano di diritto patrimoniale della Chiesa, e vi è anche un manuale recente che riprende il termine nel titolo, il volume di HEIMMEL H. - PREE H., *Handbuch des Vermögensrechts der katholischen Kirche* (Regensburg 1993).

Per quanto riguarda più concretamente il contenuto dell'opera, superati i primi tre capitoli, destinati alla presentazione della legislazione canonica sui beni temporali e alla spiegazione dei principi che reggono la materia (inclusa la classificazione dei beni), l'autore conferisce al volume una struttura piuttosto dinamica, organizzando la spiegazione attorno agli istituti che implicano movimento patrimoniale — l'acquisto dei beni, il finanziamento della Chiesa, l'amministrazione e l'alienazione dei beni — e lasciando per il finale gli aspetti organizzativi (statici, se si vuole): la struttura economica della diocesi e le specificità del regime patrimoniale degli istituti di vita consacrata.

Lungo tutta l'opera, l'autore fa continui riferimenti al diritto romano — dal quale prende le mosse per la spiegazione delle singole istituzioni, dei diversi contratti, ecc. —, guarda anche verso il diritto particolare — « prevalentemente quello della Conferenza episcopale italiana », spiega nell'introduzione (p. VI) — e fornisce delle indicazioni di legislazione civile assunta dall'ordinamento canonico attraverso la tecnica del rinvio legislativo.

Tra i suggerimenti dottrinali originali spicca la proposta di aggiornare la nozione di pia volontà adat-

tandola alle circostanze di un « mondo culturalmente pluralista e religiosamente ecumenico », mediante una ampliamento del concetto che consenta una maggiore flessibilità nella valutazione dei requisiti di pietà e della intenzione soprannaturale del donante (cf. p. 82-85).

È anche da sottolineare la trattazione dei beni *non* ecclesiastici, quelli cioè che non appartengono a persone giuridiche pubbliche della Chiesa, fra i quali quelli delle persone giuridiche private, che raccoglie la discussione dottrinale tuttora in atto sulla qualifica di quei beni che, anche se non « ecclesiastici » in senso legale, sono comunque molto legati ai fini della Chiesa o alla vita e allo sviluppo di alcuni dei suoi enti. Il prof. Schouppe propone di definire un *genere ecclesiale* che possa inglobare i beni di tutte le persone giuridiche della Chiesa, sia pubbliche che private. In seno alla qualifica « ecclesiale » sarebbe dato distinguere a sua volta, da un lato, una *specie ecclesiastica* (o *ecclesiale pubblica*) riguardante esclusivamente i beni delle persone giuridiche pubbliche (cf. c. 1257 § 1) e, dall'altro, una *specie ecclesiale privata* riguardante i beni delle persone giuridiche private. Per la differenza fra i beni « ecclesiali privati » e i beni « privati » *simpliciter*, l'autore suggerisce di prendere a criterio discriminante l'atto di *recognitio* (cf. p. 39-40), che farebbe diventare « ecclesiali » i beni fino a quel momento « privati ».

In sintesi, ci sembra che l'opera costituisca un utile strumento di studio del diritto patrimoniale della

Chiesa, sia per chi vi si avvicina per la prima volta, sia anche per gli addetti e gli operatori dell'amministrazione ecclesiastica, sia infine per chi lo studia dal punto di vista teorico ormai da anni. Come scrive lo stesso autore nell'introduzione, «il diritto patrimoniale non è solo una materia tecnica per alcuni esperti o amministratori ecclesiali, ma viene indirizzato anche a tutti i fedeli — chierici, religiosi e laici — che sono interessati a conoscere ed a promuovere le dimensioni di giustizia nell'ambito dei beni temporali della Chiesa» (p. V-VI). Ci auguriamo che il libro possa veramente contribuire a questo fine, aiutando anche ad una sensibilizzazione dei fedeli per gli aspetti di giustizia insiti in ogni rapporto interpersonale ecclesiale, scopo quest'ultimo di straordinaria rilevanza per il progredire del diritto canonico, che sappiamo essere molto caro all'autore del volume, come risulta dalla sua produzione scientifica precedente.

Jesús Miñambres

José María VÁZQUEZ GARCÍA-PEÑUELA, María del Mar MARTÍN, María Dolores MARÍN, *Repertorio bibliográfico de Derecho eclesiástico español (1953-1993)*, Universidad de Almería, Servicio de Publicaciones, Almería, 1995, p. 255.

Il prof. Vázquez García-Peñuela ha coordinato con la prof.ssa Martín la pubblicazione di questo repertorio bibliografico che raccoglie in

quasi duemila schede quanto è stato pubblicato in tema di diritto ecclesiastico spagnolo a partire dal Concordato del 1953.

Con un criterio realista, gli autori offrono una visione assai completa del panorama ecclesiasticista spagnolo. Nel determinare quali lavori accogliere e quali escludere dalla selezione, gli autori fanno una scelta (escludendo alcuni lavori considerati minori, così come fanno con altri riguardanti il diritto ecclesiastico di altri paesi) che mette in rilievo la propria visione del diritto ecclesiastico, poiché a volte è difficile determinare se taluni lavori sono prettamente ecclesiasticisti o meno. Si tratta, secondo le parole degli stessi autori, di un *diritto di frontiera*, cosa che viene posta in risalto in modo particolare in ambiti come il sistema matrimoniale, l'obiezione di coscienza, i rapporti Chiesa-Stato...

La completezza dell'informazione raccolta è accompagnata anche dal felice ordine nella disposizione delle schede, che faciliterà senz'altro l'utilizzo del materiale raccolto. Lo stesso del resto è anche facilitato dagli scarsi rinvii interni che avrebbero recato una pesante machinosità a degli elenchi di per sé già lunghi.

Le schede sono state elaborate secondo due criteri: nella prima parte, secondo l'ordine alfabetico degli autori. Nella seconda parte, è stato seguito un criterio sistematico: si presentano in primo luogo le opere di carattere generale (corsi, repertori, atti di convegni, casi pratici...); poi, le opere che riguardano il con-

del diritto ecclesiastico spagnolo, come è stato messo in risalto non senza calore dal prof. I. C. Ibán nella Prefazione. Viste le pretese di una certa (anche se non esauriente, ovviamente) completezza, gli autori si sono dati in pratica appuntamento per ulteriori aggiornamenti a quest'apprezzabile rassegna.

Miguel Angel Ortiz

Antonio VITALE, *Corso di diritto ecclesiastico. Ordinamento giuridico ed interessi religiosi*, 8^a ed., ed. Giuffrè, Milano, 1996, p. XVI+479.

Nel recensire la settima edizione di questo fortunato *Corso* — in questa *Rivista*, 6 (1994), n. II, pp. 784-787 — segnalavo la sua sorprendente innovazione contenutistica rispetto alla precedente — su cui si può leggere la mia recensione, sempre su questa *Rivista*, 5 (1993), n. I, pp. 356-361 —, segno della metodica di ricerca fatta propria dall'Autore che volge sempre avanti lo sguardo investigativo, senza sentirsi in alcun modo legato ai risultati conseguiti nel passato (da cui anche l'assoluta assenza in tutti i lavori dell'A. di autoriferimenti a contributi in precedenza espressi). Non si sorprenda quindi il lettore se anche l'ottava edizione del *Corso* si presenta del tutto rinnovata rispetto alla settima: con un maggiore approfondimento critico delle varie problematiche per dar conto del quale, va subito detto, non si può

trascurare la diversa collocazione recentemente data all'insegnamento di diritto ecclesiastico nel piano di studi della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Napoli, ove l'Autore svolge la sua opera didattica da ormai più di un decennio. Il *Corso*, infatti, nato per rispondere alle esigenze di apprendimento degli studenti del 2° anno, col passaggio della disciplina all'ultimo anno del Corso di laurea si è in un certo senso giovato della maggiore maturità propria dei suoi principali interlocutori, ormai presumibili padroni di un orizzonte cognitivo più vasto, cosa che ha permesso all'A. di dare alla luce un volume più impegnativo e dai contenuti maggiormente elaborati.

Insomma, tranne l'impianto generale — che resta bipartito nello studio della disciplina del fenomeno religioso prima nella legalità costituzionale, poi in quella legislativa — ed eccettuati pochi capitoli o sezioni (principio di bilateralità, art. 8 1° co. Cost., lavoro dei religiosi, assistenza spirituale, insegnamento della religione cattolica nelle scuole pubbliche, beni culturali religiosi e trascrizione del matrimonio religioso), tutti gli altri temi hanno subito una marcata rielaborazione, giungendo talvolta l'A. addirittura a conclusioni sostanzialmente diverse da quelle in precedenza formulate.

Di ciò è esempio eloquente la diversa interpretazione accordata all'art. 8, 2° co. Cost., non più inteso semplicemente come norma con «un valore strumentale (che) non intende assolutamente conferire un

retto e il metodo del diritto ecclesiastico; di seguito, gli studi dei rapporti Chiesa-Stato in Spagna nelle diverse epoche storiche, nonché delle fonti del diritto ecclesiastico spagnolo (con dei riferimenti agli studi sul sistema delle fonti in genere, sul regime pattizio, la costituzione, le dichiarazioni internazionali, gli Accordi con la Santa Sede, la legislazione statale sulla libertà religiosa, gli accordi con altre confessioni, il diritto delle Comunità Autonome e altri accordi minori).

Dopo aver presentato i contributi riguardanti i principi informatori del diritto ecclesiastico spagnolo, sono stati elencati i lavori che hanno come oggetto i singoli campi di applicazione del diritto ecclesiastico: innanzi tutto, il concetto, i limiti e i contenuti del diritto di libertà religiosa e i mezzi per l'adeguata protezione; poi, la libertà d'insegnamento: gli studi riguardanti il diritto all'educazione e la libertà d'insegnamento, la libertà di cattedra e l'insegnamento della religione nei centri docenti, il regime giuridico dei docenti e lo statuto dei centri docenti non statuali. Di seguito, si sono occupati dei lavori relativi alla posizione dei diversi gruppi religiosi nel diritto spagnolo (innanzitutto, la posizione delle confessioni in genere; poi, quella della Chiesa cattolica e delle altre confessioni non cattoliche e di altri gruppi e movimenti religiosi).

Sono state presentate anche delle opere che studiano la posizione (la personalità giuridica ed il carattere proprio) delle entità delle confes-

sioni religiose, in modo particolare della Chiesa cattolica, con riferimento anche agli studi sul regime patrimoniale e il registro di dette entità. Due epigrafi si dedicano ai lavori sul finanziamento e il regime fiscale nonché al patrimonio storico delle confessioni. Un altro epigrafe viene dedicato all'assistenza religiosa a diversi gruppi di cittadini (nelle forze armate, negli ospedali e nei centri penitenziari). Di seguito sono stati presentati i lavori sui ministri di culto: lo statuto giuridico dei chierici e i religiosi, con riferimento al regime lavorativo e alle diverse peculiarità processuali (in modo particolare, il *privilegium fori*) e civili (matrimoniali, testamentari e riguardanti l'adozione).

Infine, gli ultimi due epigrafi raccolgono gli studi relativi a due degli ambiti più profusamente trattati dai cultori del diritto ecclesiastico: il sistema matrimoniale e l'obiezione di coscienza. Circa il sistema matrimoniale, oltre alle questioni generali (quelle costituzionali e giurisprudenziali e quelle che riguardano l'incidenza del divorzio nel sistema matrimoniale) e storiche, la rassegna si è soffermata sugli studi sull'efficacia delle risoluzioni dei tribunali ecclesiastici e sul matrimonio delle minoranze religiose. Le schede sui lavori riguardanti l'obiezione di coscienza sono state distribuite — oltre ad un epigrafe generico e altri sulla legislazione di altri paesi — intorno all'obiezione al servizio militare e all'aborto.

Si tratta insomma di un ottimo contributo al servizio degli studiosi

valore particolare agli statuti confessionali» (p. 119, 7^a ed.), bensì come principio di autonomia organizzativa che attribuisce alle regole confessionali una rilevanza sindacabile «solo se esse si pongono in contrasto con precisi valori di rango costituzionali» (p. 137, 8^a ed.).

La rimeditazione di tanti aspetti della normativa non ha, tuttavia, condotto l'A. a riconsiderare il proprio approccio epistemologico rispetto al Diritto Ecclesiastico; egli continua a rinunciare ad una valutazione della disciplina «come un *sotto-sistema* dotato di suoi principi e una sua logica» — che certo le garantirebbe «una dignità scientifica più sicura», — preferendo invece attenersi «ad uno statuto, per così dire, debole di questa disciplina, che almeno... consente di restare più aperti alle diverse esperienze internazionali» (p. 37; analoga apertura si ravvisa oggi anche in altri manuali: cfr. BOTTA R., *Manuale di diritto ecclesiastico. Valori religiosi e società civile*, Torino, 1994, e le osservazioni sul punto di MONETA P., *Dal « frammento » all'intero. Considerazioni su un recente manuale di diritto ecclesiastico*, in «Quaderni di diritto e politica ecclesiastica» 1995/2, pp. 419-424).

Tra le innovazioni si segnalano, comunque, la più approfondita trattazione del *principio di laicità* dello Stato, al quale ora si dedica un'autonoma sezione (pp. 41-54; pagine in cui l'A. sembra essersi giovato delle riflessioni svolte in un recente Convegno sul tema tenutosi a Napoli, i cui Atti possono

ora leggersi in *Il principio di laicità nello Stato democratico*, a cura e con introduzione di M. Tedeschi, Catanzaro, 1996), e, finalmente, la più articolata ed organica considerazione della *libertà religiosa* (pp. 55-92; per la quale non è da escludere l'influenza delle impostazioni suggerite nel corso dell'ultimo Congresso internazionale di diritto canonico in merito, cui l'A., sempre attento ai dibattiti dottrinali in corso, ha partecipato).

Ma nel volume la dovuta considerazione è data non solo — come ho appena accennato — alle più recenti discussioni scientifiche, bensì anche agli ultimi sviluppi giurisprudenziali e legislativi, quali, ad es., la sent. 440 del 18 ottobre 1995 sul reato di bestemmia (pp. 465-475) e la legge n. 218 del 31 maggio 1995, contenente una vasta riforma del sistema italiano del diritto internazionale privato; all'impatto di essa su importanti temi, tradizionalmente oggetto di studio della disciplina — come il riconoscimento in Italia delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale (pp. 440-458) e l'ambito di giurisdizione del giudice italiano rispetto al giudice ecclesiastico in ordine, ad esempio, alle controversie sulla remunerazione del clero (pp. 430-432) e sulla validità del cd. matrimonio concordatario (pp. 433-438) — l'A. dedica acute riflessioni, tra le primissime espresse dalla dottrina ecclesiasticistica sul tema.

In una precedente recensione avevo, infine, rilevato la carenza di riferimenti tanto alla ricca produzione normativa in materia religiosa

recentemente avutasi in campo internazionale, quanto all'evoluzione storica dei rapporti tra ordinamenti politici e confessioni religiose. Con soddisfazione registro l'introduzione di ampie riflessioni sul significato della proclamazione in sede sovranazionale del diritto di libertà religiosa e sull'evoluzione storica dei rapporti religione-diritto nelle varie culture politico-giuridiche succedutesi; né mancano, inoltre, per la prima volta in senso più marcato, preziosi riferimenti comparatistici ad esperienze giuridiche di altri Paesi (come, ad esempio, il caso *Rushdie*: p. 214 s.).

Pertanto, pur riconoscendo di non avere l'autorevolezza per lanciarsi in giudizi di valore, chi scrive ritiene, nondimeno, di poter affermare che la presente, tra tutte le edizioni del *Corso*, è la più riuscita, tanto per le soluzioni interpretative proposte quanto per l'ottimale sistematizzazione dell'ampia e diversificata materia: meritevole dunque di speciale attenzione da parte di chiunque intenda approfondire il Diritto Ecclesiastico o semplicemente accostarsi allo studio di esso.

Luigi Del Giudice

Documenti

Pagina bianca

ATTI DELLA SANTA SEDE

CONGREGAZIONE PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, **Regolamento per l'esame delle dottrine**, 29 giugno 1997 (L'osservatore Romano, 30 agosto 1997) (*).

Art. 1. — La Congregazione per la Dottrina della Fede ha il compito di promuovere e di tutelare la dottrina sulla fede ed i costumi in tutto l'orbe cattolico⁽¹⁾. Nel perseguire questo scopo essa rende un servizio alla verità, salvaguardando il diritto del Popolo di Dio di ricevere il messaggio del Vangelo nella sua purezza e nella sua integralità. Pertanto, perché la fede ed i costumi non subiscano danno a causa di errori comunque divulgati, essa ha anche il dovere di esaminare gli scritti e le opinioni che appaiono contrari alla retta fede o pericolosi⁽²⁾.

Art. 2. — Questa fondamentale preoccupazione pastorale, d'altra parte, concerne tutti i Pastori della Chiesa, i quali hanno il dovere ed il diritto di vigilare, sia singolarmente, sia riuniti nei Concili particolari o nelle Conferenze Episcopali, perché non si arrechi danno alla fede e ai costumi dei fedeli affidati alla loro cura⁽³⁾. A tale scopo essi possono servirsi anche delle Commissioni Dottrinali, che costituiscono un organo consultivo istituzionalizzato di aiuto alle medesime Conferenze Episcopali ed ai singoli Vescovi, nella loro sollecitudine per la dottrina della fede⁽⁴⁾. Resta comunque fermo il principio che la Santa Sede può sempre intervenire, e di norma interviene quando l'influsso di una pubblicazione oltrepassa i confini di una Conferenza Episcopale, ovvero quando il pericolo per la fede riveste particolare gravità⁽⁵⁾. In tale caso, la Congregazione per la Dottrina della Fede si attiene alla seguente procedura:

(*) Vedi *nota* di D. Cito alla fine del documento.

(1) Cf. Cost. Ap. *Pastor bonus*, art. 48: AAS 80 (1988) 873.

(2) Cf. *Ibid.*, art. 51, 2° e Regolamento proprio della Congregazione per la Dottrina della Fede, art. 4 b).

(3) Cf. CJC, can. 823 §§ 1-2; CCEO, can. 652 § 2.

(4) Cf. CONGREGAZIONE PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, Lettera sulle Commissioni Dottrinali, 23 novembre 1990, n. 3.

(5) Cf. Cost. Ap. *Pastor bonus*, art. 48: AAS 80 (1988) 873.

I. *Esame preliminare*

Art. 3. — Gli scritti o dottrine segnalate, comunque divulgate, sono fatti oggetto di attenzione da parte dell'Ufficio competente, il quale li sottopone all'esame del Congresso. Dopo una prima valutazione della gravità della questione il Congresso decide se si debba intraprendere o meno uno studio d'Ufficio.

II. *Studio d'ufficio*

Art. 4. — Lo scritto, accertata la sua autenticità, viene sottoposto ad un accurato esame, con la collaborazione di uno o più Consultori o altri esperti in materia⁽⁶⁾.

Art. 5. — Il risultato dell'esame è presentato al Congresso, il quale decide se esso sia sufficiente per intervenire presso le Autorità locali, oppure se si debba approfondire l'esame secondo le altre due modalità previste: esame ordinario o esame con procedura urgente⁽⁷⁾.

Art. 6. — I criteri per tale decisione si riferiscono agli eventuali errori riscontrati, tenendo conto della loro evidenza, gravità, diffusione, influsso e pericolo di danno sui fedeli.

Art. 7. — Il Congresso, qualora abbia giudicato sufficiente lo studio effettuato, può affidare direttamente il caso all'Ordinario⁽⁸⁾ e per suo tramite far conoscere all'Autore i problemi dottrinali presenti nel suo scritto. In questo caso l'Ordinario è invitato ad approfondire la questione e a chiedere all'Autore di fornire i necessari chiarimenti, da sottoporre successivamente al giudizio della Congregazione.

III. *Esame con procedura ordinaria*

Art. 8. — L'esame ordinario si adotta quando uno scritto sembra contenere errori dottrinali gravi, la cui identificazione richiede attento discernimento e il suo eventuale influsso negativo sui fedeli non sembra rivestire particolare urgenza. Esso si articola in due fasi: la fase interna costituita dalla investigazione previa svolta nella sede della Congregazione⁽⁹⁾, e la fase esterna che prevede la contestazione e il dialogo con l'Autore⁽¹⁰⁾.

(6) Cf. Regolamento proprio della Congregazione per la Dottrina della Fede, art. 74.

(7) Cf. *Ibid.*, art. 66 § 2.

(8) Cf. CJC, cann. 134 §§ 1 e 2; 295 § 1; CCEO, can. 984 §§ 1-3.

(9) Cf. nn. 8-15.

(10) Cf. nn. 16-22.

Art. 9. — Il Congresso designa due o più esperti che esaminano gli scritti in questione, esprimono il proprio parere e valutano se il testo è conforme alla dottrina della Chiesa.

Art. 10. — Lo stesso Congresso nomina il «*relator pro auctore*», che ha il compito di mostrare con spirito di verità gli aspetti positivi della dottrina e i pregi dell'Autore, di cooperare all'interpretazione genuina del suo pensiero nel contesto teologico generale e di esprimere un giudizio riguardo all'influsso delle opinioni dell'Autore. A tale scopo egli ha diritto di prendere in esame tutti gli atti riguardanti il caso.

Art. 11. — La relazione dell'Ufficio, nella quale sono contenute tutte le notizie utili per l'esame del caso — compresi i precedenti —, i pareri degli esperti e la presentazione del «*relator pro auctore*», viene distribuita alla Consulta.

Art. 12. — Alla Consulta possono essere invitati, oltre ai Consultori, al «*relator pro auctore*» e all'Ordinario dello stesso, il quale non può farsi sostituire ed è vincolato al segreto, anche gli esperti che hanno preparato i pareri⁽¹¹⁾. La discussione ha inizio con l'esposizione del «*relator pro auctore*», che fa una presentazione complessiva del caso. Dopo di lui, l'Ordinario dell'Autore, gli esperti e ogni Consultore esprimono, a voce e per iscritto, il proprio parere sul contenuto del testo esaminato. Il «*relator pro auctore*» e gli esperti possono rispondere alle eventuali osservazioni e offrire dei chiarimenti.

Art. 13. — Finita la discussione, i soli Consultori rimangono in aula per la votazione generale sull'esito dell'esame, allo scopo di determinare se nel testo si riscontrano errori dottrinali, oppure opinioni pericolose, specificandole in concreto alla luce delle diverse categorie di proposizioni di verità contenute nella *Professio fidei*⁽¹²⁾.

Art. 14. — Tutta la pendenza con il verbale della discussione, la votazione generale e i voti dei Consultori è sottoposta all'esame della Sessione Ordinaria della Congregazione che decide se si deve procedere ad una contestazione all'Autore e in caso affermativo su quali punti.

Art. 15. — Le decisioni della Sessione Ordinaria sono sottoposte alla considerazione del Sommo Pontefice⁽¹³⁾.

(11) Cf. Cost. Ap. Pastor Bonus, art. 12: AAS 80 (1988) 855.

(12) Cf. AAS 81 (1989) 104 s.

(13) Cf. Regolamento proprio della Congregazione per la Dottrina della Fede, art. 16 § 2 e art. 77.

Art. 16. — Se nella fase precedente è stato deciso di procedere ad una contestazione, se ne informa l'Ordinario dell'Autore o gli Ordinari interessati, nonché i competenti Dicasteri della Santa Sede.

Art. 17. — L'elenco delle proposizioni erronee o pericolose da contestare, corredato da una motivata argomentazione e dalla documentazione necessaria per la difesa «*reticito nomine*», è comunicato, tramite l'Ordinario, all'Autore e ad un suo Consigliere, che egli ha diritto di indicare, con il benestare dello stesso Ordinario, perché lo assista. L'Autore deve presentare per iscritto, entro tre mesi utili, la sua risposta. È opportuno che l'Ordinario insieme alla risposta scritta dell'Autore faccia pervenire alla Congregazione un proprio parere.

Art. 18. — È prevista anche la possibilità di un incontro personale dell'Autore, assistito dal suo Consigliere, che prende parte attiva al colloquio, con alcuni delegati della Congregazione. In questa eventualità i delegati della Congregazione, nominati dal Congresso, devono redigere un verbale del colloquio e firmarlo insieme all'Autore e al suo Consigliere.

Art. 19. — Nel caso che l'Autore non invii la risposta scritta, sempre richiesta, la Sessione Ordinaria prende le opportune decisioni.

Art. 20. — Il Congresso esamina la risposta scritta dell'Autore, nonché il verbale dell'eventuale colloquio. Se da essi risultassero elementi dottrinali veramente nuovi, che richiedano una valutazione approfondita, decide se la questione debba essere ripresentata alla Consulta, la quale potrebbe essere allargata con l'inserimento di altri esperti, compreso anche il Consigliere dell'autore, nominato a norma dell'art. 17. In caso contrario la risposta scritta e il verbale del colloquio vengono sottoposti direttamente al giudizio della Sessione Ordinaria.

Art. 21. — Se la Sessione Ordinaria ritiene che la questione sia stata risolta in maniera positiva, e la risposta è sufficiente, non si procede ulteriormente. In caso contrario, si prendono le misure adeguate, anche per il bene dei fedeli. Inoltre la Sessione Ordinaria decide se e come deve essere pubblicato l'esito dell'esame.

Art. 22. — Le decisioni della Sessione Ordinaria sono sottoposte all'approvazione del Sommo Pontefice e quindi comunicate all'Ordinario dell'Autore, alla Conferenza Episcopale e ai Dicasteri interessati.

IV. *Esame con procedura urgente*

Art. 23. — L'esame con procedura urgente si adotta quando lo scritto è chiaramente e sicuramente erroneo e allo stesso tempo dalla sua divulgazione potrebbe derivare o già ne deriva un danno grave ai

fedeli. In questo caso vengono informati subito l'Ordinario o gli Ordinari interessati, nonché i competenti Dicasteri della Santa Sede.

Art. 24. — Il Congresso nomina una Commissione con lo speciale incarico di determinare quanto prima le proposizioni errate e pericolose.

Art. 25. — Le proposizioni individuate dalla Commissione, insieme alla relativa documentazione, sono sottoposte alla Sessione Ordinaria, la quale darà priorità all'esame della questione.

Art. 26. — Le suddette proposizioni, qualora siano giudicate dalla Sessione Ordinaria effettivamente erronee e pericolose, dopo l'approvazione del Santo Padre sono trasmesse all'Autore, tramite l'Ordinario, con l'invito a correggerle entro due mesi utili.

Art. 27. — Qualora l'Ordinario, sentito l'Autore, ritenesse necessario chiedergli anche una spiegazione scritta, essa deve essere trasmessa alla Congregazione, accompagnata dal parere dell'Ordinario stesso. Tale spiegazione viene successivamente presentata alla Sessione Ordinaria per le opportune decisioni.

V. *Provvedimenti*

Art. 28. — Qualora l'autore non abbia corretto in modo soddisfacente e con pubblicità adeguata gli errori segnalati, e la Sessione Ordinaria sia giunta alla conclusione che è incorso nel delitto di eresia, apostasia o scisma⁽¹⁴⁾, la Congregazione procede a dichiarare le pene *latae sententiae* incorse⁽¹⁵⁾; contro tale dichiarazione non è ammesso ricorso.

Art. 29. — Se la Sessione Ordinaria accerta l'esistenza di errori dottrinali che non prevedono pene *latae sententiae*⁽¹⁶⁾, la Congregazione procede a norma del diritto sia universale⁽¹⁷⁾, sia proprio⁽¹⁸⁾.

Il Sommo Pontefice Giovanni Paolo II, nell'Udienza concessa al sottoscritto Cardinale Prefetto il 30 maggio 1997, ha dato la sua approvazione al presente Regolamento, deciso nella Sessione Ordinaria di questa Congregazione, approvando insieme in forma specifica gli art. 28-29, contrariis quibuslibet non obstantibus, e ne ha ordinato la pubblicazione.

(14) Cf. CJC, can. 751.

(15) Cf. CJC, can. 1364 § 1; CCEO, cann. 1436 § 1 e 1437.

(16) Cf. CJC, can. 752; CCEO, can. 599.

(17) Cf. CJC, can. 1371 n. 1; CCEO, can. 1436 § 2.

(18) Cf. Cost. Ap. Pastor Bonus, art. 52: AAS 80 (1988) 874.

Roma, dalla Sede della Congregazione per la Dottrina della Fede, 29 giugno 1997, Solennità dei SS. Apostoli Pietro e Paolo.

Joseph Card. Ratzinger
Prefetto

Tarcisio Bertone
Arcivescovo emerito di Vercelli,
Segretario

Regolamento per l'esame delle dottrine (29 agosto 1997).

A poco più di venticinque anni di distanza⁽¹⁾, la Congregazione per la dottrina della fede ha provveduto ad emanare il presente «Regolamento per l'esame delle dottrine», pubblicato sull'Osservatore Romano del 30 agosto 1997⁽²⁾, il quale, sulla base dell'esperienza acquisita nel trascorso del tempo, ha introdotto alcuni elementi innovativi che rendessero più adeguato questo delicato procedimento, pur lasciandone sostanzialmente inalterato l'impianto di fondo.

Prima di passare ad una sintetica analisi del «Regolamento», pare tuttavia necessario premettere alcune brevissime considerazioni allo scopo di evidenziare le peculiarità intrinseche alla natura di questa procedura, il cui oggetto è il contenuto della Parola di Dio, e che giustifichino la presenza di alcune caratteristiche (si pensi ad esempio alla non ricorribilità del ricorso emanato ai sensi dell'art. 28) che risulterebbero anomale in altri ambiti del diritto canonico.

In effetti la procedura per l'esame delle dottrine esula dal paradigma del contraddittorio processuale né può essere intesa come conflitto tra la libertà di opinione del fedele e l'autorità magisteriale, ma va collocata nell'ambito della tutela dell'identità della Parola di Dio al cui servizio, sia pure con ruoli e posizioni giuridiche differenziate è deputato ogni membro del Popolo di Dio, fedele o pastore che sia⁽³⁾. Non si tratta quindi di porsi nell'ottica della difesa di interessi contrapposti, che solo in modo pretestuoso potrebbero essere individuati, ma piuttosto

(1) La precedente «Ratio agendi in doctrinarum examine» era del 15 gennaio 1971, in AAS 63 (1971) 234-236. Per un approfondito commento del documento cf. C. DE DIEGO-LORA, *Procedimientos para el examen y juicio de las doctrinas*, in *Ius Canonicum*, 14 (1974) 149-202.

(2) Il Regolamento è uscito accompagnato da due commenti: uno di carattere teologico a cura di G. COTTIER ed uno canonistico di V. DE PAOLIS.

(3) Sui rapporti tra Magistero e teologia cf. CONGREGAZIONE PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, istr. *Donum Veritatis*, sulla vocazione ecclesiale del teologo, in AAS 82 (1990) 1550-1570.

sto dell'esercizio di un aspetto fondamentale di tale servizio alla Parola, che i pastori devono svolgere secondo la missione ricevuta dal Signore (cf. LG, 24).

In tale contesto ben si spiega la premessa al documento, che si ricava dai suoi primi due articoli, in cui vengono richiamati i parametri dottrinali entro cui si iscrivono le norme giuridiche. Essi possono essere sinteticamente ripresi nella salvaguardia del «diritto del Popolo di Dio di ricevere il messaggio del Vangelo nella sua purezza e nella sua integralità»⁽⁴⁾ e nel conseguente dovere e diritto di tutti i Pastori della Chiesa di vigilare affinché «non si arrechi danno alla fede e ai costumi dei fedeli affidati alla loro cura». Questo diritto-dovere di vigilanza, che si può manifestare in molteplici e differenti attività, a seconda del tipo e della gravità delle azioni che possono recare danno o mettere in pericolo la fede e i costumi dei fedeli, riveste particolare importanza qualora tali azioni provengano da fedeli che possiedono una posizione di autorevolezza morale o ministeriale, e ancor più se ricoprono incarichi pubblici di insegnamento teologico cattolico⁽⁵⁾. In questo caso, infatti, non soltanto la ripercussione delle opinioni contrarie alla fede è particolarmente perniciosa, perché si avvale della posizione ricoperta dall'autore, ma si tratta anche di tutelare lo stesso fedele che divulga tali opinioni affinché receda da esse.

Gli artt. 1 e 2 del «Regolamento», nel ribadire che questo diritto-dovere concerne tutti i pastori della Chiesa, illustra inoltre la posizione assunta in quest'ambito dalla Congregazione per la dottrina della fede⁽⁶⁾, che si può iscrivere in una posizione sia sussidiaria che autonoma nei confronti dei pastori locali⁽⁷⁾. Ciò può dipendere da diversi fattori, tra i quali vengono indicati l'influsso della pubblicazione che oltrepassa i confini di una Conferenza episcopale o la particolare gravità. Tuttavia non sono fattori esclusivi dal momento che «la Santa Sede può

(4) Sull'autenticità ed integrità della Parola come caratteristica intrinseca di questo diritto cf. C.J. ERRÁZURIZ M., *Il «munus docendi Ecclesiae»: diritti e doveri dei fedeli*, Milano 1991, 35-39.

(5) Tali incarichi prevedono l'emissione della «Professione di fede» e la prestazione di un «Giuramento di fedeltà» giacché sono svolti «nomine Ecclesiae». Cf. sull'argomento D. CITO, *Professione di fede e giuramento di fedeltà*, in *La funzione di insegnare della Chiesa*, «Quaderni della Mendola», 1, Milano 1994, 119-132.

(6) Per quanto attiene alla funzione magisteriale della Congregazione per la dottrina della fede si veda V. DE PAOLIS, *La collocazione della Congregazione per la dottrina della fede nella Curia romana e la «Ratio agendi» per l'esame delle dottrine*, in *Periodica* 86 (1997) 571-613.

(7) Sui rapporti di collaborazione della funzione episcopale nel contesto del vincolo di collegialità e nella *communio ecclesiarum* cf. J.I. ARRIETA, *Diritto dell'organizzazione ecclesiastica*, Milano 1997, 79-83.

sempre intervenire» senza che ciò costituisca un esautoramento o sovrapposizione alla potestà dei singoli Vescovi.

L'assoluta preminenza del diritto di ricevere la Parola di Dio nella sua integralità su altre considerazioni, giustifica peraltro che l'attivazione di questo procedimento da parte della Congregazione possa avvenire senza la richiesta da parte dei Vescovi locali ma anche a motivo di una inadempienza nel concreto esercizio del loro dovere di vigilanza. D'altronde va sottolineato, ed è questo un aspetto innovativo nei confronti dell'antecedente disciplina, che il coinvolgimento del Vescovo locale lungo tutta la procedura è senz'altro maggiore che in precedenza, manifestando la volontà della Congregazione di operare in stretta collaborazione con l'Ordinario dell'autore.

Oggetto di esame da parte della Congregazione sono principalmente gli scritti (art. 3) senza tuttavia escludere altri strumenti di diffusione in cui si rifletta in modo autentico il pensiero dell'autore⁽⁸⁾.

La procedura ha inizio con un esame preliminare svolto dal Congresso della Congregazione⁽⁹⁾ cui l'Ufficio competente trasmette le segnalazioni ricevute⁽¹⁰⁾. L'esame in questione ha lo scopo di emettere una prima importante decisione, vale a dire se, valutata la gravità della questione, «si debba intraprendere o meno uno studio d'Ufficio».

Si tratta di una valutazione di tipo prudenziale, che risulta particolarmente necessaria tenuto conto dell'enorme quantità di scritti o di altro materiale di diffusione dottrinale attualmente esistente. Affinché tale valutazione sia ponderata è necessario che le segnalazioni siano il più possibile obiettive e complete.

Espletato l'esame preliminare, si può procedere allo studio d'ufficio (artt. 4-7) che, come la fase precedente, si caratterizza per il fatto

⁽⁸⁾ La precedente «Ratio agendi» indicava come oggetto di esame «Libri aliaque scripta typis edita vel sermones habiti». Senza voler scendere a tipologie interminabili e tenuto conto che l'attuale regolamento prevede l'intervento nei confronti di «errori comunque divulgati» (art. 1) e «dottrine segnalate, comunque divulgate» (art. 3), oggetto di esame può essere qualunque mezzo di divulgazione, e non solo i libri, in cui possa essere documentato in modo autentico l'opinione dell'autore.

⁽⁹⁾ Il Congresso è composto dal «Capo dicastero, il Prelato Superiore, il Sottosegretario, i Capi Ufficio e, a giudizio del Capo Dicastero, gli Aiutanti di studio e altri Officiali» (Cf. *Regolamento Generale della Curia Romana*, art. 102). Nella Congregazione per la dottrina della fede va aggiunto il Promotore di Giustizia nelle cause di sua competenza.

⁽¹⁰⁾ Le segnalazioni possono provenire da fonti diverse tra le quali hanno un ruolo rilevante i Rappresentanti Pontifici che, come stabilisce il m.p. di PAOLO VI *Sollicitudo omnium Ecclesiarum*, del 24 giugno 1969, V, 1 hanno «come funzione ordinaria di tener regolarmente e obiettivamente informata la Sede Apostolica circa le condizioni delle Chiese presso le quali sono stati inviati, e circa quanto può avere riflesso sulla vita della Chiesa e sul bene delle anime».

di essere ancora una fase introduttiva, svolta dal Congresso della Congregazione che si avvale di uno o più consultori od altri esperti, al fine di stabilire se sia sufficiente, per risolvere la questione, un'azione presso le autorità locali che, d'intesa con la Congregazione, richiedano all'autore i necessari chiarimenti (artt. 5 e 7), oppure se vada approfondito l'esame attraverso la procedura ordinaria o quella urgente (art. 5).

L'art. 6 specifica gli elementi in base ai quali si deve orientare la decisione del Congresso; va comunque sottolineato che, qualora non venisse risolta la questione con l'intervento delle autorità locali, non resterebbe conclusa in seguito l'adozione dell'esame con procedura ordinaria od urgente.

Se pare necessario approfondire l'esame delle dottrine, possono essere seguite due strade: la procedura ordinaria (artt. 8-22) o la procedura urgente (artt. 23-27). Non sono due strade equivalenti giacché poggiano su premesse differenti come si evince rispettivamente dagli artt. 8 e 23. La prima, infatti, presuppone «errori dottrinali gravi, la cui identificazione richiede attento discernimento e il suo eventuale influsso negativo sui fedeli non sembra rivestire particolare urgenza», mentre la seconda comporta che «lo scritto è chiaramente e sicuramente erroneo e allo stesso tempo dalla sua divulgazione potrebbe derivare o già ne deriva un danno grave ai fedeli». Come si vede vanno contemporaneamente tenuti in conto sia gli elementi interni allo scritto che il suo attuale o probabile influsso.

La procedura ordinaria viene descritta particolareggiatamente nei 15 articoli ad essa dedicati nella parte III del «Regolamento». In questa sede possono essere succintamente richiamati i suoi momenti più significativi. Innanzitutto sono previste due fasi: una interna alla Congregazione e l'altra di dialogo con l'autore.

La fase interna prevede l'intervento di tre distinti organismi, il Congresso, la Consulta e la Sessione Ordinaria. Il Congresso designa due o più esperti (art. 9) nonché un «relator pro auctore» (art. 10) al fine di giungere alla genuina interpretazione del pensiero dell'autore ed alla sua conformità con la dottrina della Chiesa. Successivamente, il materiale così elaborato, viene distribuito alla Consulta (art. 11) in cui, oltre ai consultori, al «relator pro auctore» e all'Ordinario dell'autore, che deve essere personalmente presente, possono prendervi parte, se invitati, gli esperti che hanno redatto i pareri (art. 12). Dopo la discussione si procede alla votazione, presenti in aula i soli consultori (art. 13).

La fase interna si conclude con la decisione della Sessione Ordinaria, cui viene trasmesso tutto il materiale precedente, se procedere o meno ad una contestazione all'autore (art. 14). Vi è anche un intervento del Sommo Pontefice alla cui considerazione sono sottoposte le decisioni della Sessione Ordinaria (art. 15).

Qualora la fase interna si sia conclusa con la decisione di procedere ad una contestazione all'autore, ha inizio la seconda fase, che innanzitutto prevede un'informazione all'Ordinario dell'autore o agli Ordinari

interessati e ai competenti Dicasteri della Santa Sede (art. 16). In seguito si invita l'autore, assistito da un suo consigliere che può nominare con il benestare dell'Ordinario, a fornire una risposta, entro tre mesi, alla contestazioni ricevute (art. 17). Può aver luogo anche un incontro personale dell'autore con alcuni delegati della Congregazione (art. 18). Di fronte al diniego dell'autore di fornire risposta scritta la Sessione Ordinaria può procedere oltre (art. 19). La risposta dell'autore viene esaminata dal Congresso che potrebbe nuovamente riproporre alla Consulta l'esame della questione in presenza di «elementi dottrinali veramente nuovi, che richiedano una valutazione approfondita» (art. 20). Diversamente si passa al giudizio della Sessione Ordinaria, le cui decisioni (artt. 21-22) sono sottoposte all'approvazione del Sommo Pontefice.

Se l'esame viene svolto con procedura urgente, il Congresso della Congregazione, dopo aver informato l'Ordinario o gli Ordinari interessati e i competenti Dicasteri della Santa Sede, nomina una Commissione chiamata a redigere quanto prima le proposizioni errate o pericolose da sottoporre alla Sessione Ordinaria (artt. 24-25). Dopo l'approvazione del Santo Padre le proposizioni sono trasmesse all'autore che è invitato a correggerle entro due mesi (art. 26).

Gli ultimi due articoli del «Regolamento» sono dedicati ai provvedimenti che la Sessione Ordinaria adotta se «l'autore non abbia corretto in modo soddisfacente e con pubblicità adeguata gli errori segnalati», sia nel caso della procedura ordinaria che in quella urgente. Nel caso di eresia, apostasia e scisma la pena prevista è la scomunica *latae sententiae*; negli altri casi una giusta o congrua pena. La dichiarazione della scomunica non ammette ricorso (art. 28), mentre non viene detto nulla al riguardo nel caso di inflizione di altre pene (art. 29).

Certamente la norma prevista dall'art. 28 potrebbe apparire una modifica *in peius* rispetto alla «Ratio agendi» nel 1971 che non escludeva la possibilità del ricorso⁽¹¹⁾, tuttavia ritengo che occorra una valutazione complessiva di tutto l'*iter* della procedura per scorgere che non si tratta in alcun modo di una riduzione del diritto di difesa dei fedeli sottoposti a questo esame. Infatti, come si evince dal suo svolgimento, affinché venga dichiarata la pena della scomunica, che peraltro è una pena obbligatoria nel caso di eresia, apostasia o scisma, occorre un ripetuto atteggiamento di rifiuto dell'autore a correggere i propri errori. Inoltre, richiamando quanto detto all'inizio di questa breve nota, va considerato il peculiare og-

(11) A questo proposito non pare del tutto convincente una parte dell'argomentazione del DE PAOLIS, *La collocazione...*, 611, laddove si afferma che «si tratta della dichiarazione di una pena già incorsa». Ciò vale per i fedeli di rito latino e non per quelli di rito orientale il cui diritto non prevede le pene *latae sententiae*, ed è senz'altro da escludere che vengano per loro introdotte in questo caso dal momento che il «Regolamento» richiama esplicitamente i cann. 1436 § 1 e 1437 CCEO.

getto di questa procedura, ossia il contenuto della Parola di Dio, al cui servizio la Congregazione per la dottrina della fede svolge un ruolo magisteriale unico nel suo genere tra gli altri organismi della Santa Sede, in stretta unione con il Sommo Pontefice, nel conservare l'integrità del messaggio del Vangelo. Peraltro la stretta connessione esistente tra l'errore dottrinale che non sia stato corretto e la conseguente sanzione canonica, farebbe risultare un po' artificioso il voler separare l'aspetto magisteriale, ossia l'accertamento di eresia apostasia o scisma, che certamente non è ricorribile, da quello più propriamente giurisdizionale, l'inflizione della scomunica, ipoteticamente ricorribile.

In sostanza, quindi, si tratta di una misura molto comprensibile anche per evitare pretestuose dilazioni che toccherebbero in realtà un aspetto molto marginale del problema, ossia la sanzione, evitando invece il nocciolo della questione che è quello di mantenere perveracamente una posizione dottrinale incompatibile con la verità rivelata.

Volendo trarre ora qualche breve considerazione conclusiva, occorre affermare che il presente *Regolamento* costituisce un'ulteriore testimonianza di quanto stabilito nel can. 1341 CIC che presenta la sanzione canonica come *ultima ratio* dopo aver esperito inutilmente tutte le altre vie dettate dalla sollecitudine pastorale. Va inoltre sottolineata l'estrema prudenza con cui viene svolta l'indagine sulle eventuali opinioni erronee, attraverso diverse fasi il cui svolgimento, all'interno della Congregazione, evitano che si metta in pericolo la buona fama di un fedele prima che vi sia un'accertata erroneità delle sue opinioni e della loro diffusione. Non solo, ma è previsto che in ogni fase della procedura si possa rivedere qualunque decisione non appena si scorgano elementi a favore dell'autore, che può intervenire per iscritto o di persona assistito da un suo consigliere. Infine la maggiore partecipazione dell'Ordinario dell'autore manifesta la responsabilità di tutti i Pastori nei confronti del servizio alla verità per il bene dei fedeli affidati alla loro sollecitudine.

Davide Cito

CONGREGAZIONE PER I VESCOVI - CONGREGAZIONE PER L'EVANGELIZZAZIONE DEI POPOLI, **Istruzione sui Sinodi diocesani**, 19 marzo 1997 (AAS 89 (1997), p. 707-727) (*).

INSTRUCTIO

De Synodis diocesanis agendis

PROOEMIUM

In Constitutione Apostolica, cuius inscriptio *Sacrae disciplinae leges*, qua vigens nunc «Codex Iuris Canonici» est editus, a Summo Pontifice Ioanne Paulo II inter praecipua elementa, quae secundum Concilium Vaticanum II veram germanamque Ecclesiae imaginem describunt, reponitur «doctrina qua Ecclesia ut Populus Dei et auctoritas hierarchica uti servitium proponitur; doctrina praeterea quae Ecclesiam uti communionem ostendit ac proinde mutuas statuit necessitudines quae inter Ecclesiam particularem et universalem, atque inter collegialitatem ac primatum intercedere debent; item doctrina qua omnia membra Populi Dei, modo sibi proprio, triplex Christi munus participant, sacerdotale scilicet propheticum atque regale»⁽¹⁾.

Officium suum fidelitatis erga Concilii magisterium exsecutus, renovata facie induit Codex Iuris Canonici ipsam translaticiam synodi dioecesanæ institutionem, in quam varias ob causas confluerunt ecclesiasticae iam superius memoratae doctrinae. Licet enim in canonibus 460-468 normas iuridicas reperire ex quibus consessus hic ecclesialis est celebrandus.

Nuper, potissimum post Codicem Iuris Canonici evulgatum, magis ac magis increbruerunt Ecclesiae particulares, quae celebraverunt vel sunt celebraturae dioecesanam synodum, quippe quae magni ponderis habeatur instrumentum ad conciliarem renovationem obtinendam. Peculiaris mentio est facienda de II Pastoralis Synodo Romanae dioecesis, quae ad exitum perducta est anno 1993 in sollemnitate Pentecostes, et ipsa Summo Pontifici Ioanni Paulo II copiam dedit perutilem doctrinam proferendi. Praeterea novissimis decenniis aliae formae significatae sunt, quibus dioecesana communio ostenderetur, quae interdum velut «dioecesanæ congressiones» sunt vulgatae, in quibus, quamvis quaedam habeant communia cum synodis, certa desideratur canonica forma.

Peropportunum igitur visum est de dioecesana synodo canonicae legis praecepta declarare atque evolvere et rationes in eadem exse-

(*) Vedi *nota* di J. Gonzalez-Ayesta alla fine del documento.

(1) Constitutio Apostolica *Sacrae disciplinae leges*, 25 Ianuarii 1983 (AAS 75 [1983], vol. II, pp. VII-XIV).

quenda servandas determinare⁽²⁾, firmiter tamen iis valentibus quae Codex Iuris Canonici statuit. Praecipuum hoc votum est ut etiam «congressiones dioecesanæ» aliaque consessiones, quatenus suo proposito constitutioneque similes synodo sunt, suum locum in disciplinae canonicae alveo reperiant, si quidem canonicae prescriptiones recipiuntur et haec Instructio, ut efficaciter Ecclesiae particularis regimen in tuto collocent.

Ad utilitatem quae adferri potest ad synodum dioecesanam praeparandam, agglutinatur huic Instructio Additamentum, demonstrandi tantummodo causa, ubi potiores materiae recensentur, quas Codex Iuris Canonici ad dioecesanæ regulas destinat.

Quapropter tum Congregatio pro Episcopis tum Congregatio pro Gentium Evangelizatione, quibus nomine Summi Pontificis auctoritas est in episcopalis muneris perfunctionem intra Ecclesiam Latinam⁽³⁾, universis Ecclesiae Latinae Episcopis hanc praebent Instructionem. Hoc quidem pacto simul respondere petitionibus cupiunt multorum Episcoporum, qui adiumentum fraternum quaerunt in synodi dioecesanis celebrandis, simul aliquid conferre ad quaedam vitia atque inconsequentia sananda quae nonnumquam inventa sunt.

I

INTRODUCTIO DE SYNODI DIOECESANAE INDOLE ET FINE

Finitur in canone 460 dioecesanæ synodus tamquam «coetus delectorum sacerdotum aliorumque christifidelium Ecclesiae particularis, qui in bonum totius communitatis dioecesanæ Episcopo dioecesano adiutricem operam praestant».

1. Synodi finis est opem Episcopo ferre dum proprio ille fungitur munere et opera moderandi christianam communitatem.

Eiusmodi propositum circumscribit peculiarem partem quae in synodo sacerdotibus est assignanda, quandoquidem illi sunt «ordinis Episcopalis providi cooperatores eiusque adiutorium et organum, ad Populum Dei inserviendum vocati»⁽⁴⁾. Opportunitatem vero Episcopo synodus exhibet etiam vocandi secum ad operam adiutricem una cum sacerdotibus etiam aliquot homines laicatus et ex familiis religiosis, velut

(2) Cfr. can. 34 § 1.

(3) Cfr. Constitutio Apostolica *Pastor Bonus*, 28 Iunii 1988 (AAS 80 [1988], pp. 841-912), artt. 75, 79 e 89.

(4) Constitutio dogmatica de Ecclesia *Lumen gentium*, n. 28; cfr Decretum de presbyterorum ministerio et vita *Presbyterorum ordinis*, nn. 2 et 7.

peculiarem rationem explendi illius officii quod omnes fideles complectitur in Christi Corpore aedificando⁽⁵⁾.

Etiam in synodo agenda fungitur Episcopus munere gubernandae Ecclesiae sibi creditae: ipse enim illam convocat⁽⁶⁾, questiones synodalis disceptationis proponit⁽⁷⁾, sessionibus synodi praest⁽⁸⁾; denique uti unus legislator, declarationibus ac decretis subscribit eaque publici iuris fieri ordinat⁽⁹⁾.

Ita plane synodus est « in illis adiunctis et numquam ab iis seiuncta, actus episcopalis gubernationis et communionis ipsius eventus, quo sic profecto natura illa communionis hierarchicae exprimitur, quae ad ipsam pertinet Ecclesiae naturam »⁽¹⁰⁾. Etenim non est Dei populus informis Christi discipulorum multitudo, verum sacerdotalis communitas organice iam ab initio ad sui Conditoris voluntatem exstructa⁽¹¹⁾, quae quaque in dioecesi ad Episcopum refertur veluti ad spectabile principium unitatisque fundamentum ac suum unicum repraesentantem⁽¹²⁾. Quicumque idcirco conatus opponendi synodum Episcopo propter quasi quandam assertam « Populi Dei repraesentationem », vere institutioni ecclesialium vinculorum adversatur.

2. Synodi sodales vocantur ad Episcopo dioecetano adiutricem operam praestandam⁽¹³⁾, suam sententiam seu votum de quaestionibus proferentes ab illo propositis; hoc quidem dicitur votum consultivum⁽¹⁴⁾, unde intellegatur esse Episcopum liberum ad suscipiendas aut reiiciendas earum sodalium expressas opiniones. Attamen hoc non significat earum momentum neglegere, tamquam si consultatio sit solummodo « exterior », ab iis effecta quibus nullum est despondendi officium de extremo synodi exitu: suis quidem experiētiis atque consiliis actuoso modo sodales conferunt declarationibus decretisque perficiendis, quae merito vocabuntur « synodalia »⁽¹⁵⁾, unde episcopale dioecesis gubernium impulsus postmodum recipiet.

Sua vero ex parte, disceptationes intra synodi consessus dirigit Episcopus et tamquam verus Ecclesiae magister docet et corrigit ubi opus

⁽⁵⁾ Cfr. Constitutio dogmatica de Ecclesia *Lumen gentium*, nn. 7 et 32; cfr. can. 463 §§ 1 et 2.

⁽⁶⁾ Cfr. cann. 461 § 1 et 462 § 1.

⁽⁷⁾ Cfr. can. 465.

⁽⁸⁾ Cfr. can. 462 § 2.

⁽⁹⁾ Cfr. can. 466.

⁽¹⁰⁾ Ioannis Pauli II, homilia 3 Octobris 1992, in « *L'osservatore Romano* », 4 Octobris 1992, pp. 4-5.

⁽¹¹⁾ Cfr. Constitutio dogmatica de Ecclesia *Lumen gentium*, n. 11.

⁽¹²⁾ Cfr. *ibidem*, n. 23.

⁽¹³⁾ Cfr. can. 460.

⁽¹⁴⁾ Cfr. can. 466.

⁽¹⁵⁾ Cfr. cann. 466 et 467.

fuerit. Auditis synodi membris, ad illum decernendi munus spectat, nempe « omnia probare et quod bonum est tenere »⁽¹⁶⁾, de diversis significatis opinionibus. Exacta tandem synodo, sua manu nomen subscribens declarationibus et decretis, ipse Episcopus suam auctoritatem obligat iis de omnibus rebus, quae inibi traduntur vel praecipuntur. Sic quidem episcopalis impletur potestas suo vero ex sensu, quae videlicet haud est arbitrariae voluntatis iniunctio, sed verum ministerium quod propterea secumfert « subditos audire » et « ad alacriter secum cooperandum » exhortari⁽¹⁷⁾, dum opera communiter datur ut illud eruatur quod tempore hoc praesenti Spiritus ab aliqua postulat particulari Ecclesia.

3. Efficiunt communio ac missio, quatenus partes inseparabiles sunt unici illius finis pastoralium Ecclesiae inceptorum, « bonum totius communitatis dioecesanæ », quod designat canon 460 uti postremum synodi propositum.

Eo deliberationes synodi pertinent, ut communis de salvifica doctrina consensus foveatur universique fideles simul ad Christi sequelam concitentur. Quandoquidem constat esse Ecclesiam « missam in mundum ad annuntiandum et testificandum mysterium communionis quo ipsa constituitur, ad idipsum actuale reddendum et expandendum »⁽¹⁸⁾, contendit etiam synodus ut apostolicus dynamismus omnium virium ecclesialium sustentetur, legitimis praeceuntibus Pastoribus. Cum persuasum habeatur omnem renovationem communionis operisque missionalis praeponere necessariam ministrorum Dei sanctitatem, in synodo deesse non potest magnum studium corrigendi vitae mores cleri ipsius et procurandi educationem eius tum etiam vocationes incendendi.

Non modo igitur patefacit synodus et perficit dioecesanam communionem, verum etiam ut suis declarationibus decretisque eam aedificet invitatur. Quapropter synodalibus in documentis necesse est diligenter universale Magisterium suscipiatur disciplinae canonica ad diversam qualitatem illius communitatis christianae unius adhibeatur. Etenim Petri Successoris ministerium atque Episcoporum Collegium haud sunt elementum ab Ecclesia particulari alienum, verum res quae pertinet « ab intra » ad ipsam eius essentiam⁽¹⁹⁾ atque dioecesanæ communionis fundamentum iacet.

Conducit hac via synodus ad speciem Ecclesiae particularis conformandam, dum eius traditis institutionibus liturgicis, spiritualibus et canonicis continuationem certam adiungit. Iuridiciale cuiusque loci patri-

⁽¹⁶⁾ Constitutio dogmatica de Ecclesia *Lumen gentium*, n. 12, ubi memoratur *1 Thess* 5, 12 et 19-21.

⁽¹⁷⁾ Cfr. *ibidem*, n. 27.

⁽¹⁸⁾ Cfr. Congregatio pro Doctrina Fidei. Litterae ad Catholicæ Ecclesiae Episcopos de aliquibus aspectibus Ecclesiae prout est communio *Communio notio*, 28 Maii 1992 (*AAS* 85 [1993], pp. 838-850), n. 4.

⁽¹⁹⁾ Cfr. *ibidem*, n. 13.

monium nec non directivae normae, quibus pastorale regimen est gubernatum, in synodo accurata investigatione perpenduntur, ut, si opus est, accommodentur vel redintegrentur et regularum lacunae consummentur, ut comprobetur sintne iam pastoralia ad effectum deducta quae antea composita erant, utque novae regulae moderatrices, opitulante Dei gratia, suadeantur.

II

SYNODI COMPOSITIO

1. « Synodo dioecesanæ praeest Episcopus dioecesanus, qui tamen Vicarium generalem aut Vicarium episcopalem pro singulis sessionibus synodi ad hoc officium implendum delegare potest »⁽²⁰⁾; inter hos autem praepointur qui episcopali dignitate sunt praediti (Episcopus coadiutor et Episcopi auxiliares).

2. Synodi sunt membra de iure pro eo quo funguntur officio:

- Episcopus coadiutor atque auxiliares Episcopi;
- Vicarii generales et Vicarii episcopales, nec non Vicarius iudicialis;
- ecclesiae cathedralis canonici;
- presbyteralis consilii membra;
- seminarii maioris rector;
- vicarii foranei⁽²¹⁾.

3. Sunt membra eligenda:

1°. « Christifideles laici, etiam sodales institutorum vitae consecratae a consilio pastorali eligendi, modo et numero ab Episcopo dioecetano determinandis, aut, ubi hoc consilium non exstet, ratione ab Episcopo dioecetano determinata »⁽²²⁾.

Hi ut eligantur laici (tam viri quam feminae), quantum fieri potest, normae sequendae sunt canonis 512 § 2⁽²³⁾, opera utcumque data ut iidem fideles « certa fide, bonis moribus et prudentia »⁽²⁴⁾ distinguantur; sic eorum partes collatae reapse ad Ecclesiae bonum valebunt. Horum

⁽²⁰⁾ Can. 462 § 2.

⁽²¹⁾ Cfr. can. 463 § 1, 1°, 2°, 3°, 4°, 6° et 7°.

⁽²²⁾ Can. 463 § 1, 5°.

⁽²³⁾ Cfr. can. 512 § 2: « Christifideles, qui deputantur ad consilium pastorale, ita eligantur ut per eos universa populi Dei portio, quae diocesim constituat, revera configuretur, ratione habita diversarum regionum, condicionum socialium et professionum, necnon partis quam sive singuli sive cum aliis coniuncti in apostolatu habent ».

⁽²⁴⁾ Can. 512 § 3.

laicorum legitima condicio canonica aestimanda est res necessaria omnino ut sessionis synodalis sint participes.

2°. «Unus saltem presbyter ex unoquoque vicariatu foraneo eligendus ab omnibus qui animarum inibi curam habeant; item eligendus est alius presbyter qui, eodem impedito, in eius locum substituitur»⁽²⁵⁾.

Quemadmodum ex canonica dictione eruitur, hoc nomine presbyteros solos eligi licet, non diaconos aut laicos.

Debetur propterea numerum statuere Episcopus pro omni vicariatu foraneo. Sin autem de ecclesiali agitur communitate exiguae magnitudinis, nihil profecto obstat quin arcessantur omnes ipsius presbyteri.

3°. «Aliqui Superiores institutorum religiosorum et societatum vitae apostolicae, quae in dioecesi domum habent, eligendi numero et modo ab Episcopo dioecesano determinatis»⁽²⁶⁾.

4°. Synodi sodales ab Episcopo libere destinati: «Ad synodum dioecesanam ab Episcopo dioecesano vocari ut synodi sodales possunt alii quoque, sive clerici, sive institutorum vitae consecratae sodales, sive christifideles laici»⁽²⁷⁾.

His in synodalibus membris designandis conatus fiet ut praesentes reddantur ecclesiales vocationes vel variae apostolicae navitates non satis in ipsis electionibus demonstratae, ut convenienter hinc peculiarem illius Ecclesiae particularis faciem referat synodus; curabitur idcirco ut inter clericos consentaneus diaconorum permanentium adsit numerus. Neque neglegantur fideles «pro scientia, competentia et praestantia quibus pollent»⁽²⁸⁾, quorum ponderatae sententiae procul dubio disceptationes synodi ditabunt.

5°. Legitime sic destinatis sodalibus ius est officiumque ut sessionibus intersint⁽²⁹⁾. «Synodi sodalis, si legitimo detineatur impedimento, non potest mittere procuratorem qui ipsius nomine eidem intersit; Episcopus vero dioecesanum de hoc impedimento certiosem faciat»⁽³⁰⁾.

Iure potest debetque Episcopus decreto edito amovere quemvis synodi sodalem qui suis opinionibus ab Ecclesiae discrepat doctrinis aut qui Episcopi repudiat auctoritatem, dum simul tamen recursum fieri licet contra illud decretum ex iuris norma.

⁽²⁵⁾ Can. 463 § 1, 8.

⁽²⁶⁾ Can. 463 § 1, 9.

⁽²⁷⁾ Can. 463 § 2.

⁽²⁸⁾ Can. 212 § 3.

⁽²⁹⁾ Can. 463 § 1.

⁽³⁰⁾ Can. 464.

6°. «Ad synodum dioecesanam Episcopus dioecesanus, si id opportunum duxerit, invitare potest uti observatores aliquos ministros aut sodales Ecclesiarum vel communitatum ecclesialium quae non sunt in plena cum Ecclesia catholica communione»⁽³¹⁾.

Adiuvabunt ii observatores «ut oecumenica sollicitudo magis inseatur in communem pastorem industriam utque mutua cognitio crescat, tum caritas reciprocans tum, si fieri potest, fraterna ipsa opera»⁽³²⁾.

Ut ii observatores vero deligantur plerumque decebit agere ex consensione praefectorum cuiusque Ecclesiae vel communitatis, qui hominem magis idoneum denotabunt ad suas exercendas partes.

III

SYNODY CONVOCATIO AC PRAEPARATIO

A. *Convocatio*

1. Dioecesana synodus celebrari poterit «cum, iudicio Episcopi dioecesani et audito consilio presbyterali, adiuncta id suadeant»⁽³³⁾. Prudenti ideo Episcopi iudicio relinquitur ut saepius vel rarius synodum convocet secundum particularis ipsius Ecclesiae aut dioecesani regiminis necessitates.

Tales condiciones esse possunt variae quidem indolis: quod vel desideratur consentanea pastoralis coniuncta opera, vel peculiari in loco necesse est normas aut monitiones superiores impleri, vel difficultates intra dioecesis fines quaedam omnino dissolvendae sunt, vel opus esse videtur intentiore operosioreve ecclesiali communione, et ita porro. Ut vero convocationis rite aestimetur opportunitas, maius sane pondus prae se ferunt rerum cognitiones ex pastoralibus visitationibus perceptae: magis enim quam ulla alia inquisitio aut investigatio illae permittent ut fidelium necessitates Episcopus discernat nec non aptiora pastoralia incepta quibus plenius illis satisfiat.

Si quando igitur synodi dioecesanae convocandae Episcopus intellexerit opportunitatem, a presbyterorum consilio — quod totius presbyterii gerit personam in adiuvando Episcopo in dioecesis regimine⁽³⁴⁾ — ponderatum postulabit iudicium de synodo celebranda atque etiam de argumento sive de argumentis in ipsa agitandis.

⁽³¹⁾ Can. 463 § 3.

⁽³²⁾ Ioannes Paulus II, audientia 27 Iunii 1992, in «*L'osservatore Romano*», 28 Iunii 1992, pp. 4-5.

⁽³³⁾ Can. 461 § 1.

⁽³⁴⁾ Cfr. can. 495 § 1.

Circumscripto synodi argumento, curabit Episcopus convocationis decretum promulgandum, quod Ecclesiae suae patefaciet plerumque intercidente festivitate quadam liturgica maioris sollemnitatis.

2. «Synodum dioecesanam convocat solus Episcopus dioecesanus, non autem qui ad interim dioecesi praeest»⁽³⁵⁾.

«Si Episcopus plurium dioecesium curam habet, aut unius curam habet uti Episcopus proprius, alterius vero uti Administrator, unam synodum dioecesanam ex omnibus dioecesibus sibi commissis convocare potest»⁽³⁶⁾.

B. *Praeparatoria commissio et synodi ordo*

1. Iam inde a primis temporibus Episcopus commissionem praeparatoriam constituat.

Huius autem praeparatoriae commissionis sodales ab Episcopo diligentur inter sacerdotes ac fideles qui pastorali sua sapientia antecellunt ac sui muneris auctoritate, atque detur opera, quatenus fieri poterit, ut charismatum ac ministeriorum populi Dei varietas ipsa ostendatur. Neque deesse inter eos debet vir canonici iuris ac liturgiae sacrae peritus.

Praeparatoriae huius commissionis erit Episcopo opitulari praesertim in ipsa syodi compositione atque in adiumentorum oblatione ad parandam synodum, tum in ordinis proprii explicatione et in quaestionum definitione in syodalibus deliberationibus tractandarum, denique in syodali membrorum nominatione. Praerit commissionis sessionibus Episcopus ipse aut, si impediatur, ipsius delegatus.

Licebit etiam Episcopo secretarii officium constituere, quod commissionis praeparatoriae aliquis moderabitur. Ad illud pertinebit synodum ipsam adiuvere rerum in ordinatione: in documentorum transmissione et collocazione in tabulario, in relationum conscriptione, in opum necessariorum sumministrazione, in pecuniarum procuracione nec non accepti et expensi computatione. Utile pariter erit instituere officium notitiis divulgandis, unde instrumentorum communicationis curatores rite de rebus fiant certiores et falsae simul interpretationes operum synodalium declinentur.

2. Auxiliante praeparatoria commissione, curabit Episcopus ut condatur forasque edatur synodi ordo⁽³⁷⁾.

Inter alia hae statuentur:

⁽³⁵⁾ Can. 462 § 1.

⁽³⁶⁾ Can. 461 § 2.

⁽³⁷⁾ De ordinis notione, vide can. 95.

1° Synodi compositio. Adsignabit ordo certum numerum pro quolibet ordine sodalium atque normas definiet ad designandos laicos ac sodales institutorum vitae consecratae⁽³⁸⁾, tum etiam legatos inter Superiores institutorum religiosorum vitaeque apostolicae societatum⁽³⁹⁾. Hoc autem dum fit, cavendum erit ne nimius sodalium numerus veram omnium interloquendi facultatem impediatur.

2° Regulae de modo agendarum electionum pro synodi sodalibus et, si forte, curatoribus singulorum munerum in synodo exsequendum. Hac in re observabuntur praecepta canonum 119, 1 et 164-179, opportunis inductis accommodationibus⁽⁴⁰⁾.

3° Diversa officia in ipso consensu synodali absolvenda (praesidis, moderatoris, secretarii), commissiones variae earumque compositio.

4° Ratio ordinem tractandi in ipsis sessionibus, longinquitate indicata necnon proprietate pronuntiationum (ore ac scripto) et suffragationum (« placet », « non placet », « placet iuxta modum »).

Suadet ipsa commoditas, quam modus procedendi adferre potest ad res instituendas illo praeparationis tempore, ut iam sub prima initia synodalis itineris ille ordo perficiatur, permissis tamen mutationibus vel additamentis, si quae fuerint, quae praeparationis experimentum deinde proponere poterit.

Plerumque convenire videtur ut continuo synodi participes destinentur, quo melius eorum auxilia in ipso praeparationis opere adhibeantur.

C. *Praeparandae synodo momenta*

Praeparatoria synodi consilia eo in primis spectant ut facilius possit Episcopus quaestiones statuere synodalibus disceptationibus subiciendas.

Utcumque dicendum est expedire ut haec pars ita peragatur ut variis quidem modis secundum condiciones ipsas attingantur implicenturque variae dioecesis necessitates atque industriae apostolicae apud quamque particularem Ecclesiam. Sic synodales actiones in « aptum tirocinium practicum ecclesiologiae communionis, secundum Concilium Vaticanum II »⁽⁴¹⁾ evadent, ac praeterea alacres erunt Christifideles in accipiendis illis « quae sacri Pastores, utpote Christum repraesentantes, tamquam magistri et rectores in Ecclesia statuunt »⁽⁴²⁾, prompte synodo terminata.

⁽³⁸⁾ Cfr. can. 463 1, 5°.

⁽³⁹⁾ Cfr. can. 463 1, 9°.

⁽⁴⁰⁾ Illud enim animadvertatur quorundam canonum praescripta liberam dare facultatem in synodi ordine aliter disponendi.

⁽⁴¹⁾ Ioannes Paulus II, allocutio 29 Maii 1993, in « *L'osservatore Romano* », 31 Maii - 1 Iunii 1993, pp. 6-7.

⁽⁴²⁾ Constitutio dogmatica de Ecclesia *Lumen gentium*, n. 37.

Huc statim quaedam generalia adiunguntur monita de agendi ratione, quasi Pastor unusquisque accommodare sciet ac cumulare, prout Ecclesiae particularis commoditati conveniet necnon synodi adumbratae proprietatibus.

1. *Spiritualis et catechetica et divulgativa praeparatio*

Cum persuasum habeat « optimum consilium feliciter peragenda synodi, quemadmodum et omnis alterius eventus sive incepti ecclesialis, esse revera precatationem »⁽⁴³⁾, adhortabitur Episcopus universos fideles, clericos, personas consecratas et laicatus homines, ac potissimum vitae contemplativae monasteria ad « continuam supplicationem communem: synodum eiusque proventum »⁽⁴⁴⁾, quae hoc modo pro particulari Ecclesia verus fiet gratiae eventus. Non autem hac de re cohortari omittet animarum pastores, quibus opportuna adiumenta suppeditabit pro sollemnibus atque quotidianis liturgicis conventionibus, dum paulatim expletur synodi iter.

Episcopo porro synodi celebratio praecipuam quandam erudiendorum fidelium opportunitatem adfert. Quocirca ordinatae catechesi fidelium provideatur de Ecclesiae mysterio deque omnium participatione proprii eius muneris, sub luce Magisterii doctrinarum maxime vero conciliaris. In hoc propositum sacerdotibus directoriae normae praebere poterunt pro sacris concionibus.

Doceantur etiam omnes de indole ac synodi fine ac de synodali deliberationum amplitudine. Cui proposito servire poterit alicuius libelli notitiarum pervulgatio, minime quidem communicationis socialis praetermissis instrumentis.

2. *Dioecesis interrogatio*

Praebeatur fidelibus facultas patefaciendi postulata, optata et cogitata de synodi argumento⁽⁴⁵⁾. Insuper seorsum monebuntur dioecesis clerici ut consilia sua proferant de modis satisfaciendi pastoralis curae postulationibus.

Huiusmodi consultationis certas rationes disponet Episcopus dabitque operam ut populi Dei cunctae « vivae vires » deprehendantur, quae inveniuntur apud Ecclesiam particularem operanturque⁽⁴⁶⁾: tales videlicet sunt communitates paroeciales, vitae consecratae instituta et apostolicae vitae societates, consociationes ecclesiales atque maioris momenti coetus, institutionis sedes (seminarium, ecclesiasticae studiorum universitates et ecclesiasticae facultates, catholicae universitates ac scholae).

(43) Ioannes Paulus II, homilia 3 octobris 1992, mem. in nota 10.

(44) Eiusdem, audientia 27 Iunii 1992, mem. in nota 32.

(45) Cfr. can. 212 §§ 2 et 3.

(46) Cfr. Ioannes Paulus II, audientia 27 Iunii 1992, mem. in nota 32.

Dum sic dioecesim opportunis cum indicationibus Episcopus consultit, periculum considerare debet — nonnumquam pro dolor verissimum! — ne manipuli instantes et impellentes oriantur, cavebitque ne ipsi interrogati suas sententias necessario acceptum iri temere confidant.

3. *Quaestionum definitio*

Curabit deinde Episcopus argumenta definire de quibus deliberationes versabuntur. Idoneus ad hanc rem modus erit compositio interrogationum secundum argumenta divisarum, quarum singulas relatio inducet quae earum significationem illuminabit sub disciplinae doctrinaeque Ecclesiae lumine nec non responsionum ex prioribus consultationibus⁽⁴⁷⁾. Officium hoc, moderante ipsa praeparatoria commissione, commendabitur coetibus peritorum ac versatorum in variis disciplinis provinciisque pastoralibus, qui formulas rite approbandas Episcopo exhibebunt.

Documentum tandem sic comparatum sodalibus mittetur, ut ante sessionum initium congruo studio investigetur.

IV

SYNODI ACTIO

1. Constat nimirum vera synodus ex ipsis sessionibus synodalibus. Necessae est igitur aequabilitatem statuere inter synodi longinquitatem et praeparationis tempus, tum etiam sessiones per illud temporis spatium disponere quod ponderationem permittat quaestionum in aula excitatarum et sinat sententias proferri in disceptationibus.

2. Quandoquidem «quibus communis est cura, communis etiam debet esse oratio»⁽⁴⁸⁾, ex oratione celebratio ipsa synodi procedat oportet. Sollemnibus in liturgicis ritibus aperiendis et claudendis synodi atque in aliis quae synodales sessiones comitabuntur, praescripta «Caerimonialis Episcoporum» serventur, ubi nominatim de liturgia synodali est sermo⁽⁴⁹⁾. Patebunt autem illi ritus universis fidelibus non dumtaxat synodi sodalibus.

(47) Res aliter etiam tractari potest, ex. gr. synodalium documentorum lineamenta describi possunt hoc iam loco. Haec electio indubitata praebet commoditatem, sed cavendum quoque est ne, re vera, synodalium minuat libertas, qui de scripto reapse iam definito sententiam dicere debeant.

(48) *Caerimoniale Episcoporum*, n. 1169.

(49) Cfr. *Caerimoniale Episcoporum*, pars VIII, caput I «De Concilio Plenariis vel Provincialibus et de Synodo Diocesana», nn. 1169-1176.

Congressiones synodi saltem graviores et praestantiores in templo cathedrali fiant. Etenim ipsum est Episcopi cathedrae locus et visibilis Christi Ecclesiae imago⁽⁵⁰⁾.

3. Ex canonis 833, 1^o regula sodales pronuntiabunt fidei professionem prius quam deliberationes suscipiantur⁽⁵¹⁾. Episcopus praeterea hunc actum significantem illustrabit, unde sodalium «sensus fidei» excitetur et amor simul accendatur in doctrinale ac spiritale Ecclesiae patrimonium.

4. Antecedet variorum argumentorum singillatim agendorum tractationem brevis explicatio, quae eorum efferat maiora capita.

«Propositae quaestiones omnes liberae sodalium disceptationi in synodi sessionibus subiciantur»⁽⁵²⁾. Dabit Episcopus operam ut vera praebeatur participibus facultas opiniones proprias libere eloquendi de exhibitis quaestionibus, quamvis intra temporis fines a synodi ordine constitutos⁽⁵³⁾.

Consideratis vinculis illis, quibus particularis Ecclesia eiusque Pastor cum Ecclesia universali Romanoque Pontifice coniunguntur, officio tenetur Episcopus ut a synodali disputatione excludantur sententiae aut opiniones — fortasse idcirco expositae ut ad Sanctam Sedem «vota» de aliqua re transmittantur — discrepantes a perenni Ecclesiae doctrina vel a Pontificis Magisterio aut spectantes ad quaestiones disciplinares supremae aliive auctoritati ecclesiasticae reservatas⁽⁵⁴⁾. Disceptatione persoluta, curabitur ut diversae sodalium sententiae summatim et ordinate colligantur, quo futura inquisitio commodius peragatur.

5. Synodi in sessionibus saepius oportebit sodales de eorum sententia per suffragia percontari. Quandoquidem synodus non est collegium decernendi facultate praeditum, suffragia haec minime illuc spectant ut obstringens maioris partis congruentia obtineatur, sed ut convenientiae gradus intellegatur de sodalium iudiciis significatis, et hoc eis explicandum est⁽⁵⁵⁾.

⁽⁵⁰⁾ Cfr. Constitutio Apostolica *Mirificus eventus*, 7 Decembris 1965 (AAS 57 [1965], pp. 945-951.

⁽⁵¹⁾ Cfr. AAS 81 (1989), pp. 104-105, ubi fidei professionis textus invenitur in synodo adhibendus.

⁽⁵²⁾ Can. 465.

⁽⁵³⁾ Cfr. *supra* III, B, 2.

⁽⁵⁴⁾ Cfr. Decretum de pastoralis episcoporum munere in Ecclesia *Christus Dominus*, n. 8; cfr. quoque can. 381.

⁽⁵⁵⁾ Hac de re utiliter animadvertendum illam regulam can. 119, 3^o: «quod autem omnes uti singulos tangit, ab omnibus approbari debet», minime synodum respi-

Libere semper tamen statuere licet Episcopo quem effectum suffragia habere debeant, etiamsi operam dabit ut ipsemet sententiam a synodi sodalibus communiter declaratam sequatur, nisi gravis impedit causa quam necessario ille coram Domino aestimabit.

6. Episcopus quaedam opportune significans, variis sodalium commissionibus opus demandabit synodalia textuum lineamenta componere.

In his perficiendis certae formulae sunt reperiendae, quae futuro de tempore pastoralis operae iuvare possint, vitatis incertis sententiis vel inanibus cohortationibus, quae res vim ipsam hebetaret et efficacitatem.

7. «Episcopo dioecesano competit pro suo prudenti iudicio synodum dioecesanam suspendere necnon dissolvere»⁽⁵⁶⁾, si gravia ad eius expletionem oriuntur impedimenta, quae sententiam eiusmodi opportunam significant vel potius necessariam: veluti si mens quaedam emergit quae irreparabiliter dissidet ab Ecclesiae doctrina vel si socialis ordinis quaedam oriuntur adiuncta quae tranquillum synodale opus turbent.

Si peculiare desunt rationes quae hoc impediunt, antequam suspensionis vel dissolutionis decretum edatur, sententiam rogabit Episcopus presbyterale consilium — quod in maioris momenti negotiis est Episcopo consulendum⁽⁵⁷⁾ — quamvis ei libera sit decernendi facultas.

«Vacante vel impedita sede episcopali, synodus dioecesana ipso iure intermittitur, donec Episcopus dioecesanus, qui succedit, ipsam continuari decreverit aut eandem extinctam declaraverit»⁽⁵⁸⁾.

V

DECLARATIONES ET SYNODALIA DECRETA

1. Synodi sessionibus absolutis, decretorum ultimam scriptionem et declarationes perficiendas curabit Episcopus, quas exinde subscribet earumque editionem iubebit⁽⁵⁹⁾.

2. Locutionibus illis «decretorum» et «declarationum» fieri posse codex denotat, ut documenta synodalia ex altera parte consistant

cere, sed communia quaedam consilia capienda a vero collegio, quod decernendi facultate pollet.

⁽⁵⁶⁾ Can. 468 § 1.

⁽⁵⁷⁾ Cfr. can. 500 § 2.

⁽⁵⁸⁾ Can. 468 § 2.

⁽⁵⁹⁾ Cfr. can. 466.

veris iuridicialibus regulis — quae appellari «constitutiones» aliove modo poterunt — aut etiam indicationibus consiliorum in posterum capiendorum, et altera quidem parte firmis asseverationibus veritatum fidei vel catholicae moralis doctrinasi, praesertim iis in rebus quasi magis Ecclesiae particularis vitam afficiunt.

3. «Unus ipse (Episcopus dioecesanus) synodalibus declarationibus et decretis subscribit, quasi eius auctoritate tantum publici iuris fieri possunt»⁽⁶⁰⁾. Quocirca exhibere debent declarationes synodique decreta solam Episcopi dioecesani subscriptionem atque voces his in documentis adhibitas oportet etiam demonstrent evidenter illum esse eorum auctorem.

Concesso intimo vinculo inter synodum et episcopale officium, non licet divulgari synodi acta non subsignata ab Episcopo. Talia enim nullo vero sensu essent «synodales declarationes».

4. Synodalia per decreta promovet et urget dioecesanus Episcopus ut canonicae normae observentur, quas vitae dioecesanae condiciones magis evocant⁽⁶¹⁾, res regit quas eius auctoritati ius ipsum committit⁽⁶²⁾, dum communem disciplinam Ecclesiae particularis varietati accommodat.

Erit ex iure invalidum fortuitum synodale decretum iuri superiori contrarium⁽⁶³⁾, qualia sunt: universales Ecclesiae leges, generalia conciliorum particularium decreta nec non Episcoporum conferentiae⁽⁶⁴⁾, tum etiam conventus Episcoporum illius provinciae ecclesiasticae intra eius auctoritatis limites⁽⁶⁵⁾.

5. «Episcopus dioecesanus textus declarationum ac decretorum synodalium communicet cum Metropolita nec non cum Episcoporum conferentia»⁽⁶⁶⁾, ut inde consortio ipsius episcopatus foveatur atque legum concordia in particularibus Ecclesiis eiusdem regionis geographicae et humanae.

Universis procuratis officiis, exemplar curabit Episcopus synodali documentorum per Legationem Pontificiam ad Congregationem

⁽⁶⁰⁾ Ibidem.

⁽⁶¹⁾ Cfr. can. 392.

⁽⁶²⁾ Huius Instructionis consulatur Additamentum.

⁽⁶³⁾ Cfr. can. 135 § 2.

⁽⁶⁴⁾ Ut vero conciliorum particularium et Episcoporum conferentiarum sententiae evadant ex iure obligantes, hoc est vera generalia decreta, necesse plane est iam recognitae ab Apostolica Sede sint: cfr. cann. 446 et 455.

⁽⁶⁵⁾ De normarum edandarum auctoritate ipsius conventus Episcoporum provinciae, consulantur cann. 952 § 1 et 1264.

⁽⁶⁶⁾ Can. 467.

pro Episcopis vel pro Gentium Evangelizatione perferendum, quae opportune ab iis inspiciantur.

6. Si quando synodi documenta — maxime vero decreta — nihil de sui ipsorum executione dixerint, Episcopi dioecesanis erit, synodo quidem clausa, decernere executionis modos, quae forte quibusdam dioecesanis officiis concredantur.

* * *

Sperant quidem atque confidunt Congregationes pro Episcopis et Gentium Evangelizatione aliquid se convenienter contulisse celebrandae dioecesanae synodo, quae ecclesialis institutio per saecula est semper magno in honore habita et hodie novo quodam studio respicitur veluti efficax instrumentum quod, Sancto opitulante Spiritu, in utilitatem communionis dirigitur ipsiusque ecclesiarum particularium missionis.

Haec ipsa Instructio valebit ad dioecesanas synodos quae tribus mensibus ab eius editione in Actorum Apostolicae Sedis commentario officiali incipient.

Datum Romae, die 19 mensis Martii, anno 1997

Bernardinus card. Gantin, Praefectus
Iosephus card. Tomko, Praefectus
J. M. Mejía, a Secretis
J. Uhač, a Secretis

ADDITAMENTUM AD INSTRUCTIONEM DE SYNODIS DIOCESANIS AGENDIS

Pastoralia munia quae Codex Iuris Canonici concredit legum ferendarum potestati Episcopi dioecesani.

Recenset hoc Additamentum res quarum ordinatio intra dioecesim ipsam, secundum codicis canonum praecepta, videtur aut necessaria aut in universum congrua. Hinc excluduntur codicis praescripta quae singularis cuiusdam indolis decreta postulant, cuius generis sunt approbationes, peculiare concessiones, permissiones, et ita porro⁽¹⁾.

Istud est tamen praedicendum: «Episcopo dioecesano in dioecesi ipsi commissa omnis competit potestas ordinaria, propria et immediata, quae ad exercitium eius muneris pastoralis requiritur, ex-

⁽¹⁾ Cfr. can. 35.

ceptis causis quasi iure aut Summi Pontificis decreto supremae aut alii auctoritati ecclesiasticae reserventur»⁽²⁾. Quam ob rem poterit dioecesanus Episcopus sua legum ferendarum uti potestate non tantum ut superiores normas iuridiciales compleat vel definiat, quae expresse id praecipiant vel sinunt, verum etiam ut — secundum Ecclesiae particularis fideliumque necessitates — quodvis pastorale negotium ordinet intra dioecesis fines, iis sane exceptis quae supremae aut alii ecclesiasticae auctoritati reservantur. Obligatur sane Episcopus, talem exsequens potestatem, ut ius superius observet ac revereatur⁽³⁾.

In hac autem exercenda potestate nihilominus oportet boni regiminis conservetur norma, quae nempe suadet ut id prudenter cauteque fiat, ne per imperium illud iniungatur quod per consilium et persuasionem impetrari possit. Quin immo saepenumero niti debebit Episcopus, potius quam novas promulget normas, disciplinam communem totius Ecclesiae promovere et, quotiens opus fuerit, legum ecclesiasticarum observantiam defendere: hoc munus verum officium est quod ad illum veluti unitatis Ecclesiae universalis custodem pertinet, et respicit praesentim verbi ministerium, sacramentorum et sacramentalium celebrationem, Dei Sanctorumque cultum necnon bonorum administrationem⁽⁴⁾.

Non frustra hoc loco commonetur libere valere Episcopum dioecesanum normas extra et citra praeviam synodum dioecesanam emittere, cum intra dicionem ipsam potestas ferendarum legum propria ei sit et unica. Eandem ob causam ipse ex se ea fungi debet⁽⁵⁾, quoniam ferre leges illi non licet una cum aliis hominibus, officiis vel coetibus dioecesanis.

Argumenta infra recensita non poterunt omnia in synodo dioecesana aptum invenire disceptationis locum. Ita v. g. temerarium erit sine iudicio subicere sodalium perscrutationi quaestiones ad vitam ministeriumque clericorum attinentes. In aliis vero peculiaribus provinciis pastoralibus Episcopum dioecesanum decebit synodum interrogare de regulis aut principiis generalibus eo spectantibus, serius ad aliud tempus differens, terminata scilicet synodo, normarum definitarum promulgationem. Quemadmodum superius in ipsa Instructione dictum est⁽⁶⁾, prudentia ipsius Episcopi est statuere in quibus rebus synodales disceptationes versentur.

(2) Can. 381 § 1.

(3) Cfr can. 135 § 2; cfr etiam Instructio de synodis dioecesanis agendis V, 4.

(4) Cfr can. 392.

(5) Cfr can. 391 § 2.

(6) Cfr Instructio de synodis dioecesanis agendis III, A, 1; III, C, 3.

I. *Quo pacto munus docendi factitari debeat.*

In commendatis sibi dioecesibus Episcopi «totius ministerii verbi... sunt moderatores»⁽⁷⁾. Eorum quidem videre est ut canonica praecepta de verbi ministerio religiose adserventur fidesque christiana recte integreque in dioecesi transmittatur⁽⁸⁾. Hoc officium illustrat Codex Iuris Canonici, magnam Episcopo dioecesano tribuens auctoritatem his in causis:

1. De oecumenismo: ad Episcopos sive singulos sive in Episcoporum conferentia coniunctos, pertinet normas in re oecumenica practicas promulgare, cum simul ea omnia observant quae suprema Ecclesiae auctoritas constituit (cfr can. 755 § 2).

2. De praedicatione: edere Episcopi dioecesani est normas de praedicationis exercitatione, iis videlicet custodiendas qui in dioecesi illud explent ministerium (cfr can. 772 § 1). Huius officii praecipuae partes sunt:

- adventicia praedicationis exercitii circumscriptio (cfr can. 764);
- earum rerum dispositio quae peculiare praedicationis modos tangunt, fidelium nempe necessitatibus idoneos, cuius generis sunt exercitia spiritualia, missiones sacrae et alia (cfr can. 770);
- operam dare ut Dei verbum fidelibus nuntietur, qui non satis pastoralis cura ordinaria fruuntur, tum etiam non credentibus (cfr can. 771).

3. De catechesi: Episcopo pariter competit, Apostolicae Sedis praescriptiones sequenti, de rebus catechetis normas edicere (cfr can. 775 § 1), variis quidem rationibus quae fidelium necessitatibus respondent (cfr cann. 777 et 1064), etiam aptam catechistarum institutionem procurando (cfr can. 780).

4. De missionali opera: intra dioecesim provehere debet Episcopus dioecesanus missionalem Ecclesiae industriam (cfr can. 782 § 2) et si dioecesis in missionum locis est sita, moderari et coordinare ipsam missionalem actionem (cfr can. 790).

5. De institutione catholica: dioecesani Episcopi officium est, normis hac de re ab Episcoporum conferentia observatis, ea ordinare quasi catholicam educationem et instructionem religiosam afficiunt, quae quilibet in scholis impertitur vel per communicationis socialis instrumenta diffunditur (cfr can. 804 § 1)⁽⁹⁾. Eidem praeterea competit prae-

(7) Can. 756 § 2.

(8) Cfr can. 386.

(9) Etiam si in indice canonum Codicis Iuris Canonici, epistulae Cardinalis Secretarii Status datae Episcoporum conferentiarum Praesidibus die 8 mensis Novembris 1983 adnexo, hic canon 804 numeratur inter casus cum *non debent sed valent* conferen-

scripta edere quae ad generalem attinent ordinationem scholarum catholicarum ac vigilare simul ut suam semper proprietatem ac qualitatem conservent (cfr can. 806).

6. De communicationis socialis apparatus: Episcoporum est officium de scriptis vigilantiam agere deque communicationis socialis instrumentorum usu (cfr can. 823).

II. *Qua via munus sanctificandi sit exsequendum.*

Episcopi sunt «totius vitae liturgicae in Ecclesia sibi commissa moderatores, promotores atque custodes»⁽¹⁰⁾. Eiusdem igitur Episcopi dioecesani est, ratione habita decretorum supremae Ecclesiae auctoritatis, normas edicere de re liturgica propria in dioecesi valituras, quibus omnes tenentur⁽¹¹⁾. Codex praeterea Iuris Canonici eidem Episcopi potestati quaedam officia singularia committit:

— moderandi id quod fidelium non ordinatorum actionem in liturgia tangit, omnibus rite servatis quae hac in causa ius superius statuit (cfr can. 230 §§ 2 et 3)⁽¹²⁾;

— constituendi, si Episcoporum conferentia nihil de re decrevit, casus «gravis necessitatis» in quibus nonnulla sacramenta christianis non catholicis impertiri possunt (cfr can. 844 §§ 4 et 5);

— circumscribendi condiciones ut Eucharistiam apud se retinere aut in itinere deferre liceat (cfr can. 935);

— permittendi ut Eucharistia a fidelibus non ordinatis exponatur, ubi sacrorum ministrorum haud sufficit numerus (cfr can. 943);

— ordinationes statuendi ad processiones sacras attinentes (cfr can. 944 § 2);

— determinandi quibus casibus necessitas adsit absolutionis generalis, attentis criteriis cum ceteris membris Episcoporum conferentiae concordatis (cfr can. 961 § 2);

— edendi normas de communi administratione sacramenti Unctionis Infirmorum pluribus eodem tempore aegrotis (cfr can. 1002);

tiae additicia decreta promulgare, hae tamen normae videntur perquam opportunae. Praeterea dictus canonum index tantummodo demonstrationis gratia compositus erat, unde Episcoporum conferentiae adiuvarentur ad res suae auctoritatis definiendas.

⁽¹⁰⁾ Can. 835 § 1.

⁽¹¹⁾ Cfr. can. 838 §§ 1 et 4; cfr etiam can. 841.

⁽¹²⁾ De altaris ministerio a feminis explendo et de dioecesani Episcopi potestate in re, consulatur responsum Pontificii Consilii de Legum Textibus Interpretandis, diei 11 mensis Iulii anno 1992, una cum addita notatione Congregationis de Cultu Divino et Disciplina Sacramentorum, quae in AAS 86 (1994), pp. 541-542, prodierunt.

— instituendi normas de celebrationibus dominicalibus absente sacerdote, dummodo Ecclesiae lex universalis hac in re custodiatur (cfr can. 1248 § 2).

III. *Quomodo exerceatur munus pascendi oporteat.*

1. *De dioecesi ordinatione.*

Praeter multiplicia diversi generis statuta, quae postulantur ad consentaneam dioecesis pastoraalem ordinationem, Episcopo dioecetano nominatim commendantur:

— peculiare normae de canonicorum capitulo (cfr cann. 503, 505 et 510 § 3);

— consilii pastoralis dioecetani constitutio, tum etiam eius statutorum conscriptio (cfr cann. 511 et 513 § 1);

— normae quibus curae paroeciae provideatur, parochi absentia durante (cfr can. 533 § 3);

— praescripta de libris paroecialibus (cfr can. 535 § 1; videantur pariter cann. 895, 1121 § 1 et 1182);

— decretum de constitutione consiliorum pastoralium in paroeciis atque definitio normarum ea gubernantium (cfr can. 536);

— normarum promulgatio quae paroecialia consilia a rebus oeconomicis regunt (cfr can. 537);

— ulterior iurium officiorumque definitio pro vicariis paroecialibus (cfr can. 548);

— facultatum pro vicariis foraneis concessio (cfr can. 555 atque etiam can. 553).

2. *De cleri disciplina*

Decernit canon 381 ut Episcopus dioecetanus «curet ut ipsi (presbyteri) obligationes suo statui proprias rite adimpleant iisdemque praesto sint media et institutiones, quibus ad vitam spiritualem et intellectualem fovendam egeant; item curet ut eorum honestae sustentationi atque assistentiae sociali, ad normam iuris, prospiciatur».

Aliis porro canonibus finiuntur diversae partes munerum episcopali curae creditorum:

— quod ad obligationes status clericalis implendas spectat, consultantur canones: can. 277 § 3 (de coelibatu tutela); can. 283 § 1 (de longinquitate commorationis extra dioecesim); can. 285 (de eorum omnium fuga quae clericalem statum dedecent).

— Quod vero ad fovendam eorum spiritualem et intellectualem vitam, canones inspiciantur: can. 276 § 2, 4^o (de spiritualibus recessibus); can. 279 § 2 (de continuata institutione); can. 283 § 2 (de feriarum spatio).

— De sustentatione et sociali assistentia clericorum consulatur can. 281.

Episcopi denique est etiam rationes necessitudinis et mutuae adiutricis industriae omnium clericorum in dioecesi operantium moderari (cfr can. 275 § 1).

3. *De oeconomica dioecesis administratione.*

Intra universalis particularisque iuris limites, rationem reddit Episcopus de universi negotii administrationis bonorum ecclesiasticorum eius auctoritati subiectorum ordinatione (cfr can. 1276 § 2). Praeterea, in oeconomicae administrationis provincia ei competit:

— moderata tributa intra dioecesim imponere, canonicis impletis condicionibus (cfr can. 1263);

— si hac de re Episcoporum conferentia nihil statuit, normas emittere de subventionibus in dioecesibus rogandis (cfr can. 1262);

— quotiens opus est, stipes speciales decernere necessitatibus Ecclesiae levandis (cfr cann. 1265 et 1266);

— praescripta statuere de destinandis fidelium oblationibus exsolutis occasione liturgicorum rituum ita dictorum «paroecialium» atque de remuneratione clericorum eodem munere perfungentium (cfr can. 531);

— ultiores edicere condiciones ad fundationes constituendas atque accipiendas (cfr can. 1304 § 4).

Istruzione sui sinodi diocesani.

In data 9 luglio 1997 è stata pubblicata sull'Osservatore Romano l'*Istruzione sui Sinodi Diocesani*, approvata dalla Congregazione per i Vescovi e da quella per l'Evangelizzazione dei Popoli⁽¹⁾. La norma è composta da un proemio, cinque numeri (relativi alla natura, composizione, preparazione, svolgimento e dichiarazioni del sinodo) e un'appendice sugli ambiti di esercizio della potestà legislativa del vescovo. In questa breve «nota» non intendiamo fare un'analisi di ognuna di queste parti, bensì soltanto alcune considerazioni che possano aiutare a capire meglio

⁽¹⁾ Da notare che questa prima pubblicazione non ha significato, tuttavia, l'entrata in vigore della norma, poiché l'ultima disposizione della stessa *Istruzione* stabiliva che essa «entrerà in vigore sui sinodi diocesani che inizieranno compiuti tre mesi dalla sua pubblicazione in *Acta Apostolicae Sedis*» (*Istruzione sui sinodi diocesani*; di seguito verrà citata come *Istruzione*). Tale pubblicazione avvenne alcuni mesi dopo (cfr. AAS 89 [1997] 706-727).

l'impostazione della presente norma, nonché alcune delle scelte in essa fatte.

Pare opportuno, però, verificare anzitutto se questa *Istruzione sui sinodi diocesani* sia o meno un'autentica istruzione, cioè, accertare se essa risponda alle caratteristiche indicate al can. 34 del CIC come proprie di tale tipo di norme. La questione non sembra banale dal momento che non è sempre scontato che esista una adeguazione tra la denominazione che si dà a un documento o a una norma, e la sua vera natura. Secondo noi, può essere utile per questa verifica esaminare due punti particolarmente significativi: l'uno riguardante l'autore della norma; l'altro i soggetti passivi.

Per quanto riguarda il primo aspetto, è da rilevare che le istruzioni «le pubblicano legittimamente coloro che godono di potestà esecutiva entro i limiti della loro competenza»⁽²⁾. Autori della presente *Istruzione* sono, come già detto, la Congregazione per i Vescovi e quella per l'Evangelizzazione dei Popoli, alle quali compete tutto ciò che riguarda l'esercizio della funzione episcopale nella Chiesa latina⁽³⁾. Queste congregazioni, come dal resto le altre della Curia Romana, «non possono emanare leggi o decreti generali aventi forza di legge, né derogare alle prescrizioni del diritto universale vigente, se non in singoli casi e con specifica approvazione del Sommo Pontefice»⁽⁴⁾. Fuori dai casi in cui ci sia stata tale speciale approvazione, le norme emanate dalle congregazioni della Curia Romana non saranno norme con forza di legge, bensì rivestiranno unicamente il carattere di disposizioni generali amministrative, emanate in virtù della potestà esecutiva. Nel caso della presente *Istruzione*, risulta chiaro che essa non è stata oggetto di specifica approvazione da parte del Romano Pontefice, e quindi, si tratta di una norma varata dalle suddette congregazioni nell'esercizio della loro potestà amministrativa. In questo modo, dal punto di vista degli autori della norma e dalla potestà attuata, la presente norma si adegua alle caratteristiche proprie delle istruzioni, così come definite dal CIC.

Alla medesima conclusione si arriva se si considera la questione dal punto di vista dei soggetti passivi. Secondo quanto stabilito dal CIC, «le istruzioni (...) sono date a uso di quelli il cui compito è curare che le leggi siano mandate ad esecuzione e li obbligano nell'esecuzione stessa delle leggi»⁽⁵⁾. Ora, per parlare dei destinatari della presente *Istruzione*, occorre anzitutto individuare la legge della cui esecuzione si occupa questa norma. Anche se essa si limita a dire che «si è ritenuto quanto mai opportuno, in merito al sinodo diocesano, di chiarire le disposizioni della legge

(2) Can. 34 § 1 CIC.

(3) Cfr. artt. 75, 79 e 85 della cost. ap. «Pastor Bonus» (ASS 80 [1989] 879-882).

(4) Cfr. idem, art. 18.

(5) Can. 34 § 1 CIC.

canonica»⁽⁶⁾, è chiaro che tale legge non è altro se non i canoni 460-468 del CIC⁽⁷⁾. Se ci chiedessimo poi a chi corrisponderebbe mandare in esecuzione questi canoni, dovremmo dire che, principalmente, essa corrisponderebbe a ogni singolo vescovo diocesano, ogniqualvolta questi intendesse procedere a celebrare il sinodo nella sua diocesi. Ed infatti, se esaminiamo la presente *Istruzione* sui sinodi diocesani, è facile costatare come essa sia appunto indirizzata o rivolta ai vescovi diocesani, concretamente a quelli della Chiesa latina⁽⁸⁾.

Possiamo, dunque, qualificare questa norma dal punto di vista tecnico come una norma amministrativa di quelle previste al can. 34 del CIC, cioè, come una vera e propria istruzione. Da questa prospettiva, si comprende bene la esplicita affermazione in essa contenuta sul vigore di quanto disposto nel Codice⁽⁹⁾. A dire il vero, una tale dichiarazione non sarebbe necessaria, poiché l'*Istruzione*, essendo appunto una norma amministrativa, data in virtù della potestà esecutiva, non può modificare una legge⁽¹⁰⁾. Pertanto, questa *Istruzione* non può introdurre delle modifiche nel diritto in vigore, poiché tali modifiche, qualora esistessero, non avrebbero alcun valore. Essa è, invece, chiamata a confermare i can. 460-468 CIC, rendendo, da una parte, più chiaro quanto in essi disposto e sviluppando e determinando, dall'altra, i procedimenti di esecuzione⁽¹¹⁾.

⁽⁶⁾ *Istruzione*, «Proemio».

⁽⁷⁾ Questi canoni costituiscono il capitolo I, del titolo III, all'interno della II sezione della parte II del libro II. Il titolo III si intitola «De interna ordinatione Ecclesiarum particularium».

⁽⁸⁾ «La Congregazione per i vescovi e la Congregazione per l'evangelizzazione dei popoli (...) presentano questa Istruzione a tutti i vescovi della Chiesa Latina» (*Istruzione*, «Proemio»). A proposito dei destinatari verrebbe forse da chiedersi se non sarebbe stato opportuno fare un'istruzione valida per tutti i vescovi della Chiesa, compresi i gerarchi delle Chiese Orientali, ovviamente con la partecipazione della Congregazione per le Chiese Orientali, visto che i canoni del CCEO che si occupano delle assemblee eparchiali sono sostanzialmente identici a quelli del CIC sul sinodo diocesano. In realtà, c'è da dire che una tale scelta avrebbe comportato dei problemi tecnici di non poco conto, a cominciare dalla stessa diversità terminologica. Per il resto, visto che il CIC e il CCEO sono due leggi diverse sembra comunque più adeguato che le istruzioni si riferiscano sempre soltanto a uno dei due codici.

⁽⁹⁾ *Istruzione*, «Proemio».

⁽¹⁰⁾ Il § 2 del can. 34 CIC non lascia alcun dubbio in materia: «I dispositivi delle istruzioni non derogano alle leggi, e se qualcuno non può accordarsi con le disposizioni delle leggi, è privo di ogni vigore».

⁽¹¹⁾ Ed, infatti, nell'*Istruzione* si afferma che: «si è ritenuto quanto mai opportuno, in merito al sinodo diocesano, di chiarire le disposizioni della legge canonica e sviluppare e determinare i procedimenti nell'eseguirla» (*Istruzione*, «Proemio»). È, quindi, logico che l'*Istruzione* non presenti delle «novità» sostanziali nei confronti

A questo riguardo è opportuno ricordare che la normativa del CIC '83 sul sinodo diocesano ha rappresentato una novità nei confronti di quella del vecchio Codice. Va altresì sottolineato che la descrizione dell'istituto offerta dall'attuale can. 460 è così generica da consentire, al meno in ipotesi, diversi possibili modi di concepirlo e impostarlo⁽¹²⁾. E, difatti, in questi anni trascorsi dalla promulgazione del CIC, le esperienze sinodali sono state molto diverse tra di loro⁽¹³⁾, e non sono in esse mancati degli elementi meno positivi, e talvolta addirittura un qualche contrasto con la configurazione dell'istituto, così come delineata dal CIC⁽¹⁴⁾.

Muovendo da queste premesse, possiamo ora passare a quelle altre considerazioni di cui parlavamo all'inizio. Non intendiamo trattare quegli aspetti della norma che, tesi ad offrire ai vescovi un aiuto pratico nella celebrazione del sinodo, indicano modi concreti di agire relativa-

del diritto in vigore; e quindi, lungi dal vedere questo fatto come una mancanza della norma, esso va annoverato tra i suoi pregi.

Per il resto, in questo modo vengono rispettate le finalità che il can 34 1 CIC indica come proprie delle istruzioni. Si evita, inoltre, il pericolo che la norma venga a ridurre la legittima autonomia delle strutture locali. Occorre infatti tener presente che il sinodo diocesano è un'istituzione diocesana, regolata però dal diritto universale. Quest'ultimo, per salvaguardare l'autonomia delle strutture locali, si limita a delineare i tratti fondamentali dell'istituto, lasciando che sia poi il diritto particolare ad adattarlo alle realtà locali. Questo potrebbe indurre a pensare che forse la presente *Istruzione* significhi un'indebita riduzione degli spazi che il diritto universale avrebbe lasciato al diritto particolare. Ma, in realtà, quando la natura e le finalità proprie delle istruzioni sono rispettate dalla norma, come accade in questo caso, difficilmente si potrà parlare di un indebolimento dell'ambito proprio del diritto particolare. D'una parte perché, come già detto, un'istruzione non può modificare quanto disposto dal codice; e dall'altra perché è lo stesso codice che prevede l'esistenza di questo tipo di norme che servono ad una corretta applicazione della legge. Per il resto, autonomia delle realtà locali non significa libertà di applicare la legge universale in qualsiasi modo, bensì possibilità di adattarla secondo diritto.

⁽¹²⁾ «Il sinodo diocesano è l'assemblea dei sacerdoti e degli altri fedeli della Chiesa particolare, scelti per prestare aiuto al vescovo diocesano in ordine al bene di tutta la comunità diocesana, a norma dei canoni seguenti» (can. 460 CIC). Cfr. l'ampio commento a questo canone fatto da G. CORBELLINI, in *Comentario Exegético al Código de Derecho Canónico*, vol. II, Pamplona 1996.

⁽¹³⁾ Per quanto riguarda queste esperienze sinodali si possono consultare i contributi di J.I. ARRIETA, J.P. DURAND, A. LONGHITANO ed altri, in AA.VV., «La sinodalità. La participation au gouvernement dans l'Eglise. Actes du VII congrès international de Droit canonique», Paris, 21-28 septembre 1990, in «L'année canonique», hors série, II, pp. 559 ss.

⁽¹⁴⁾ Di «contribuire a rimediare alcuni difetti e incongruenze che sono stati talvolta rilevati», parla il «Proemio» dell'*Istruzione*. Lo stesso «Proemio» fa anche riferimento a questa realtà quando segnala che: «è oltremodo auspicabile che anche le "assemblee diocesane" o altre assisi, nella misura della loro somiglianza di scopi e di composizione con il sinodo, trovino il loro posto nell'alveo della disciplina canonica...».

mente alla composizione dell'assemblea, alla commissione preparatoria, all'elaborazione del regolamento e allo svolgimento dello stesso sinodo⁽¹⁵⁾. Cercheremo, invece, di rilevare alcuni degli elementi che, a nostro avviso, potrebbero costituire come la chiave di volta di essa.

Un primo punto riguarda l'identità propria del sinodo diocesano in quanto istituto giuridico la cui finalità «è quella di prestare aiuto al vescovo nell'esercizio della funzione, che gli è propria, di guidare la comunità cristiana»⁽¹⁶⁾. Certamente il sinodo non deve essere visto soltanto come atto di governo del vescovo. Il sinodo diocesano — come la propria *Istruzione* indica — «è contestualmente e inseparabilmente, atto di governo episcopale ed evento di comunione»⁽¹⁷⁾. In questi ultimi anni è stata forse maggiormente sottolineata questa seconda dimensione, col rischio di far apparire l'istituto sinodale quasi esclusivamente come evento di partecipazione, o come opportunità per ravvivare la comunione all'interno della Chiesa particolare e per il rinnovamento spirituale di essa, dando talvolta molto più spazio e rilievo alla fase di preparazione che all'assemblea sinodale propriamente detta⁽¹⁸⁾. Questo spiegherebbe, in un certo senso, perché la presente norma metta l'accento sulla dimensione più giuridica e di atto di governo episcopale che il sinodo presenta; e più in concreto ancora, sulla valenza dell'istituto come momento particolarmente adatto all'esercizio della potestà legislativa del vescovo. Questi, infatti, mediante i decreti sinodali «promuove e urge l'osservanza delle norme canoniche che le circostanze della vita diocesana più richiamano, regola le materie che il diritto affida alla sua competenza e applica la disciplina comune alla diversità

(15) Le indicazioni contenute nella norma su questi punti appena elencati, sono frutto dell'esperienza ricavata dalla celebrazione dei sinodi diocesani di questi ultimi anni. In questo modo, suggerendo ai vescovi i passi da seguire e le vie da percorrere nella preparazione e lo svolgimento del sinodo, si è voluto venire anche incontro alla complessità che l'organizzazione di un sinodo comporta.

(16) *Istruzione*, I, «Introduzione sulla natura e finalità del sinodo diocesano».

(17) *Istruzione*, I, «Introduzione sulla natura e finalità del sinodo diocesano». In realtà, queste due dimensioni erano già state indicate dal decreto conciliare «Christus Dominus», che al numero 36 indicava che «questo santo sinodo ecumenico desidera che la veneranda istituzione dei sinodi e dei concili riprenda di nuovo vigore per provvedere più adeguatamente e più efficacemente all'incremento della fede e alla tutela della disciplina nelle varie chiese, secondo le circostanze dei tempi». In merito, cfr. G. CORBELLINI, *Il sinodo diocesano nel nuovo Codex Iuris Canonici*, Roma 1986, pp. 83-85.

(18) Ci sembra, a questo riguardo, assai significativo che l'*Istruzione* abbia voluto ribadire che «il vero sinodo consiste proprio nelle sessioni sinodali. Occorre perciò cercare un equilibrio tra la durata del sinodo e quella della preparazione...» (*Istruzione*, IV, «svolgimento del sinodo»). In dottrina, cfr., ad esempio, P. AMENTA, *Partecipazione alla potestà legislativa del vescovo*, Roma 1996, pp. 168-170, dove l'autore fa alcune interessanti riflessioni in materia.

della Chiesa particolare»⁽¹⁹⁾. In questa prospettiva si comprende pure che l'*Istruzione* ponga in primo piano la figura del vescovo diocesano, non soltanto allo scopo di sottolineare che il sinodo è chiamato a cooperare con esso, ma anche per ribadire che il proprio sinodo deve svolgersi in ogni sua fase in unione con il vescovo e sotto la sua direzione⁽²⁰⁾.

Un secondo punto di particolare rilievo riguarda la «comunione» che il sinodo è chiamato a manifestare e, nel contempo, anche ad edificare. E qui non si poteva che fare chiarezza su taluni atteggiamenti e posizioni contrari alla comunione con il proprio pastore o con la Chiesa universale, che si sono talvolta verificati in alcuni dei sinodi celebrati in questi ultimi anni. Sotto il primo profilo, quello, cioè, della comunione con il vescovo, due sono i problemi accennati nell'*Istruzione*. Da una parte il tentativo di contrapporre il sinodo al vescovo invocando una presunta «rappresentanza del popolo di Dio», che viene respinto come «contrario all'autentica impostazione dei rapporti ecclesiali»⁽²¹⁾. Dall'altra, si avverte il pericolo che il sinodo sia oggetto di strumentalizzazione da parte di alcuni che vorrebbero servirsene per imporre le loro proposte⁽²²⁾.

Per quanto riguarda i rapporti con la Chiesa universale, l'*Istruzione* si propone, a nostro avviso, di ricordare ai vescovi che un'adeguata direzione dei lavori sinodali comporta per loro il dovere di evitare quanto, sia nello svolgimento del sinodo sia nei documenti o dichiarazioni sinodali, possa risultare contrario alla comunione con il Romano Pontefice o agli insegnamenti magisteriali. Si tratta dunque di una questione che tocca direttamente l'esercizio della funzione propria del vescovo, in

⁽¹⁹⁾ *Istruzione*, V, «Le dichiarazioni e i decreti sinodali». L'esistenza di un appendice all'*Istruzione*, relativo agli ambiti pastorali affidati dal CIC alla potestà legislativa del vescovo diocesano, viene a confermare questa tesi.

⁽²⁰⁾ Manifestazioni di questa centralità del vescovo diocesano che appaiono nell'*Istruzione* sono, tra le altre: 1) l'indicazione che il vescovo esercita anche nello svolgimento del sinodo l'ufficio di governare la chiesa (cfr. I, «Introduzione sulla natura e finalità del sinodo diocesano»); 2) la libertà del vescovo per determinare il seguito da dare alle votazioni e la possibilità di non seguire il parere comunemente condiviso dai sinodali quando osti una grave causa (cfr. IV, «Svolgimento del sinodo»); 3) l'effettiva direzione delle sedute e la posizione di maestro con il compito di discernimento (cfr. I, «Introduzione sulla natura e finalità del sinodo diocesano»). In dottrina, cfr. G. GHIRLANDA, *Il sinodo diocesano*, in AA.VV., *Ius in vita et missione Ecclesiae*, Città del Vaticano 1994, pp. 577 ss., specie pp. 590-591, dove si possono trovare dei fondamenti ecclesologici relativi a questa centralità del vescovo nel sinodo, in virtù del ministero apostolico che esercita.

⁽²¹⁾ *Istruzione*, I, «Introduzione sulla natura e finalità del sinodo diocesano».

⁽²²⁾ Cfr. *Istruzione*, I, «Introduzione sulla natura e finalità del sinodo»; e III, B, 2 «Consultazione della diocesi». Un'altra manifestazione di mancanza di comunione con il vescovo sarebbe la pubblicazione di atti da questi non sottoscritti; a questo proposito l'*Istruzione* afferma che «essi non sarebbero, in alcun vero senso, dichiarazioni "sinodali"» (V, «Le dichiarazioni e i decreti sinodali»).

quanto egli deve difendere l'unità della Chiesa universale⁽²³⁾. Così, nell'*Istruzione* viene opportunamente ricordato che né il Romano Pontefice, né il collegio episcopale possono essere considerati come un'istanza estranea alla Chiesa particolare, e quindi affermata la necessità che « nei documenti sinodali venga operosamente accolto il magistero universale e applicata la disciplina canonica alla diversità propria di quella comunità cristiana »⁽²⁴⁾. Come conseguenza di questo compito consistente nella salvaguardia della comunione, il vescovo ha, da un canto, « il dovere di escludere dalla discussione sinodale tesi o proposizioni (...) discordanti dalla perenne dottrina della Chiesa o dal magistero pontificio o riguardanti materie disciplinari riservate alla suprema o ad altra autorità ecclesiastica »⁽²⁵⁾. D'altra parte, avrebbe anche, in un certo senso, il dovere di sospendere o sciogliere il sinodo qualora esso presentasse un « orientamento insanabilmente contrario all'insegnamento della Chiesa »⁽²⁶⁾.

In conclusione si potrebbe dire che questa *Istruzione* cerca di mettere a disposizione dei vescovi gli elementi positivi che l'esperienza dei sinodi celebrati in questi anni ha offerto. Allo stesso tempo, essa desidera di venire incontro anche alle difficoltà che la prassi ha rilevato. Una di queste difficoltà è stata la maggiore importanza che spesso è stata attribuita alla fase di preparazione che al sinodo propriamente detto, col rischio di ridurre l'istituto sinodale a uno strumento di programmazione e di aggiornamento pastorale, trascurando la sua importanza come momento legislativo e di adattamento del diritto universale alla realtà locale⁽²⁷⁾. Un'altra problematica riguarda la cosiddetta « democratizzazione » del sinodo: cioè il pericolo che l'istituto sinodale diventassi strumento di contestazione o di pressione, sul vescovo diocesano o sul magistero e la disciplina universale. Si tratta, ovviamente, di una questione della massima importanza, poiché questo tipo di orientamenti attentano direttamente contro la comunione ecclesiale. Ciò spiega la preoccupazione di mettere in primo piano la figura del vescovo diocesano. Infatti, solo in un clima di profonda comunione con il Pastore della diocesi, e attraverso di lui con tutta la Chiesa, il Sinodo potrà diventare un « autentico evento di grazia per tutta la Chiesa particolare »⁽²⁸⁾.

J. González-Ayesta

(23) Cfr. Can. 392 § 1 CIC.

(24) *Istruzione*, I, « Introduzione sulla natura e finalità del sinodo ».

(25) *Istruzione*, IV, « Svolgimento del sinodo ».

(26) *Idem*.

(27) Cfr. J.I. ARRIETA, *Diritto dell'organizzazione ecclesiastica*, Milano 1997, pp. 421 ss. e specialmente p. 424.

(28) Cfr. *Istruzione*, II, C, 1, « Preparazione spirituale, catechetica e informativa ».

LEGISLAZIONE PARTICOLARE

ITALIA

CONFERENZA EPISCOPALE ITALIANA, **Norme circa il regime amministrativo dei Tribunali ecclesiastici regionali italiani e l'attività di patrocinio svolta presso gli stessi**, 18 marzo 1997, (Notiziario della Conferenza Episcopale Italiana n. 2, 1997, pp. 53-62) (*).

Tra gli adempimenti, affidati dal can. 1649 del codice di diritto canonico al Vescovo moderatore del Tribunale, c'è anche quello di dare disposizioni circa le spese giudiziali e gli onorari per le cause trattate davanti il medesimo Tribunale. Il Decreto generale sul matrimonio canonico affida alla Conferenza Episcopale Italiano analogo impegno per quanto riguarda i Tribunali ecclesiastici regionali per le cause matrimoniali (cf. Notiziario C.E.I. n. 10, 5 novembre 1990, nn. 56-58, pp. 276-277); al fine di portare a compimento tale impegno, la Conferenza ha percorso un graduale e puntuale iter di lavoro.

Anzitutto, l'Assemblea Generale del maggio 1993 approvò una delibera, non promulgata, che prevedeva un alleggerimento delle spese delle parti attraverso un contributo finanziario della C.E.I. da destinare ai Tribunali ecclesiastici (cf. Atti XXXIV Assemblea Generale, 1993, pp. 203-207). Successivamente, il Consiglio Episcopale Permanente, nella sessione del 19-22 settembre 1994, ha esaminato più a fondo il problema e, tenendo conto soprattutto dei fedeli che si trovano in grave difficoltà e chiedono aiuto alla Chiesa in ordine alla dichiarazione di nullità del loro matrimonio, ha ravvisato l'opportunità di demandare alla Commissione Episcopale per i problemi giuridici lo studio e l'elaborazione di una normativa da sottoporre all'approvazione dell'Assemblea Generale, con lo scopo di eliminare eventualmente l'onere delle spese processuali a carico delle parti.

La Commissione per i problemi giuridici, secondo le indicazioni e i suggerimenti del Consiglio Permanente, ha preso in esame la complessa problematica e, ascoltando anche, nella riunione del 28 novembre 1995, i Vicari giudiziali dei Tribunali regionali, ha predisposto le «Norme circa

(*) Vedi nota di F. Lozupone alla fine del documento.

il regime amministrativo e le questioni economiche dei Tribunali ecclesiastici regionali nonché circa l'attività di patrocinio svolta presso gli stessi».

Con lo scopo di ottenere osservazioni e contributi, le «Norme» furono inviate, per consultazione, con lettera n. 227/96 del 21 febbraio 1996, alle Conferenze Episcopali Regionali e ai Vicari giudiziali.

Le risposte, pervenute, diedero alla Commissione la possibilità di apportare una serie di emendamenti e di modifiche al testo delle Norme che, presentate all'Assemblea Generale del 10-14 maggio 1996, furono approvate con la maggioranza dei due terzi degli aventi diritto (voti 203 su 169 richiesti).

Le Norme, approvate dall'Assemblea, con lettera n. 795/96 dell'8 luglio 1996, sono state inviate alla Congregazione per i Vescovi per la necessaria «recognitio», concessa con Decreto n. 960/83 del 10 febbraio 1997.

«RECOGNITIO» DELLA SEDE APOSTOLICA

Congregatio pro Episcopis - Prot. n. 960/83

Decretum.

Em.mus P.D. Camillus S.R.E. Card. Ruini, Conferentiae Episcoporum Italiae Praeses, ipsius Conferentiae nomine, ab Apostolica Sede postulavit ut normae de re administrativa atque oeconomica in matrimonialibus processibus apud tribuales italicos regionales, a conventu plenario Conferentiae ad normam iuris adprobatae, rite recognoscerentur.

Congregatio pro Episcopis, vi facultatum sibi articulo 82 Constitutionis Apostolicae «Pastor Bonus» tributarum et collatis consiliis cum Dicasteriis, quorum interest, memoratas normas, prout in adnexo exemplari continentur, iuri canonico universali accomodatas repperit et ratas habet.

Quapropter, caedem normae, modis ac temporibus ab ipsa Conferentia statutis, promulgari poterunt.

Datum Romae, ex Aedibus Congregationis pro Episcopis, die 10 mensis Februarii anno 1997.

*Bernardin Card. Gantin, Praefectus
+ Jorge Maria Mejia, A Secretis*

DECRETO DI PRUMULGAZIONE DELLE NORME

Conferenza Episcopale Italiana - Prot. n. 229/97

Decreto.

La Conferenza Episcopale Italiana nella XLI Assemblea Generale ordinaria, svoltasi a Roma dal 6 al 10 maggio 1996, ha esaminato e ap-

provato con la prescritta maggioranza le « Norme circa il regime amministrativo e le questioni economiche dei Tribunali ecclesiastici regionali italiani e circa l'attività di patrocinio svolta presso gli stessi », dando attuazione e ulteriore sviluppo alle disposizioni contenute negli articoli 57 e 58 del « Decreto Generale sul matrimonio canonico »; ciò sulla base del « peculiare mandatum » della Santa Sede conferito con venerato Foglio del Cardinale Angelo Sodano, Segretario di Stato, in data 24 aprile 1996, n. 3465/96/RS.

In conformità al can. 455, par. 2, del codice di diritto canonico ho richiesto con lettera in data 8 luglio 1996 (prot. n. 795/96) la prescritta « recognitio » della Santa Sede.

Con venerato Foglio del 10 febbraio 1997 (prot. n. 960/83) il Cardinale Prefetto della Congregazione per i Vescovi mi ha fatto pervenire il decreto di concessione della « recognitio ».

Pertanto con il presente decreto, nella mia qualità di Presidente della Conferenza Episcopale Italiana, per mandato dell'Assemblea Generale e in conformità al can. 455 del codice di diritto canonico nonché all'art. 28/a dello Statuto della C.E.I., intendo promulgare e di fatto promulgo il decreto generale sulle « Norme circa il regime amministrativo e le questioni economiche dei Tribunali ecclesiastici regionali italiani e circa l'attività di patrocinio svolta presso gli stessi » approvato dalla XLI Assemblea Generale, stabilendo che la promulgazione sia fatta mediante pubblicazione nel « Notiziario della Conferenza Episcopale Italiana ».

Tenuto conto dell'esigenza di dare una previa e adeguata informazione, che illustri la nuova normativa, e di predisporre le modalità organizzative per l'avvio dell'attuazione della medesima, *stabilisco altresì che il Decreto promulgato entri in vigore a partire dal 1° gennaio 1998.*

In conformità agli indirizzi espressi dalla XLI Assemblea Generale, la presente normativa sarà sottoposta a una prima verifica trascorso un triennio dalla promulgazione, al fine di valutare l'opportunità di eventuali modifiche o integrazioni.

TESTO DELLE NORME

Premessa.

La sollecitudine pastorale dei Vescovi italiani verso i fedeli che si rivolgono ai Tribunali ecclesiastici regionali per le cause matrimoniali ha suggerito l'opportunità di statuire una più appropriata normativa. Essa ha la finalità di conferire ai Tribunali ecclesiastici regionali una configurazione più precisa e omogenea in ciò che concerne il regime amministrativo, e di venire incontro ai fedeli, rendendo il meno oneroso possibile, sotto il profilo delle spese, l'accesso ai Tribunali medesimi e

facendo comunque presente l'importanza di sovvenire, anche in questa occasione, alle necessità della Chiesa.

Pertanto, la XLI Assemblea Generale della Conferenza Episcopale Italiana ha deliberato di adottare la seguente disciplina, la quale vale anche per i Tribunali del Vicariato di Roma, fatta salva, in ogni caso, la loro condizione giuridica speciale.

ART. 1. — 1. I Tribunali ecclesiastici regionali italiani, costituiti dal Papa Pio XI con il M.P. Qua cura dell'8 dicembre 1938, hanno come soggetto di imputazione delle posizioni e dei rapporti attinenti l'attività amministrativa e la gestione economica la Regione ecclesiastica di appartenenza, ente ecclesiastico civilmente riconosciuto.

2. I Tribunali regionali godono di autonomia amministrativa e gestionale, sotto la direzione del rispettivo Vicario giudiziale, il quale agisce di concerto con il Moderatore e a lui risponde. Per tale motivo la Regione ecclesiastica istituisce, nel quadro del suo bilancio complessivo, un conto distinto per la contabilità riguardante l'attività del Tribunale.

3. Entro un anno dalla promulgazione della presente normativa, la Conferenza episcopale regionale approva un Regolamento per il Tribunale di cui è responsabile. Il Regolamento stabilisce le disposizioni amministrative, disciplinari e procedurali necessarie per l'ordinato funzionamento del Tribunale, con speciale riferimento all'esecuzione delle presenti Norme.

ART. 2. — 1. I Tribunali regionali sostengono gli oneri relativi alla propria attività con il concorso finanziario della Conferenza Episcopale Italiana e della Regione ecclesiastica di appartenenza, ai sensi delle presenti norme, nonché con i contributi versati dalle parti a norma del seguente art. 4.

2. I predetti oneri riguardano in particolare: il personale addetto, compresi i patroni stabili di cui al can. 1490; la manutenzione ordinaria delle sedi; l'acquisto e la manutenzione di arredi e di apparecchiature; gli altri costi generali relativi all'attività del Tribunale.

3. Per i costi delle rogatorie si stabilisce:

a) se le rogatorie sono eseguite da un Tribunale diocesano, i costi delle medesime sono a carico del Tribunale che le richiede;

b) se le rogatorie sono eseguite da un Tribunale regionale, i costi delle medesime sono a carico del Tribunale che le esegue;

c) se le rogatorie sono eseguite da un Tribunale non italiano, i costi delle medesime sono a carico del Tribunale che le richiede.

ART. 3. — 1. Il contributo finanziario della C.E.I. per ciascun Tribunale regionale è determinato dai seguenti criteri:

1. una quota uguale per ogni Tribunale;

2. una quota aggiuntiva, computata in relazione:

a) al numero delle cause di primo e secondo grado decise o pendente nell'anno precedente;

b) al numero delle cause di primo e secondo grado pendenti al 31 dicembre dell'anno precedente.

L'entità delle quote è aggiornata ogni due anni dal Consiglio Episcopale Permanente.

2. Entro il mese di febbraio di ciascun anno, il Moderatore del Tribunale regionale, dopo avere informato in merito la Conferenza episcopale regionale, presenta alla Presidenza della C.E.I. i dati di cui al 1, n. 2 e, inoltre, un rendiconto analitico e documentabile delle entrate e delle uscite registrate dal Tribunale nell'anno precedente, redatto secondo uno schema approvato dalla medesima Presidenza della C.E.I.

3. Entro il mese di aprile di ciascun anno, la Presidenza della C.E.I. determina il contributo da assegnare al Tribunale regionale con riferimento all'anno precedente e lo versa sul conto di cui all'art. 1, 2 entro il mese di settembre.

4. Nel caso in cui il rendiconto, di cui al 2, evidenzia un passivo, il ripianamento dello stesso — dopo verifica da parte della C.E.I. — viene operato dalla Conferenza episcopale regionale e dalla C.E.I. in parti uguali.

Per la verifica di cui sopra, la Presidenza della C.E.I. acquisisce dal Tribunale la documentazione che ritiene necessaria per una conoscenza e una valutazione più completa degli elementi del predetto rendiconto.

Nel deliberare sull'intervento di ripianamento, la Presidenza della C.E.I. può fornire al Tribunale interessato, previa consultazione con il suo Moderatore, opportune indicazioni di gestione, cui il Tribunale medesimo è tenuto a conformarsi anche come condizione per poter accedere negli anni successivi a nuovi eventuali interventi di ripianamento.

5. Le spese straordinarie concernenti la sede dei Tribunali regionali, se previamente approvate dalla Conferenza episcopale regionale e dalla Presidenza della C.E.I., sono rimborsate all'ente ecclesiastico proprietario dalla Conferenza episcopale regionale e dalla C.E.I. in parti uguali.

ART. 4. — 1. I costi di una causa sono determinati da una duplice voce:

a) gli oneri ordinari del Tribunale;

b) i costi aggiuntivi, quali quelli per trasferte, acquisizione di particolare materiale documentale, perizie d'ufficio, per le quali ultime si fa riferimento alla tabella stabilita dal Consiglio Episcopale Permanente.

I costi effettivi di ciascuna causa sono cumulativamente quelli del primo e quelli dell'eventuale secondo grado di giudizio presso un Tribunale regionale italiano.

Alla copertura almeno parziale dei costi effettivi di una causa le parti concorrono a norma dei 2 e 3.

2. La parte attrice è tenuta a versare al Tribunale, al momento della ammissione del libello, una somma di lire 700.000= quale contributo minimo di concorso ai costi della causa da parte del fedele che invoca il ministero del Tribunale ecclesiastico.

La parte convenuta, in caso di nomina di un patrono di fiducia o dell'ottenimento di un patrono stabile ai sensi dell'art. 6, è tenuta a versare una somma di lire 350.000=. Non è tenuta ad alcuna contribuzione ove partecipi all'istruttoria senza patrocinio, anche in caso di acquisizione, su sua richiesta, di prove ammesse dal giudice.

La misura del contributo è periodicamente aggiornata dal Consiglio Episcopale Permanente.

Le parti che versano in condizioni di provata indigenza possono chiedere al Preside del collegio giudicante la riduzione del predetto contributo o l'esenzione dal versamento dello stesso. La riduzione o l'esenzione vengono concesse dallo stesso Preside del Collegio giudicante dopo aver acquisito gli elementi necessari per la valutazione del caso.

Al Preside medesimo spetta stabilire l'eventuale rateizzazione del previsto contributo.

Contro la decisione del Preside le parti possono presentare il ricorso al Collegio.

3. Alla copertura almeno parziale del costo effettivo di una causa le parti possono liberamente contribuire secondo le loro possibilità, nelle forme previste dall'ordinamento canonico per sovvenire alle necessità della Chiesa.

A questo scopo, il Preside del Collegio giudicante del Tribunale di primo grado, avuta comunicazione della pronuncia conclusiva del secondo grado di giudizio insieme con il costo della causa di tale grado, convoca le parti e comunica loro sia il costo effettivo della causa sia le modalità secondo cui è possibile effettuare detta contribuzione volontaria.

ART. 5. — 1. Presso ogni Tribunale regionale è istituito un Elenco regionale degli avvocati e procuratori, la cui disciplina è stabilita dal Regolamento di cui all'art. 1, 3.

Il patrocinio delle cause trattate avanti il Tribunale è riservato agli iscritti all'Elenco, nonché agli avvocati e procuratori iscritti all'Albo della Rota Romana.

Altri avvocati e procuratori possono assumere il patrocinio solo se iscritti in Elenchi di altri Tribunali e se approvati, nei singoli casi, dal Moderatore del Tribunale.

2. Tutti gli avvocati e procuratori che svolgono funzioni di patrocinio presso un Tribunale regionale debbono attenersi al Regolamento del Tribunale medesimo.

3. Il Preside del Collegio giudicante determina, in riferimento alla tabella stabilita dal Consiglio Episcopale Permanente, la misura degli onorari dovuti dalle parti agli avvocati e procuratori, nonché l'importo

degli ulteriori compensi che non possano ritenersi compresi in tali onorari.

Tale determinazione, in primo grado di giudizio:

a) avviene a preventivo, per la parte attrice al momento dell'ammissione del libello e per la parte convenuta al momento della presentazione del mandato;

b) avviene a consuntivo al momento della conclusione della fase istruttoria, previa presentazione al Preside del Collegio giudicante della distinta degli ulteriori oneri sostenuti dal patrono.

La suddetta determinazione stabilisce la somma da richiedere dal patrono alla parte a titolo di compenso definitivo.

Se il giudizio di secondo grado si svolge secondo il rito ordinario, la determinazione a preventivo avviene al momento della concordanza del dubbio di causa; se si svolge e termina con procedimento ai sensi del can. 1682, 2, la determinazione avviene al momento della notifica del decreto di conferma della decisione di primo grado.

4. Il Vicario giudiziale informa le parti di quanto dovuto ai sensi del paragrafo precedente. In particolare, della informazione preventiva viene redatto apposito documento che, sottoscritto dalle parti interessate, dagli avvocati e procuratori nonché dal Vicario giudiziale, è conservato negli atti di causa.

5. Eventuali reclami delle parti contro l'operato degli avvocati e dei procuratori circa i costi del patrocinio debbono essere presentati al Preside del Collegio giudicante. Questi, sentiti gli interessati, se ricontra che il reclamo ha fondamento, deferisce la questione al Moderatore del Tribunale per gli opportuni provvedimenti.

Nel caso si tratti di avvocati iscritti all'Albo della Rota Romana, il Preside del Collegio giudicante deferisce la questione al Decano della Rota.

6. Gli avvocati e i procuratori iscritti all'Elenco di un Tribunale regionale sono tenuti, a turno, a richiesta del Vicario giudiziale e a meno di gravi ragioni la cui valutazione spetta al medesimo Vicario giudiziale, a prestare il proprio gratuito patrocinio alle parti che abbiano ottenuto la completa esenzione dal contributo obbligatorio ai costi di causa e dalle spese di patrocinio e alle quali il Preside del Collegio giudicante abbia ritenuto doversi assegnare un patrono d'ufficio.

Gli avvocati e i procuratori che assistono un fedele del tutto gratuitamente su richiesta del Vicario giudiziale possono chiedere al Tribunale il rimborso delle spese vive sostenute per il loro lavoro, previa presentazione di distinta documentabile delle spese stesse.

ART. 6. — 1. L'organico del Tribunale regionale deve prevedere l'istituzione di almeno due patroni stabili ai sensi del can. 1490. Essi esercitano il compito sia di avvocato sia di procuratore.

L'incarico di patroni stabili deve essere conferito a persone che, secondo le qualifiche richieste dal can. 1483, offrano garanzia di poter efficacemente svolgere il loro compito a favore dei fedeli.

Spetta alla Presidenza della C.E.I. dare ulteriori determinazioni circa i requisiti e i criteri per l'affidamento dell'incarico, la natura del rapporto con il Tribunale e le modalità di esercizio dell'attività.

L'assunzione del predetto incarico è ragione di incompatibilità con l'esercizio del patrocinio di fiducia presso i Tribunali regionali italiani.

2. A tali patroni stabili i fedeli possono rivolgersi per ottenere consulenza canonica circa la loro situazione matrimoniale e per avvalersi del loro patrocinio avanti il Tribunale regionale presso il quale prestano il loro servizio.

Il servizio di consulenza avviene secondo i tempi e le modalità previsti dal Regolamento del Tribunale.

Per potersi avvalere del patrocinio di un patrono stabile, la parte che ne abbia interesse deve farne richiesta scritta e motivata al Preside del Collegio giudicante. Questi accoglie la richiesta tenuto conto delle ragioni addotte e delle effettive disponibilità del servizio.

3. Il patrono stabile non riceve alcun compenso dai fedeli, né per la consulenza, né per il patrocinio o la rappresentanza in giudizio.

Alla retribuzione dei patroni stabili provvede il Tribunale, attingendo dalle risorse messe a disposizione dalla C.E.I. e alle condizioni stabilite dalla medesima.

4. Il patrono stabile può non accettare l'incarico per una determinata causa ovvero rinunciare in corso di causa all'incarico assunto, se legittimamente impedito o se ritenga, in scienza e coscienza, di non poter continuare a svolgerlo.

Roma, dalla Sede della C.E.I., 18 marzo 1997

Camillo Card. Ruini
Vicario Generale di Sua Santità
per la diocesi di Roma
Presidente della Conferenza Episcopale Italiana
+ Ennio Antonelli
Segretario Generale

Note circa il Decreto della CEI sul regime amministrativo e il patrocinio presso i tribunali regionali italiani.

1. La genesi della nuova normativa

L'Assemblea della Conferenza Episcopale Italiana, con lettera dell'8 luglio 1996 n. 795/96, dopo aver ottenuto la «recognitio» della Congregazione dei Vescovi (Decreto n. 960/83 del 10 febbraio 1997), ha approvato le nuove «Norme circa il regime Amministrativo dei Tri-

bunali Ecclesiastici regionali italiani e l'attività di patrocinio svolto presso gli stessi»⁽¹⁾.

Prestando una particolare attenzione alle riflessioni emerse da più parti nella comunità ecclesiale e altresì osservando le prescrizioni dettate dal can. 1649, la Conferenza Episcopale Italiana ha inteso regolare la materia riguardante le spese giudiziali e gli onorari per le cause trattate innanzi ai Tribunali Ecclesiastici, onorando altresì gli impegni contenuti nel Decreto Generale sul matrimonio canonico⁽²⁾.

L'iter che ha generato le «norme» in oggetto ha preso avvio dall'Assemblea Generale della C.E.I. del maggio 1993, allorquando venne maturata la determinazione di rendere meno gravose le spese delle parti, con la consapevole disponibilità a sovvenire a tale necessità destinando ai Tribunali Ecclesiastici uno specifico contributo finanziario. Dopo tale data, il Consiglio Permanente, esaminando ulteriormente il problema (19/22 settembre 1994), prestando particolare attenzione alla situazione di quanti si trovano in difficoltà e chiedono aiuto alla Chiesa per affrontare il giudizio di nullità del proprio matrimonio, ha affidato l'ulteriore studio della problematica alla commissione episcopale per i problemi giuridici.

Le bozze contenenti le «norme» della commissione, come già scritto, sono poi state inviate alle Conferenze Episcopali Regionali e ai Vicari Giudiziali.

Le «norme», approvate dall'Assemblea Generale dell'8 luglio, ottenuta la necessaria «recognitio», hanno ottenuto la promulgazione con il Decreto del Cardinale Presidente della C.E.I. n. 229/97 del 18.3.1997 e sono entrate in vigore dal 1 gennaio 1998.

2. *Un ulteriore passo in avanti verso la solidarietà.*

La sollecitudine pastorale dei Vescovi italiani verso i fedeli, generata dall'esigenza di favorire senza sacrifici le istanze di giustizia, e il dovere, manifestato anche in questa occasione, di promuovere la «salus animarum», ha consentito l'emanazione delle «norme».

A tali esigenze, di per sé essenziali, si sono aggiunte quelle tese a rendere più uniforme e precisa la configurazione dei Tribunali Ecclesiastici Regionali, sviluppando anche in questo ambito l'esigenza di sovvenire alle necessità della Chiesa, già positivamente avvertita per il nuovo sistema di sostentamento del Clero scaturito dagli Accordi di Villa Ma-

(1) Le «norme» furono inviate, per consultazione, alle Conferenze Episcopali Regionali e ai Vicari Giudiziali con lettera n. 227/96 del 21 febbraio 1996. Le risposte pervenute hanno così consentito emendamenti e modifiche del testo, poi approvate dall'Assemblea Generale della C.E.I. del 10-14 maggio 1996.

(2) Notiziario C.E.I. n. 10, 5.11.1990, nn. 56-58, pp. 276-277.

dama del 18 febbraio 1984 stipulati tra la Chiesa Cattolica e lo Stato Italiano.

Le «norme» attengono fondamentalmente a due aspetti distinti ma collegati, riguardanti entrambi l'amministrazione della giustizia: sostenimento e organizzazione dei tribunali, e tutela e agevolazioni del diritto di difesa per i christifideles nelle cause di nullità matrimoniale.

L'uno e l'altro aspetto disciplinato dalle «norme», evidenziano in pari misura la comune ispirazione, dettata dalla necessità di una solidarietà ecclesiale interregionale, mossa allo scopo di eliminare e/o attenuare quelle difficoltà economiche che rendono direttamente o indirettamente disagiata l'affermazione della giustizia.

3. *Una problematica sempre d'attualità.*

Le nuove «norme», in special modo quelle riguardanti l'avvocatura, non hanno mancato di suscitare interrogativi e perplessità non soltanto tra coloro che esercitano la professione forense nei Tribunali Ecclesiastici ma anche tra coloro che affrontano la nuova normativa in mero punto di diritto.

Per la verità, già in passato il tentativo di regolamentare l'attività giudiziaria, ivi compresa quella forense, non mancò di suscitare vivaci polemiche. Ciò avvenne allorché il Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica, cui è affidata la regolare vigilanza sulla amministrazione della giustizia e sul funzionamento dei Tribunali Ecclesiastici emanò con «litterae circulares» alcune norme che stabilivano criteri precisi per le tasse giudiziarie e per gli onorari da corrispondere ad avvocati e periti⁽³⁾.

In piena interpretazione del magistero conciliare, le nuove disposizioni, volte a uniformare tasse giudiziarie e onorari, vennero preliminarmente «accusate» di procedere contro l'orientamento del Vaticano II teso a rivalutare le Chiese locali, anche in ordine alla regolamentazione di questi aspetti della vita giudiziaria ecclesiastica⁽⁴⁾.

Le «litterae circulares», emanate con l'intento di fronteggiare gli alti costi della giustizia ecclesiastica, prescrivevano che gli onorari e il rimborso delle spese fossero prelevati direttamente dal Tribunale — nella cui cassa i clienti avrebbero effettuato i pagamenti dovuti — dopo apposito giuramento dell'avvocato contenente l'impegno ad osservare le prescrizioni e le tariffe.

(3) Per una buona cronaca degli eventi di quel periodo e per rendersi conto del dibattito sorto tra studiosi, avvocati e in genere operatori del diritto, si veda l'articolo di R. BACCARI, *La vicenda giudiziaria della nuova normativa sulla avvocatura ecclesiastica*, in *Studi in onore di Marcello Migliocchetti*, 1973, p. 57.

(4) Cfr. *ibidem*, p. 58.

Proprio la previsione del giuramento provocò la reazione degli avvocati, i quali avvertivano in tale disposizione una lesione della loro dignità professionale, con conseguente pregiudizio del diritto di difesa. Gli avvocati, denunciando l'inadeguatezza dei parametri introdotti dalle «Litterae», scorsero in esse distorsioni che avrebbero potuto condurre addirittura alla soppressione della professione forense, considerata nel senso di libera professione⁽⁵⁾.

Attraverso queste considerazioni si evidenziò il rischio di compromissione del rapporto di fiducia del cliente con l'avvocato, associando quest'ultimo rapporto di carattere strettamente interpersonale con quello del pagamento (rectius: delle modalità di pagamento) degli onorari professionali. Tale orientamento ha provocato non poche perplessità, non essendo inesatto considerare gli avvocati organi dell'amministrazione della giustizia, se è vero che nel foro ecclesiastico essi debbono contribuire assieme ai giudici, ai difensori del vincolo e ai promotori di giustizia, al raggiungimento del medesimo fine⁽⁶⁾.

Negli anni successivi alla emanazione delle «litterae circulares», la dottrina avviò una specifica riflessione sul diritto di difesa e sul ruolo dell'avvocato⁽⁷⁾. L'esigenza di salvaguardare la «tutela affettiva» da un lato, e il diritto ad una «equa retribuzione»⁽⁸⁾ del lavoro svolto dai ministri del Tribunale, e tra questi gli avvocati, dall'altro, non potendo essere ignorate, hanno indotto alla ricerca di forme adeguate atte a preservare tale delicato equilibrio.

Il Codice del 1917, rispondendo probabilmente alla necessità di tutelare efficacemente e praticamente il diritto di difesa dei non abbienti, corollava le proprie norme (can. 196 e art. 193 S.R.R.) di una sensibile prevenzione nei confronti dell'avvocatura, generando discriminazioni tra i fedeli, se è vero che nei casi di gratuito patrocinio l'avvocato otteneva il mandato non dal cliente ma dal giudice, privando il rapporto tra parte e avvocato di un elemento essenziale quale il rapporto fiduciario⁽⁹⁾. La menzionata carenza, oltre a minare il rapporto parte-avvocato, ledeva decisamente il principio di uguaglianza tra i fedeli, creando una discriminazione in base alla condizione economica: tra coloro che potevano conferire direttamente il mandato e coloro che invece dovendo ricorrere al gratuito patrocinio, richiedevano al Tribunale di essere difesi attraverso la nomina di un avvocato per opera dello stesso Tribunale.

⁽⁵⁾ Cfr. *ibidem*, p. 62.

⁽⁶⁾ Cfr. Allocuzione alla S.R. Rota del 2 ottobre 1944, in A.A.S., 1944, 281.

⁽⁷⁾ Per tutti un articolo di C. GULLO, *Diritto di Difesa o difesa del Diritto?*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, Milano, VI 1997, pp. 294-328.

⁽⁸⁾ Cfr. *Gaudium et Spes* n. 67.

⁽⁹⁾ C. GULLO, op. cit., p. 297.

Ciò in apparente conflitto con il Can. 1892 par.3 del 1917 che prevedendo la nullità della sentenza per difetto di rappresentanza in giudizio, sembrava condividere l'idea che tra parte e avvocato si costituisse un rapporto strettamente fiduciario, anche se tale asserzione di principio nelle concrete applicazioni risultò alquanto diluita⁽¹⁰⁾.

4. *Il nuovo Codice.*

Il nuovo Codice del 1983 nel can. 1481 sancisce il diritto della parte di costituire «liberamente» un proprio avvocato. Lo stesso canone prevedendo la possibilità di difensori «ex officio» in talune cause, non prevede la medesima possibilità nelle cause matrimoniali. Nonostante nella fase di redazione codiciale fosse stata proposta⁽¹¹⁾ la soppressione dell'inciso «exceptis causis matrimonialibus» per tutelare meglio i diritti della parte priva di un avvocato. Conseguendo da ciò che nelle cause di nullità matrimoniale, pur attinendo le stesse al bene pubblico, diverrebbe non obbligatoria l'assistenza dell'avvocato⁽¹²⁾. Tralasciando in questa sede quanto prescritto dal can. 1483 circa le «doti comuni» richieste per il procuratore e per gli avvocati (maggiore età e buona fama di carattere morale), sulle doti proprie (appartenenza alla Chiesa Cattolica, laurea in diritto canonico e approvazione da parte del Vescovo), sul mandato (c. 1484), sulle necessità di un mandato integrativo per il procuratore (c. 2485), sulle fattispecie di eventuali revocche, rimozioni, divieti e sanzioni (cann. 1484-1489), è opportuno concentrare lo studio sulle novità costituita dal can. 1490 che introduce la figura del patrocinatore stabile.

Così recita il testo del can. 1490: «In unoquoque tribunali, quatenus fieri possit, stabiles patroni constituentur, ab ipso tribunali stipendium recipientes, qui munus advocati vel procuratoris in causis praesertim matrimonialibus pro partibus quae eos seligere malint, exercent»; trattandosi di una norma nuova, connessa col 8 par. 3 del can. 1481, ha previsto la costituzione in ciascun tribunale dei patrocinatori stabili, stipendiati dal tribunale stesso che possono esercitare l'ufficio di avvocato o procuratore, specialmente nelle cause matrimoniali in favore delle parti che intendano servirsi della loro opera. Ciò, ovviamente, non significa una concessione generalizzata assimilabile all'istituto del gratuito

⁽¹⁰⁾ Proprio in tema di «gratuito patrocinio» ma anche per i patroni di fiducia, nella misura in cui il can. 1663 prevedeva la possibilità di destituire l'avvocato, da parte del giudice della causa per «justa de causa», ciò denotando un rapporto di subordinazione tra avvocato e giudice.

⁽¹¹⁾ Così la proposta del Card. Corrado Basile, in L. CHIAPPETTA, *Il Codice di Diritto Canonico*, Napoli, 1988, p. 604.

⁽¹²⁾ Cfr. *Communications*, a. 1978, p. 268, can. 87 (2).

patrocinio; essa è infatti subordinata all'accettazione di una motivata istanza precedente la contestazione della lite. L'introduzione di tale nuovo istituto, maturato nell'esigenza di rendere meno onerosa la partecipazione processuale delle parti, tentando di rimuovere gli ostacoli materiali dell'accertamento della verità, ha riportato al centro della riflessione dottrinale il problema della compatibilità tra il nuovo istituto e il patronato di fiducia, con la conseguente necessità di ridefinire gli elementi essenziali della libertà, della fiducia, dell'intuitus personae nonché della professionalità.

Sulle novità menzionate introdotte dal legislatore, la dottrina, anche quella già autorevole⁽¹³⁾, ha avuto la possibilità di esprimersi, individuando nel can. 1490 il risultato frutto di un compromesso tra chi rivendica in modo assoluto il diritto alla difesa esercitato attraverso una persona di propria fiducia e chi invece preme perché, almeno nelle cause matrimoniali, il patrono sia sempre dato d'ufficio.

Altra parte della dottrina eloquendo sul diritto della parte — nelle cause di nullità matrimoniale — oltre che di difendersi da sé, altresì di farsi rappresentare da avvocato/i di propria fiducia (can. 1481 par. 1) e di godere, ricorrendone i presupposti, del gratuito patrocinio (can. 1649 par. 1 n. 3), di essere difesa dall'avvocato pubblico (can. 1490), ha configurato nel ricorso a quest'ultima fattispecie una possibile ipotesi di lesione del diritto di difesa, sia per difetto che per eccesso. Per difetto perché il patrono stabile, facendo parte del Tribunale, non sarebbe sufficientemente libero nei confronti del giudice, soprattutto del vicario giudiziale, correndo il rischio di non tutelare adeguatamente la parte. Per eccesso, perché il patrono stabile potrebbe godere della fiducia del giudice che presumerebbe la sua azione fondata sulla verità. Con l'evidente risultato, nelle ipotesi estreme appena menzionate, di ledere l'integrità morale e professionale dei giudici. Proprio sull'inadempienza del patrono stabile, generante una possibile violazione del diritto di difesa, molto si è discusso in dottrina, in quanto l'avvocato pubblico sarebbe patrono di fiducia non solo della parte ma anche del Tribunale⁽¹⁴⁾.

A parere dello stesso Autore però rimarcando sulle difficoltà di indipendenza del patrono stabile, si commetterebbe un torto non soltanto alla capacità dell'avvocato ma anche alla correttezza del Tribunale. Così come alcuna violazione del diritto di difesa per eccesso protrebbe configurarsi, atteso che l'avvocato pubblico non è imposto ma scelto dalla parte («seligere malint» ex can. 1490)⁽¹⁵⁾.

(13) Cfr. M.F. POMPEDDA, *Studi di diritto processuale canonico*, Milano, 1995, p. 59.

(14) Cfr. C. GULLO, *Il diritto di difesa nelle varie fasi del processo matrimoniale*, in *Monitor Ecclesiasticus*, I-II, 1988, p. 36.

(15) Cfr. *Ibidem*, p. 37.

5. Le «norme» della CEI.

Rendendo operativa la riserva prevista dal can. 1649, la C.E.I. con proprie norme particolari ha integrato la previsione codiciale.

Le «norme» affrontano primariamente il problema del sostentamento e della responsabilità dei Tribunali Ecclesiastici (art. 1 par. 1), riferendo tali competenze alle regioni ecclesiastiche di appartenenza (Conferenze Episcopali Regionali). Prevedendo nel par. 3 dell'art. 1 l'adozione, da parte delle conferenze episcopali regionali, di un Regolamento per il Tribunale di cui è responsabile.

A conferma della tesi secondo cui anche per il funzionamento dei Tribunali si sarebbe fatto ricorso ai meccanismi di solidarietà previsti per il sostentamento del clero, vi sono gli artt. 2 e 3. Prevedendosi accanto alla forma ordinaria di contribuzione della C.E.I., un'altra possibilità di supporto economico straordinaria ed eventuale.

L'art. 4 par. 2, attuando quanto previsto dal 1649 (3), ha previsto che «le parti che versano in condizioni di provata indigenza possono chiedere al Preside del Collegio giudicante la riduzione del predetto contributo o l'esenzione dal versamento stesso». La riduzione o l'esenzione vengono così concesse dallo stesso Collegio dopo aver acquisito gli elementi necessari per la valutazione del caso⁽¹⁶⁾.

La vera novità delle «norme» è costituita però dall'art. 6, che introduce la figura dei patroni stabili cui i fedeli possono rivolgersi per chiedere consulenza canonica circa la loro situazione matrimoniale e per avvalersi del loro patrocinio avanti al Tribunale Regionale presso cui prestano servizio.

Il par. 2 dell'art. 6 stabilisce inoltre che, per potersi avvalere del patrocinio di un patrono stabile, la parte che ne abbia interesse deve farne richiesta scritta e motivata al Preside del Collegio giudicante. Questi accoglie la richiesta, tenuto conto delle ragioni addotte e delle effettive disponibilità di servizio. Il par. 3 inoltre aggiunge che: ... «alla retribuzione dei patroni stabili provvede il Tribunale..., attingendo dalle risorse messe a disposizione dalla C.E.I. e alle condizioni stabilite dalla medesima»⁽¹⁷⁾.

Il par. 4 conclude l'intero complesso delle nuove «norme» prescrivendo che «il patrono stabile può non accettare l'incarico per una determinata causa ovvero in corso di causa all'incarico assunto, se legittimamente impedito o se ritenga, in scienza e coscienza, di non poter continuare a svolgerlo»⁽¹⁸⁾.

⁽¹⁶⁾ Norme circa il regime Amministrativo dei tribunali Ecclesiastici Regionali Italiani e l'attività di patrocinio svolta presso gli stessi, in *Notiziario della Conferenza Episcopale Italiana*, n. 2 del 26.3. 97, p. 59.

⁽¹⁷⁾ *Ibidem* p. 61.

⁽¹⁸⁾ *Ibidem* p. 62.

A tal proposito non deve destare perplessità la riserva di regolamentazione prevista in favore del Vescovo che ha la direzione del Tribunale: Egli stabilirà le norme per tutto ciò che riguarda la disciplina delle spese giudiziarie e del gratuito patrocinio (can. 1649 par. 1). Tali « regolamenti particolari », infatti, costituiscono la pratica applicazione del principio di sussidiarietà presentato nel Sinodo generale dei Vescovi, in quanto collocato nei principi guida del Codice di diritto canonico⁽¹⁹⁾.

Tale regolamentazione particolare, secondo le previsioni della Commissione per la revisione, tende a svilupparsi nelle forme degli statuti giudiziari e dei direttori. Nei primi disciplinandosi le questioni amministrative-disciplinari-economiche con norme delle conferenze episcopali; nei secondi, sempre con l'approvazione della stessa Conferenza, si stabiliscono i regolamenti pratici dei Tribunali, per tutte quelle materie non definite dal Codice e rimesse al diritto particolare⁽²⁰⁾.

Descritte sommariamente le innovazioni introdotte dalle nuove « normae » riguardanti la figura del patrono, occorre correttamente inquadrare la posizione giuridica dell'avvocato che agisce nei tribunali ecclesiastici; potendosi tranquillamente ritenere che l'avvocato pubblico (o patrono stabile), stipendiato dal tribunale stesso, eserciti un « ufficio ecclesiastico » (« officium »).

Ovviamente, non possono rientrare in tale categoria gli avvocati di fiducia, i quali ricevendo un mandato remunerato da un privato in relazione all'oggetto dell'attività d'ufficio, potrebbero tutt'al più fare rientrare la propria attività tra i « munus » ecclesialmente rilevanti⁽²¹⁾.

L'ammissione del patrono stabile, una volta chiamato avvocato pubblico, dà infatti la possibilità alle parti di completare l'iter processuale senza sostenere alcuna spesa, fatta salva però la facoltà del patrono (ex art. 6) di rinunciare all'incarico allorquando sopravviene un legittimo impedimento o cose contrarie alla sua coscienza e alla sua scienza. Tali avvocati sono al servizio dei più poveri, dei meno abbienti, i quali devono dimostrare di non essere in grado di remunerare altri avvocati iscritti all'Albo del tribunale che potrebbero essere designati per assumere il patrocinio gratuitamente, i quali, alla luce della nuova possibi-

(19) Cfr. M.F. POMPEDDA, op. cit. p. 83.

(20) Cfr. Communicationes, 2, 1970, p. 185.

(21) L. MUSSELLI, *Il ministero degli avvocati tra difesa del cliente e fedeltà alla verità ed alla giustizia*, in *La giustizia nella Chiesa; fondamento divino e cultura processualistica moderna*, 1997, p. 152. Sulla figura del padrono stabile, soprattutto nella sua evoluzione storica vedesi J. OCHOA, *La figura canonica del procurador y abogado publico*, in « *Dilexit Iustitiam* » studia in honorem A. Card. Sabattani, SCV 1984, P. 249-284, nonché J. LLOBELL, *Lo « jus postulandi » e i patroni*, in AA.VV., *Il processo matrimoniale canonico*, Studi Giuridici XVII, (2ª ed.), SCV 1994, p. 185 e ss.

lità, verrebbero così sollevati dagli obblighi derivanti dall'assunzione del gratuito patrocinio.

Sostanzialmente l'istituto del gratuito patrocinio, già previsto nel *Codex* del 1917 nonché in quello attuale, e quello del patrono stabile sono stati costituiti per il medesimo scopo: quello di consentire la tutela dei diritti di coloro che versano in difficoltà economiche gravi; sebbene il raggiungimento di tale scopo si concretizzi usufruendo di strumenti e istituti differenti. Di fatto i due istituti sono concorrenti ma il patrono stabile, organo del tribunale, diviene una istituzione necessaria sotto il profilo organizzativo: indice della funzionalità che il tribunale deve esprimere nell'amministrazione della giustizia, anche quando non dovessero essere disponibili patroni, iscritti all'albo del tribunale, da assegnare per il gratuito patrocinio. Alla parte la facoltà di scegliere se avvalersi dell'uno o dell'altro; potendo influire sulla scelta ragioni oggettive e soggettive non di rado rilevanti. Ovviamente, come già articolato, permangono sostanziali differenze sulla natura delle due istituzioni e sugli emolumenti, fissi (mensili) per il patrono stabile, di volta in volta liquidati agli avvocati che hanno prestato il gratuito patrocinio, nonché sull'incompatibilità con l'esercizio della libera professione prevista per i patroni stabili.

In definitiva, l'introduzione del patrono stabile non vuole significare l'abbandono dell'istituto del gratuito patrocinio prestatore dall'avvocato designato dal tribunale ogni qualvolta se ne manifesti la necessità. Il gratuito patrocinio continua a conservare la propria valenza non soltanto perché idoneo a sviluppare un rapporto fiduciario interpretato più intenso, sebbene previa designazione e mandato del Presidente, ma anche perché costituisce una alternativa collaudata per superare difficoltà e incompatibilità che potrebbero verificarsi per le numerose richieste di patrocinio stabile o per ragioni di carattere logistico: potrebbe, per esempio, essere ancora più gravoso per la parte coltivare un rapporto con un patrono stabile quando questi rendesse il proprio servizio in un luogo assai distante dalla residenza della parte, potendo essere invece più agevole favorire la parte in difficoltà, assegnando alla stessa il gratuito patrocinio, nominando un avvocato residente nel medesimo luogo in cui la parte ha la propria residenza.

Una tale scelta sarebbe in perfetta sintonia con le finalità di entrambi gli istituti, favorendo così un più agevole e meno costoso accesso alla giustizia ecclesiastica.

Altresì, in possibili situazioni di sovraccarico dell'ufficio dei patroni stabili, oltre che per i già accennati casi di incompatibilità oggettiva e soggettiva — per esempio, le cause avviate da parenti non abbienti del patrono stabile — vi sarebbe la possibilità per il tribunale di ovviare a detto inconveniente accordando il gratuito patrocinio, che costituirebbe in tal caso non soltanto una necessaria «valvola di sfogo» ma garantirebbe pienamente il diritto di difesa nonché lo svolgimento dell'eventuale causa nei tempi ordinari previsti dalla legge canonica. Evitando

così lungaggini che potrebbero compromettere irrimediabilmente le esigenze di giustizia, con conseguente sofferenza degli interessati.

Ai tribunali il compito di dosare il ricorso all'uno o all'altro istituto, dovendosi vagliare singolarmente ogni richiesta, per offrire alla parte la possibilità meno onerosa e più adatta a garantire il diritto di difesa.

In stretto collegamento si pone la questione degli onorari; le nuove norme sembrano conferire al vicario giudiziale di ogni Tribunale Regionale una discrezionalità più ampia di quanto a prima vista possa apparire, dovendo esso far riferimento unicamente alla tabella stabilita dal presidente della C.E.I., nella quale sono previsti minimi e massimi.

6. *Conclusione.*

Con l'adempimento di quanto previsto dal can. 1490, le nuove « norme » della C.E.I. sistemano ulteriormente la materia riguardante i tribunali ecclesiastici, rendendola ancora più aderente ai principi che hanno ispirato la promulgazione del nuovo Codice di diritto canonico.

La volontà di osservare nel modo migliore la legge suprema della Chiesa, che è la « salus animarum », ha sospinto i Vescovi verso scelte coraggiose e necessarie.

Il buon funzionamento della giustizia infatti, aldilà delle rette intenzioni, richiede una organizzazione oggettivamente improntata a un ordinato funzionamento amministrativo, disciplinare, contabile e giudiziario in senso stretto. I tribunali stessi saranno responsabili della propria gestione, avvalendosi del concorso finanziario della Regione di appartenenza e in via sussidiaria della Conferenza Episcopale Italiana (art. 2).

Così, come avvenuto per il nuovo sistema del sostentamento del clero e per i seminari regionali, anche i tribunali ecclesiastici diventano patrimonio, nella accezione più ampia dell' espressione, delle chiese locali; con la benefica conseguenza che va oltre il sostegno economico ma che si sostanzia, proprio grazie a una configurazione più precisa e omogenea, in una amministrazione della giustizia a tutela del patrimonio linguistico e storico-culturale, a salvaguardia delle identità locali, con al tempo stesso una opera di formazione in favore della coscienza di chiesa e della responsabilità contributiva di tutti i Christifideles anche a sostegno della giustizia.

Così come assai preziosa risulta la prevista possibilità, in via sussidiaria, del sostegno economico da parte della C.E.I., a ulteriore conferma delle decise scelte solidali, già operate dalla conferenza Episcopale italiana in altri ambiti, alcuni dei quali già menzionati, della vita della Chiesa italiana.

L'importante novità riguarda però soprattutto l'esercizio della professione forense, mediante la previsione di due patroni stabili che soddisfa ampiamente i « desiderata » dal can. 1490.

Il Codex, esprimendo tale auspicio perentoriamente con il « costituantur », ha ritenuto indispensabile la creazione di questa nuova figura

di patrono. L'art. 6 par. 1 delle norme, sottolineando il « deve » ha evidenziato la necessità di tale istituzione per far sì che si esprimesse concretamente la sollecitudine pastorale della Chiesa nei confronti di coloro che versano in situazioni di difficoltà circa il loro stato di vita matrimoniale. Il patrono stabile, titolare di un « ufficio ecclesiastico » e organo del Tribunale, può rendere più agevole il contatto tra il fedele e il tribunale stesso, servendo con disponibilità, ascolto e consiglio.

Esso, sia offrendo la semplice consulenza, sia assumendo il patrocinio — dopo richiesta scritta e motivata al Presidente del Collegio giudicante art. 6 par. 2 che si esprimerà dopo aver attentamente vagliato la situazione oggettiva — offrirà il proprio servizio gratuitamente.

Il patrocinio dell'avvocato stabile del tribunale però, non dovrà essere confuso con l'istituto del gratuito patrocinio che è un diritto dei poveri — come già spiegato — riconosciuto già dal can. 1914 del C.I.C. del 1917. Il diritto vigente infatti continua a riconoscere tale diritto in base ai cann. 1464 e 1649 (1,3°). L'avvocato di ufficio, concesso mercè la richiesta di gratuito patrocinio, anche se nominato e pagato dal Tribunale e non direttamente dalla parte, resta sempre un libero professionista e la nomina per un caso concreto non lo confonde mai con l'avvocato pubblico del tribunale. Ciò si evince bene anche dal testo dell'art. 5 par. 6 che prescrive la disponibilità obbligatoria degli avvocati del Tribunale a prestare a turno il gratuito patrocinio.

Di fronte a residue richieste di chiarimento che la dottrina si pone sulla forma e i tempi processuali da utilizzare per proporre la richiesta di un patrono stabile⁽²²⁾, nonché sull'inquadramento e sui diritti dell'avvocato sia come professionista che come *Christifidelis*, allo scopo anche di evitare la discriminazione tra patrono pubblico e di fiducia relativamente alla possibilità di recesso dal mandato, ci basta ricordare che, ove ve ne fosse necessità, tali passaggi potranno e/o dovranno essere precisati dai regolamenti propri che ogni tribunale regionale dovrà adottare. Nella stessa sede potranno essere soddisfatti adeguatamente gli auspici di quanti confidano nella istituzione di collegi professionali di avvocati presso ogni albo già esistente, per favorire l'aggiornamento, la collaborazione e il controllo del corretto comportamento degli avvocati⁽²³⁾. Tali collegi andrebbero perciò costituiti formalmente, potendo così ottenere l'approvazione dei propri statuti nella diocesi in cui opera il Tribunale.

Pur tenendo nel debito conto la potenziale perfettibilità degli istituti e delle regole introdotte dalle « norme » della Conferenza Episcopale Italiana, ne va apprezzata la sintonia con i principi ispiratori di tutto il di-

(22) Cfr. T. VANZETTO, *Procuratori, avvocati e patroni: a tutela dei diritti dei fedeli*, in *Quaderni di diritto ecclesiale*, n. 4 1997, p. 428.

(23) Cfr. C. GULLO, *Il diritto di difesa...*, op. cit., p. 38 e ancora L. MUSSELLI, op. cit., p. 162-163.

ritto canonico, pienamente congruente con le esigenze della *charitas* cristiana. Tutto ciò trova ulteriore conferma nell'ampliamento delle opportunità già previste dal can. 1490 e ora attuate con l'emanazione delle nuove « norme », che erano affiancate al già esistente gratuito patrocinio e alla riduzione delle spese l'istituzione dei patroni stabili.

Pertanto, se le finalità della precedente produzione normativa codiciale già prevedevano in una qual misura l'abbattimento dei « costi » della giustizia ecclesiastica, anche attraverso il sostegno solidale e sussidiario reciproco tra le chiese, si può affermare con serenità che le norme che sono entrate in vigore il 1° gennaio 1998 hanno fatto di certo registrare un passo in avanti qualitativamente rilevante. Frutto di un discernimento e di una mediazione contestualizzata e equilibrata; scevra da soluzioni come quella francese. Verso una piena tutela di coloro i quali, orientati a una revisione della propria vita, potrebbero incontrare negli oneri processuali — specialmente in materia di nullità matrimoniale — un ostacolo grave per ottenere giustizia nella verità.

A giovamento della pace di costoro, della loro serenità interiore e della salvezza delle loro anime.

Francesco Lozupone

PARAGUAY

CONFERENZA EPISCOPALE DEL PARAGUAY, **Norme complementari al C.I.C.**
12 novembre 1994 (*).

Decreto General

Visto:

— la elaboración de Normas particulares complementarias al Código de Derecho Canónico realizada por la 116ª Asamblea Plenaria Extraordinaria de la CEP (17/21 de julio de 1989), que integró Las Normas aprobadas en su momento por la 97ª Asamblea Plenaria Extraordinaria (13/14 setiembre 1983), por la 98ª Asamblea Plenaria Ordinaria

(*) Note in calce di J. Martín de Agar. Fonte: CONFERENCIA EPISCOPAL PARAGUAYA, *Legislación Complementaria al Código de Derecho Canónico*, Asunción-Paraguay 1994. Elaborate nei primi anni dopo la promulgazione del CIC, le norme sono state poi rivedute e definitivamente emanate circa dieci anni dopo; in questo modo è stato possibile fruire dell'esperienza di altre Conferenze episcopali, come si è cercato di evidenziare in queste note. Il risultato è un diritto particolare complessivamente pregevole, le cui norme appaiono abbastanza aderenti alla realtà e alle possibilità delle chiese paraguaiane, che sono una dozzina. Di tale realismo sono un esempio gli spazi di autonomia che si affidano alla competenza dei singoli Vescovi diocesani.

(14/18 noviembre 1983) y por la 100ª Asamblea Plenaria Extraordinaria (22/23 mayo 1984);

— la revisión de esa Legislación Complementaria, según observaciones de los Organismos pertinentes de la Sede Apostólica, realizada por la 124ª Asamblea Plenaria Ordinaria (12/16 noviembre 1990), por 132ª Asamblea Plenaria Ordinaria (9/13 noviembre 1992), y por la 136ª Asamblea Plenaria Ordinaria (9/11 marzo 1994); y,

Considerando:

— que la Congregación para Los Obispos aprobó aquella elaboración y sus revisiones por sucesivos Decretos del 4 de enero de 1992, del 23 de setiembre de 1993, y del 20 de mayo de 1994, todos según Protocolo N 501/84;

La Conferencia episcopal paraguaya

Decreta:

Publíquese la Legislación Complementaria al Código de Derecho Canónico, que entrará en vigencia inmediata en todas las Jurisdicciones Eclesiásticas del país.

Dado en Asunción, a los 12 días de noviembre de mil novecientos noventa y cuatro.

Oscar Páez Garcete
Obispo de Alto Paraná
Presidente de la CEP

Carlos M. Villalba
Obispo de San Juan Bautista de las Misiones
Vicepresidente de la CEP
Pastor Cuquejo
Obispo Castrense
Secretario General de la CEP

LEGISLACIÓN COMPLEMENTARIA AL CÓDIGO DE DERECHO CANÓNICO

Conferencia Episcopal Paraguaya

Canon 230, parr. 1: Determinar la edad y las condiciones de los aspirantes a los ministerios de lector y acólito ⁽¹⁾.

1. La Conferencia Episcopal Paraguaya establece en 25 años la edad mínima para recibir el ministerio estable de lector y acólito ⁽²⁾.

⁽¹⁾ *Recognitio*, 4.I.1992.

⁽²⁾ L'età qui fissata non si richiede agli aspiranti al diaconato né al presbiterato, che possono ricevere i ministeri prima dei 25 anni (vid. *sub* c. 236, n. 2 e *sub* c. 1031).

2. Los varones laicos que aspiren a estos ministerios y tengan la edad requerida deberán reunir las siguientes condiciones:

a) Vida cristiana ejemplar, tanto en el cumplimiento de las obligaciones personales como en el orden familiar, social y eclesial.

b) Experiencia pastoral en el marco de organismos, asociaciones y actividades eclesiales.

c) Suficiente preparación doctrinal que les permita ejercer provechosamente el ministerio recibido.

3. Estas condiciones serán especificadas, de acuerdo con las circunstancias de la Diócesis, por el Obispo que desee conferir el ministerio. Para conferir dicho ministerio oír el parecer consultivo del Cura Párroco y de los responsables de la comunidad a la que pertenece el aspirante.

Canon 236: Establecer normas para la formación de los aspirantes al Diaconado Permanente ⁽³⁾.

Los varones laicos, casados o célibes, que aspiren al Diaconado Permanente deberán, además de lo mandado en el Canon 236, Inc. 1 y 2:

1. Contar con un plan de formación emanado por la Conferencia Episcopal Paraguaya, y que contenga los siguientes puntos, además de los eventuales puntos específicos de cada diócesis:

a) Al Obispo diocesano le corresponde crear las estructuras y servicios necesarios para la preparación de los futuros diáconos, así como nombra un encargado diocesano, al frente de una comisión responsable de que los candidatos reciban una adecuada formación que integre los aspectos espiritual, doctrinal y pastoral.

b) Las actividades para esa formación deberán ser organizadas de tal manera que no interfieran con el trabajo civil de los candidatos.

c) La formación del candidato ha de ser seria y sin prisa, ya que las funciones encomendadas a los diáconos son delicadas. El tiempo mínimo para esa formación será normalmente de tres años. Al Obispo diocesano le corresponderá juzgar si acaso procede un período más breve de formación al diaconado, nunca menor de tres años, para los candidatos que ya poseen formación anterior que integre los tres aspectos señalados y que sean idóneos para este ministerio.

⁽³⁾ *Recognitio*, 23.IX.1993. Le norme riguardanti la formazione degli aspiranti al diaconato permanente riprendono sostanzialmente quelle emanate dalla Conferenza episcopale del Cile. Per i riferimenti alle delibere delle Conferenze episcopali, vid. J.T. MARTÍN DE AGAR, *Legislazione delle Conferenze Episcopali complementare al C.I.C.*, Milano 1990.

Formación espiritual:

d) Durante el período de su formación, el futuro diácono procurará ir formulando y viviendo una espiritualidad específicamente diaconal. Atenderá especialmente la frecuencia de los sacramentos; la vida litúrgica, en particular la Santa Misa; la lectura y la meditación de la palabra de Dios; el ejercicio del servicio y de la caridad; etc.

Formación doctrinal:

e) La formación doctrinal o intelectual de los futuros diáconos será determinada por los Obispos de la CEP, quienes podrán valerse de los servicios de los centros teológicos, catequísticos y otros, existentes en sus diócesis.

Formación pastoral:

f) Durante su formación, los candidatos irán aprendiendo y poniendo en práctica algunas metodologías y técnicas para el trabajo en grupo y para el conocimiento de la realidad, junto con algunos aspectos prácticos de su ministerio, como la animación de comunidades cristianas, el ejercicio ordenado de la celebración litúrgica de los sacramentos, la práctica de la catequesis, de la asistencia social, de la visita a los enfermos, etc.

g) También deberá darse «una debida preparación de su propia familia, de la comunidad que lo acoge, del presbiterio y de los laicos». (Puebla 716).

h) Antes de la ordenación diaconal, los candidatos deberán recibir los ministerios de lector y acólito y haberlos ejercido durante un tiempo conveniente, no menor de seis meses. (Cfr. C. 1035).

Formación permanente:

i) Los diáconos, una vez ordenados, se preocuparán seriamente de ir actualizando la formación recibida, conscientes de que deben seguir creciendo en su vida espiritual, estar al tanto de la vida de la Iglesia y del mundo en el cual viven y sirven. Los responsables diocesanos del diaconado les facilitarán esa constante actualización organizando cursos, charlas, reuniones, retiros, etc., que aseguren esa formación permanente.

2. Para acceder al Orden del Diaconado Permanente es necesario haber cumplido 25 años de edad si son solteros, y 35 si son casados, con 10 años de matrimonio. Si quedaren viudos, no podrán volver a casarse sin dejar el ejercicio del Orden⁽⁴⁾. (Cfr. C. 1031).

(4) Non sembra riuscita la maniera nella quale è stato presentato l'impedimento matrimoniale dell'ordine sacro (c. 1087), come se si trattasse di una alternativa lasciata alla scelta del diacono rimasto vedovo.

3. Los candidatos deberán poseer en particular los siguientes requisitos:

- a) Certificado de buena salud física y síquica.
- b) Riqueza de las virtudes teologales, espíritu de oración, amor a la Iglesia, compromiso apostólico personal, disponibilidad al servicio eclesial.
- c) Seriedad moral, prudencia y equilibrio.
- d) Buena inteligencia, sentido de responsabilidad, idoneidad para el diálogo y la colaboración.
- e) Buena fama y aceptación en su comunidad y en su familia.

4. Se acogerán candidatos de toda clase social y de toda profesión civil, considerada por la Conferencia Episcopal compatible con el ministerio del Diaconado.

5. Para los casados, se requiere el consentimiento de la esposa. (C. 1031, 2).

6. Los diáconos no participarán en la política activa de partidos⁽⁵⁾.

7. Antes de admitirlos a la ordenación, el Obispo evaluará las cualidades del candidato, consultando a los formadores y también a los responsables de las comunidades en las que este ha vivido o a algunos de sus miembros.

8. Al Obispo diocesano competen la admisión y formación de los candidatos, así como la eventual cesación en el ejercicio diaconal, conforme con los cánones y demás disposiciones generales sobre competencia, causas y remoción de oficios. (CC. 192-195).

Canon 276, parr. 2: Establecer la parte de las horas litúrgicas que debe ser rezada por los diáconos permanentes.

La Conferencia Episcopal Paraguaya resuelve que sean las horas Laudes y Vísperas⁽⁶⁾.

Canon 284: Determinar el traje eclesiástico

Se establece como hábito eclesiástico digno la sotana, el traje con cuello eclesiástico y la camisa con alzacuello.

⁽⁵⁾ Cf. c. 287 2. La competenza attribuita alle Conferenze episcopali dal c. 236 riguarda soprattutto la formazione dei candidati al diaconato permanente, tuttavia la Conferenza paraguaiana ha ritenuto inclusa in essa anche il riferimento al diritto particolare del c. 288.

⁽⁶⁾ *Recognitio*, 4.I.1992.

La presentación del sacerdote debe ser siempre decorosa y correcta, de acuerdo con las costumbres del lugar y respetando la sensibilidad del pueblo (7).

Canon 496: Dar normas para los estatutos de los Consejos Presbiterales .

1. En cada diócesis se constituirá el Consejo Presbiteral, integrado por sacerdotes que representan el presbiterio y cuya misión es ayudar al Obispo en el gobierno de la diócesis.

2. El Consejo estará integrado por tres clases de miembros: electivos, natos y nombrados por el Obispo.

a) Los miembros electivos representan a los sacerdotes que trabajan en la diócesis y son libremente elegidos por ellos de acuerdo con los criterios de los ministerios que ejercen y de las zonas territoriales de la diócesis. Su número se fijará de modo que aproximadamente la mitad de los miembros del Consejo sean elegidos por los sacerdotes.

b) Son miembros natos del Consejo los sacerdotes que ejercen un oficio determinado en la diócesis, según lo que establezca cada estatuto diocesano del Consejo. Siempre han de estar entre los miembros natos quienes tengan cargo de Vicario General o Rector del Seminario.

c) El Obispo diocesano tiene facultad para nombrar libremente otros miembros del Consejo.

3. La función del Consejo Presbiteral se ejerce en aquellas cuestiones que son planteadas por el Obispo o en las que a propuesta de los miembros son aceptadas por aquel.

4. El Consejo Presbiteral tiene solo voto consultivo. El Obispo debe oírlo en los asuntos de mayor importancia. (CC. 461, 1; 515, 2; 531; 536, 1; 1222, 2; 1263).

5. Las modalidades de elección, la determinación del plazo, la periodicidad de reuniones, etc., serán determinadas por el estatuto propio y el Obispo diocesano (8).

Canon 522: Admitir el nombramiento de párrocos «ad tempus» (9)

1. Normalmente, los párrocos deberán ser nombrados por un tiempo indefinido.

(7) *Recognitio*, 23.IX.1993.

(8) *Recognitio*, 23.IX.1993.

(9) *Recognitio*, 23.IX.1993.

2. Sin embargo, la Conferencia Episcopal Paraguaya establece que, para los casos en que por razones pastorales se juzgue necesario nombrarlos solo por un tiempo, el Obispo diocesano así pueda hacerlo.

Canon 535, parr. 1: Prescribir particulares libros parroquiales ⁽¹⁰⁾.

La Conferencia Episcopal Paraguaya resuelve que sean también obligatorios el libro de Confirmaciones, el de Entradas y Salidas y el de Balance e Inventario.

Canon 538, parr. 3: Dar normas para la sustentación de los párrocos jubilados ⁽¹¹⁾.

El seguro sacerdotal fijará el monto de la pensión de todos los Párrocos jubilados. Cada Obispo tendrá en cuenta la situación personal y las necesidades eventuales del Párroco y proveerá a las mismas, a partir de aquella base, del seguro sacerdotal.

Canon 755, parr. 2: Establecer normas prácticas de ecumenismo ⁽¹²⁾.

1. Obsérvense en las diócesis los principios doctrinales y las normas prácticas de actuación, referentes a los fieles en general y a los agentes de pastoral, contenidos en el documento «Unidad en la Verdad», instrucción doctrinal y pastoral de la Conferencia Episcopal Paraguaya sobre la identidad de los católicos ante los otros cristianos (diciembre 1986).

2. La Conferencia Episcopal Paraguaya determina en particular:

A los párrocos:

a) Si la penetración de las sectas esté muy difundida, el Párroco instruya públicamente a los fieles acerca de la verdad católica, particularmente cuando la penetración de las sectas es muy intensa. En todos los casos, dedíquese con especial atención a las familias afectadas. Deberá distinguirse convenientemente las simples sectas de las otras Iglesias y comunidades eclesiales.

b) Cuide el Párroco que la catequesis sea rica en contenido bíblico, especialmente en los temas que puedan tener interpretaciones erróneas. La catequesis debe también tener en cuenta la dimensión ecuménica. (Cfr. «Cat. tradendae», N° 32).

⁽¹⁰⁾ *Recognitio*, 4.I.1992.

⁽¹¹⁾ *Recognitio*, 4.I.1992.

⁽¹²⁾ *Recognitio*, 23.IX.1993.

c) El Párroco practique las relaciones personales de diálogo y acogida, en especial con los ministros de las otras Iglesias y comunidades eclesiales.

A los catequistas:

a) Que cultiven los catequistas una específica preparación ecuménica, doctrinal y práctica, sobre todo en los ambientes que así lo requieran.

A los fieles en general:

a) En el trato con los otros cristianos, los fieles sean formados en actitudes respetuosas, honestas y abiertas a un prudente diálogo, sin temor de testimoniar la verdad católica que deben profesar y vivir. Sepan distinguir entre la libertad de conciencia y el indiferentismo religioso.

b) En todo lo posible, procuren colaborar con ellos en las obras de bien común.

Canon 766: Dar normas sobre la admisión de los laicos a la predicación ⁽¹³⁾.

La Conferencia Episcopal Paraguaya, salvo lo prescripto en el Canon 767, párrafo 1, determina que, tanto en virtud del sacerdocio común, del que participan por el Bautismo y la Confirmación, cuanto por razón de necesidad y de provecho o utilidad, los laicos, debidamente autorizados, pueden predicar en una iglesia u oratorio:

a) En los casos de necesidad habitual, para que los laicos puedan ser admitidos a predicar durante un cierto periodo de tiempo que puede ser renovado, se requiere la aprobación del Obispo diocesano.

b) En casos particulares, donde la utilidad pastoral lo aconseje, el mismo Obispo determinará las condiciones según las cuales el Párroco puede autorizar la predicación de los laicos, teniendo presente que no se haga ninguna acepción de persona de parte del mismo.

c) En todo caso, para poder otorgar esta autorización a los laicos, es necesario que estos posean principalmente las siguientes condiciones personales: buena fama, testimonio de vida cristiana, haber recibido el Sacramento de la Confirmación, fidelidad al magisterio de la Iglesia y adecuada preparación doctrinal.

d) El Obispo diocesano o sus delegados deberán, asimismo, evaluar la predicación, cuidar de la formación y orientar a quienes la ejercitan.

⁽¹³⁾ *Recognitio*, 23.IX.1993. Le norme rispecchiano quelle emanate dalla Conferenza episcopale argentina. Correttamente si distingue tra l'ammissione a predicare abitualmente e in casi particolari.

Canon 772, parr. 2: Establecer normas para la exposición de la doctrina cristiana por radio o televisión ⁽¹⁴⁾.

1. Para hablar en forma habitual sobre temas de doctrina cristiana por radio o televisión, se necesita la autorización escrita del Ordinario del lugar de la emisión, cuya validez será de dos años, a no ser que se haya concedido por un período menor, y puede renovarse por períodos sucesivos. Los religiosos, además, deberán contar, de antemano, con la autorización de parte de su superior. La autorización no será dada sin tenerse en cuenta los criterios sobre el tema, ya aprobados por la Conferencia Episcopal Paraguaya, como son: preparación doctrinal adecuada, vida concorde con la propia condición canónica, fidelidad al Magisterio de la Iglesia, capacidad en el servicio de las comunicaciones sociales.

2. Cuando se trata de una intervención ocasional, el que hable evitará hacerlo en nombre de la Iglesia, si se trata de cuestiones conflictivas o sujetas a opiniones diversas ⁽¹⁵⁾.

3. Las transmisiones, por radio o televisión, de celebraciones litúrgicas, especialmente de la Santa Misa, deberán ser hechas de acuerdo con las normas emanadas por la Conferencia Episcopal Paraguaya.

Canon 788, parr. 3: Emanar estatutos sobre catecumenado ⁽¹⁶⁾.

Los catecúmenos, a saber aquellos que se preparan para la recepción fructuosa de los sacramentos de la iniciación cristiana en el momento oportuno, a quienes la Iglesia acoge ya como suyos por la vida de fe, esperanza y caridad que llevan, gozan de un estatuto jurídico peculiar, en el que entran por lo menos las siguientes obligaciones y prerrogativas:

1. *Obligaciones*: supuesta su inscripción en el catecumenado, a tenor del Ritual de la Iniciación cristiana de Adultos, seguirán los pasos sucesivos de la iniciación cristiana en él señalados: participarán en la Liturgia de la Palabra semanal, sea con la comunidad cristiana, sea en actos peculiares; y llevarán una vida evangélica propia de su condición.

⁽¹⁴⁾ *Recognitio*, 23.IX.1993. Norme ispirate a quelle emanate dalle Conferenze argentina e cilena.

⁽¹⁵⁾ Un'avvertenza simile è stata fatta dalla Conferenza episcopale del Belgio. In questo modo viene tutelata la libertà dei fedeli nelle questioni temporali.

⁽¹⁶⁾ *Recognitio*, 4.I.1992. Questa delibera è uguale a quella della Conferenza episcopale spagnola.

2. *Prerrogativas*: pueden impartírseles sacramentales, a tenor del Canon 1170; a cada uno acompañará en su itinerario catecumenal un padrino, es decir, un varón o una mujer que le conozca, le ayude y sea testigo de sus costumbres, de su fe y de su voluntad; pueden, y aún, deben participar en la actividad apostólica de la Iglesia; si contraen matrimonio, la comunidad cristiana los acompañará con una peculiar celebración religiosa, cumplidas las condiciones que determine el Ordinario del lugar; están equiparados a los fieles en materia de exequias.

Canon 804, parr. 1: Dar normas sobre la educación religiosa católica en los escuelas o en los diversos medios de comunicación social⁽¹⁷⁾.

I) *Con respecto a la educación religiosa católica en las escuelas:*

1. Cuando se trata de acuerdos o normas que deben establecerse con el gobierno del Estado y con validez para toda la República, la Conferencia Episcopal Paraguaya deberá aprobar dichas normas o acuerdos, salvo los derechos de la Sede Apostólica⁽¹⁸⁾.

2. Cuando se trata de centros educativos de cualquier nivel, sean religiosos, privados o estatales, compete al Obispo diocesano aprobar los programas de formación de catequistas, así como los títulos habilitantes para fungir de tales en dichos centros educativos.

3. Compete también al Obispo diocesano establecer las líneas fundamentales, los objetivos prioritarios y los contenidos mínimos que deben tenerse en cuenta para organizar los programas correspondientes en los distintos niveles, así como aprobar los libros de texto, catecismos y materiales catequísticos.

4. El Obispo diocesano no dejará de alentar y aprobar las distintas realizaciones y experiencias catequísticas surgidas de la riqueza de los carismas reconocidos oficialmente por la Iglesia, así como de fomentar el pluralismo de expresiones catequéticas, siempre en el marco de las orientaciones pastorales de la Iglesia local.

II) *Con respecto a la educación religiosa católica en los diversos medios de comunicación social:*

1. La educación religiosa católica en los diversos medios de comunicación estará sujeta a la autoridad del Ordinario del lugar, de acuerdo con las prescripciones del derecho.

⁽¹⁷⁾ *Recognitio*, 23.IX.1993.

⁽¹⁸⁾ Interessante la possibilità di accordi con lo Stato di cui sia parte la Conferenza episcopale stessa, salvo il diritto della Santa Sede di concordare sulla materia a livello internazionale.

2. La autorización y aprobación del Obispo diocesano tendrá en cuenta lo establecido en el párrafo I) de este Canon, así como lo establecido en los cánones 722, 2 y 831, 2.

Canon 830, parr. 1: Constitución de una comisión de censores.

La Conferencia Episcopal Paraguaya determina que su Comisión Doctrinal ejerza las funciones que reglamenta este Canon. Los casos le serán presentados oportunamente por el Obispo diocesano de cada jurisdicción⁽¹⁹⁾.

Canon 831, parr. 2: Dar normas sobre la participación de los clérigos y de los religiosos en emisiones de radio y televisión⁽²⁰⁾.

1. Para participar en emisiones de radio o televisión en las que se trate de cuestiones referentes a la fe y costumbres, tanto los clérigos como los religiosos deberán contar con la autorización del Ordinario del lugar de la emisión o producción, para hacerlo en forma habitual.

2. En dichas intervenciones evitarán hablar en nombre de la Iglesia cuando se trate de temas conflictivos o sujetos a opinión⁽²¹⁾.

3. Si se trata de una intervención ocasional, procurarán hacerlo a título personal.

4. Para la concesión de la autorización del Ordinario del lugar, este tendrá en cuenta las normas aprobadas por la Conferencia Episcopal Paraguaya y los requisitos mencionados más arriba en C. 772, 2, punto 1, in fine, de las presentes Normas.

Canon 844, parr. 4: Dar normas sobre la administración de los Sacramentos a los cristianos no católicos.

La Conferencia Episcopal Paraguaya juzga que basta el juicio del Obispo diocesano para que la necesidad sea considerada grave, y pueda, así, administrarse lícitamente el sacramento al cristiano no católico. El Obispo deberá atenerse a las limitaciones y modalidades establecidas en los §§ 3, 4, 5 de este C. 844⁽²²⁾.

⁽¹⁹⁾ *Recognitio*, 4.I.1992. Il sistema scelto è quello anche adottato nel Panama e nella Colombia.

⁽²⁰⁾ *Recognitio*, 23.IX.1993.

⁽²¹⁾ Vid. nota 15.

⁽²²⁾ *Recognitio*, 23.IX.1993. Lo stesso criterio di lasciare al giudizio del Vescovo

Canon 851, 1º: Adaptar el «Ordo Initiationis Adultorum».

Teniéndose en cuenta lo establecido en el C. 863 (necesidad de recurrir al Obispo en caso del bautismo de adultos, por lo menos el de los mayores de 14 años), y según la determinación del Obispo, siempre conforme con el N° 66 y ss. del «Ordo Initiationis Adultorum»:

1. El Párroco del lugar en que reside el adulto que desea ser bautizado, se responsabilizará de su catecumenado.

2. Dicho Párroco, o un delegado suyo, diácono o catequista, acompañará al catecúmeno, junto con el padrino o madrina ya elegidos, en todos los pasos de su preparación e iniciación.

3. En la celebración se seguirá siempre el ritual para adultos.

4. Para los casos excepcionales, se obtendrá la debida aprobación del Obispo diocesano.

5. El Párroco, según estas normas de la Conferencia Episcopal Paraguaya, indicará los pasos que se han de seguir en la instrucción del catecúmeno adulto.

6. No debe apresurarse la preparación catequética del bautismo de los adultos, sino que se seguirán, sustancialmente, las indicaciones y los pasos del Ritual de la iniciación de adultos.

7. Dicha preparación, en lo posible, para los niños mayores de 7 años, sea integrada con la catequesis del grupo de primera comunión; para los adolescentes hasta los 14 años, sea la del grupo de confirmandos.

8. Para los mayores de 14 años ténganse en cuenta los pasos de la iniciación, es

a) Un pre-catecumenado, para la primera evangelización y tiempo de conversión personal;

b) El catecumenado, destinado a la catequesis integral y a la integración en la comunidad, durante un tiempo no menor de seis meses;

c) La preparación inmediata, que en lo posible debe concordar con el tiempo de la Cuaresma, integrándose el catecúmeno a la liturgia y prácticas de la propia parroquia;

d) La celebración del bautismo, preferentemente en la vigilia pasqual o en el tiempo pasqual⁽²³⁾.

diocesano la determinazione dei casi è seguito dalle Conferenze episcopali della Bolivia, del Ghana, dell'India, della Nigeria e delle Filippine.

⁽²³⁾ *Recognitio*, 23.IX.1993. I primi punti di questa delibera sono ispirati alle disposizioni in merito emanate nel Panama e nella Repubblica Dominicana.

Canon 854: Impartir normas sobre el modo de administrar el bautismo ⁽²⁴⁾.

La Conferencia Episcopal Paraguaya resuelve que el sacramento del bautismo se administre por infusión.

Canon 877, parr 3: Dar normas sobre inscripción de los bautismos de los hijos adoptivos ⁽²⁵⁾.

1. Cuando se trata de un bautizado antes de la adopción: deberá presentarse el documento civil en que consta la adopción y se registrará el hecho como nota marginal en el libro parroquial correspondiente.

2. Cuando se trata de bautizar el hijo adoptivo: se registrará el bautismo en el libro parroquial correspondiente de acuerdo con los datos consignados en el documento civil.

Canon 891: Determinar la edad de la Confirmación.

La Conferencia Episcopal Paraguaya determina que el sacramento de la Confirmación sea conferido a los fieles que hayan cumplido 15 años de edad y hayan llenado los requisitos prescriptos por el Ordinario del lugar ⁽²⁶⁾.

Canon 895: Prescribir un libro parroquial para la inscripción de las confirmaciones.

La Conferencia Episcopal Paraguaya dispone que en cada parroquia o vicaría parroquial con registro propio se habilite un libro de confirmaciones ⁽²⁷⁾.

Canon 961, parr. 2: Dar normas sobre la absolución colectiva.

La Conferencia Episcopal Paraguaya establece que en determinadas circunstancias particulares y según el parecer del respectivo Obispo diocesano, en el Paraguay puede darse la necesidad del recurso a la absolución en forma colectiva, en grandes concurrencias de personas, en

⁽²⁴⁾ *Recognitio*, 4.I.1992.

⁽²⁵⁾ *Recognitio*, 4.I.1992.

⁽²⁶⁾ *Recognitio*, 4.I.1992. La stessa età indicata in Chile e Panama. Sull'argomento vid. JAVIER AMORÓS PRADOS, *La edad de la confirmación. Notas históricas, disciplina universal y legislación complementaria de las Conferencias episcopales*, Roma 1996.

⁽²⁷⁾ *Recognitio*, 4.I.1992.

lugares de extrema escasez de clero y en épocas de dificultades en la locomoción. Y señala los siguientes criterios que deberá tener en cuenta cada Obispo diocesano para determinar los casos en los que se da la grave necesidad de recurrir, en forma excepcional, a la reconciliación de varios penitentes con absolución general cuando juzga que se dan las condiciones requeridas, a tenor del Canon 961, párr. 2:

1. Las absoluciones colectivas tienen un carácter absolutamente excepcional. No constituyen una opción pastoral normal, ni son un medio para resolver una situación creada por la sola afluencia esporádica de fieles.

2. Fuera de la imposibilidad física de confesarse en peligro de muerte, la absolución colectiva solo está permitida cuando, por imposibilidad moral, a juicio del Obispo diocesano, un grupo de penitentes que se congrega habitualmente, busca la reconciliación con Dios y con la Iglesia, y se halla ante el hecho de que no hay confesores suficientes, ni tiempo razonable para atenderlos. Así, sin culpa, se verían obligados a quedar privados, por largo tiempo, de la gracia sacramental o de la sagrada Comunión.

3. Se considera tiempo largo para que pueda aplicarse este tipo de absolución, un tiempo de dos meses.

4. Previamente deberá hacerse un conveniente acto preparatorio, en el que cada uno de los que se disponen a recibir la absolución general exprese su confesión de pecados ya sea con palabras (por ej.: Yo confieso...), ya sea con signos (por ej.: golpes de pecho o un cántico).

5. En todo caso, se tendrán siempre muy presentes las normas exigidas por el Ritual de la Penitencia⁽²⁸⁾.

Canon 964, parr 2: Emanar normas sobre la sede para oír confesiones.

1. La celebración ordinaria del sacramento de la Penitencia se hará de tal forma que la acusación de los pecados se efectúe con la máxima libertad y privacidad. Con este fin habrá, en todas las iglesias, confesionarios que ofrezcan la posibilidad de dos modos de confesión: aquel en que el penitente conversa totalmente de anonimato y aquel que permite

⁽²⁸⁾ *Recognitio*, 23.IX.1993. I criteri riassumono quelli stabiliti dalla Conferenza episcopale del Cile. Su questa materia vid. José T. MARTÍN DE AGAR, *Normativa de las Conferencias episcopales sobre el Sacramento de la Penitencia*, negli atti del VII Congresso Internazionale di Diritto Canonico, in «L'Année Canonique» (1992) hors serie, p. 497-505.

un diálogo de cara a cara entre el penitente y el celebrante. El lugar propio es siempre una iglesia u oratorio.

2. En las dos formas mencionadas se procederá con prudencia pastoral; y se aplicará lo establecido para la celebración del sacramento en el «Ordo Penitentiae», en cuanto al conveniente diálogo entre sacerdote y penitente⁽²⁹⁾.

Canon 1031, parr. 3: Establecer una edad superior para el presbiterado o el diaconado permanente.

La Conferencia Episcopal Paraguaya resuelve mantener la edad de 25 años cumplidos para el presbiterado o el diaconado de solteros, y de 35 años para los diáconos permanentes casados⁽³⁰⁾.

Canon 1062, parr. 1: Regular la promesa de matrimonio⁽³¹⁾.

En las diócesis en las que se mantiene la costumbre de otorgar formalmente promesa de matrimonio y aceptarla también formalmente, se considera que dicho acto crea una cierta responsabilidad moral en los futuros esposos, pero excluyendo la obligación de contraer matrimonio. Se procurará, por eso mismo, que esta etapa de preparación inmediata al matrimonio sea acompañada pastoralmente para alcanzar la debida disposición de los contrayentes con respecto al sacramento del matrimonio. Los Párrocos y quienes hacen sus veces no dejarán de instruir a los fieles acerca de esta responsabilidad.

Canon 1067: Establecer normas sobre el examen de los contrayentes y sobre las proclamas matrimoniales⁽³²⁾.

1. El propio Párroco debe hacer el examen previo en entrevista personal con los contrayentes, al presentarse estos a inscribirse. La Conferencia Episcopal Paraguaya aprueba los formularios, que deberán usarse para las investigaciones referentes: *a)* al estado de soltería de cada uno; *b)* a la ausencia de impedimentos; *c)* a la preparación y madurez necesarias para contraer válida, lícita y fructuosamente el Sacramento. (Cfr. C. 1067).

⁽²⁹⁾ *Recognitio*, 23.IX.1993. Le disposizioni rispecchiano quelle vigenti nel Cile.

⁽³⁰⁾ *Recognitio*, 4.I.1992. La soluzione di rimettersi alle età previste nel relativo canone è quella seguita da molte altre Conferenze episcopali, come quelle del Venezuela, Africa del Nord, Argentina ed Ecuador.

⁽³¹⁾ *Recognitio*, 23.IX.1993.

⁽³²⁾ *Recognitio*, 23.IX.1993.

2. Que conste el bautismo de los contrayentes por el certificado correspondiente, expedido en los últimos seis meses. Si no existiere en el Registro, se procurará hacer la reposición o, por lo menos, se exigirá una declaración jurada, con constancia escrita por parte de un testigo de toda fe, que suplirá al certificado de bautismo. (Cfr. C. 876).

3. Que conste la libertad y la soltería de los contrayentes por medio de un certificado con la firma de los mismos y de testigos fidedignos.

4. Que consten la suficiente madurez y la preparación de los contrayentes por los medios considerados aptos, establecidos en cada diócesis.

5. Que preceda a la celebración del matrimonio la proclamación durante tres domingos o días de precepto, hecha verbalmente o por la fijación en un lugar adecuado, de los nombres de los contrayentes y de la fecha de su matrimonio.

6. Que el Párroco, o quien haya sido delegado por él, tenga suficiente conocimiento personal, a norma del Derecho (Cfr. CC. 1114 y 1070), de que los novios piden la celebración libre y responsablemente, sin presiones internas o externas, y con clara conciencia del compromiso sagrado e indisoluble que asumen.

7. Que todo lo anterior está inserto en una pastoral familiar acomodada a la necesidades y posibilidades de la diócesis.

Canon 1083, parr. 2: Fijar una edad superior para la celebración lícita del matrimonio.

La Conferencia Episcopal Paraguaya establece la edad mínima de 18 años para el varón y de 16 para la mujer, para que les sea lícito a los párrocos proceder al matrimonio⁽³³⁾.

Canon 1126: Establecer el modo según el cual han de hacerse las Declaraciones y promesas, que preceden a los matrimonios mixtos⁽³⁴⁾.

En los casos en los que se requiera la dispensa del impedimento de disparidad de cultos del que se trata en el Canon 1086, 1, o se haya de

⁽³³⁾ *Recognitio*, 23.IX.1993. Le medesime età sono richieste in Gambia, Messico, Argentina, Brasile, ecc.

⁽³⁴⁾ *Recognitio*, 20.V.1994. Le norme sono le stesse emanate dalla Conferenza episcopale del Cile. Sulle competenze delle Conferenze episcopali riguardo ai matrimoni misti vid. José T. MARTÍN DE AGAR, *Le competenze della Conferenza episcopale: cc. 1126 e 1127 2*, in AA.VV. «I matrimoni misti», Città del Vaticano 1998, pp. 350-379.

otorgar la licencia que prescribe el Canon 1124 para la celebración de matrimonios mixtos, han de realizarse previamente las declaraciones y promesas señaladas en los cánones 1125 y 1086, 2, con la participación del Párroco o de un Presbítero o Diácono con delegación para asistir matrimonios, y siempre que se trate de matrimonios para los que está facultado. Las referidas diligencias se efectuarán de acuerdo con las siguientes *normas*:

1. En cuanto al modo de proceder:

a) El Párroco o el presbítero o el diácono facultado, instruirá personalmente a los contrayentes, juntos o por separado, sobre los fines y propiedades esenciales del matrimonio, advirtiéndoles que no pueden ser excluidos por ninguno de los contrayentes (Can. 1125, 3).

b) El mismo Párroco o presbítero o diácono, o incluso la parte católica informará a la parte no católica, sobre las promesas que debe hacer la parte católica, de modo que sea verdaderamente consciente de la promesa y obligación de la parte católica (Can. 1125, 2).

c) Pedirá a cada uno de los contrayentes que realicen ante él las declaraciones y promesas que corresponden; esto es, la parte católica deberá declarar que esta dispuesta a evitar cualquier peligro de apartarse de la fe y prometer sinceramente que hará cuanto le sea posible para que toda la prole sea bautizada y sea educada en la Iglesia Católica, mientras que la parte no católica deberá declarar que es verdaderamente consciente de la obligación y promesa de la parte católica, y ambos contrayentes declararán conocer los fines y propiedades del matrimonio y que son plenamente aceptados.

2. En cuanto a la manera de dejar constancia:

a) El referido Párroco o presbítero o diácono, que actuó en las gestiones arriba expresadas, deberá dejar constancia escrita, con su firma, de la realización de las referidas gestiones.

b) Igualmente, cada contrayente, si sabe firmar, en lo posible expresará con su firma la aceptación de la parte que corresponda. Si alguno de los contrayentes no supiera o no pudiera leer o escribir, el referido Párroco, o presbítero o diácono, dejara constancia, tanto de haber informado al contrayente como de la aceptación clara y libre por parte de éste.

c) El documento de constancia debe extenderse en doble ejemplar. Uno debe quedar en el expediente matrimonial y el otro deberá ser enviado a la Curia diocesana.

3. En los casos en los que por la distancia o cualquier otra causa es difícil el acceso a algún sacerdote o diácono facultado, según lo dicho, el Ordinario del lugar puede autorizar que las gestiones y su constancia se realicen por un diácono permanente, o, en su defecto, por el laico facultado para asistir matrimonios. De tales autorizaciones, el Ordinario del lugar dejara constancia escrita.

4. Fórmulas para el documento de constancia de la declaración y promesa de los contrayentes en un matrimonio mixto:

a) Para la parte católica:

Yo,... de... años de edad, bautizado/a en la Parroquia de... y domiciliado/a actualmente en la Parroquia de..., por las razones anteriormente expuestas, deseo contraer matrimonio religioso con... en la...

Según el deseo de la Iglesia Católica Apostólica Romana a la que pertenezco, declaro estar dispuesto/a a alejar de mí el peligro de perder la fe. Además prometo sinceramente hacer todo lo posible para que todos mis hijos sean bautizados y educados en la Iglesia Católica.

En fe de lo cual firmo esta promesa, en la ciudad de... a los...

(Firma)... (Testigos) ...

b) Para la parte no católica:

Yo,... de... años de edad, bautizado/a en la Iglesia... declaro haber recibido información sobre los fines del matrimonio, como le entiende la Iglesia Católica, Apostólica, Romana; de no excluir los fines y propiedades esenciales, al contraer matrimonio con...; de respetar los imperativos de conciencia que a mi novio/a y futuro/a esposo/a católico/a le imponen, tanto su fe como las promesas hechas por él/ella en relación con nuestro matrimonio y en conformidad con las exigencias de su Iglesia.

En fe de lo cual firmo esta declaración, en la ciudad de... a los...

(Firma)... (Testigos) ...

Canon 1127, parr. 2: Establecer normas para la dispensa de la forma en los matrimonios mixtos⁽³⁵⁾.

La forma canónica de la celebración del matrimonio es condición para su validez. No obstante, el Ordinario del lugar de la parte católica puede dispensar también de la forma canónica cuando concurren causas graves que dificulten el cumplimiento de esta condición.

Se consideran como tales las siguientes:

- a)* la posición irreductible de la parte no católica;
- b)* el que un número considerable de familiares de los contrayentes rehuya la forma canónica;
- c)* la pérdida de amistades muy arraigadas;
- d)* el quebranto económico;

⁽³⁵⁾ *Recognitio*, 20.V.1994. I criteri contenuti in questa delibera sono gli stessi emanati dalla Conferenza episcopale del Cile.

e) un grave conflicto de conciencia de los contrayentes, insoluble por otro medio;

f) si una ley civil extranjera obligase a uno, al menos, de los contrayentes a una forma religiosa distinta de la católica.

Una vez concedida la dispensa de la forma canónica, el matrimonio puede celebrarse, y se lo debe hacer públicamente, o ante el ministro de la otra confesión y en la forma prescrita por ésta, o ante la competente autoridad civil y en la forma civil legítimamente prescrita.

El Ordinario del lugar de la parte católica no concederá la dispensa de la forma canónica sin la previa petición escrita del o de los contrayentes, apoyada por el propio Párroco quien ratificará la presencia de las justas causas. Si en la petición se solicita la licencia para que algún sacerdote católico asista a la celebración de la boda, habrá que recordarle la prohibición del mismo canon 1127, 3. Dicho sacerdote podrá, sin embargo, participar en alguna lectura bíblica, en las peticiones de los fieles y al final del rito podrá dar una bendición a la parte católica⁽³⁶⁾.

Quedando a salvo el canon 1121, 3, el matrimonio celebrado sin la forma canónica deberá ser registrado en los libros parroquiales del lugar donde se hizo la Información Matrimonial juntamente con el rescripto del Ordinario del lugar de la parte católica.

Canon 1236, parr. 1: Decidir sobre el uso de otras materias distintas de la piedra en la construcción de altares fijos.

La Conferencia Episcopal Paraguaya resuelve que la mesa de los altares fijos podrá ser hecha no solo de piedra, sino también de madera compacta, de cemento o de granito, por ser materiales sólidos y suficientemente dignos⁽³⁷⁾.

Canon 1246, parr. 2: Suprimir o trasladar a domingo algunas fiestas de precepto.

1. Se suprimen como fiestas de precepto: 1) San José; 2) Santa María Madre de Dios (porque aunque sea fiesta civil, de hecho la concurrencia religiosa se vuelve casi imposible por causa de las tradicionales fiestas profanas de ese día); 3) Todos los Santos.

2. Se trasladan: 1) Epifanía: al domingo comprendido entre el 2 y el 8 de enero; 2) Ascensión: al 7º domingo de Pascua; 3) Santísimo

⁽³⁶⁾ Non sembra che con questo si intenda proibire la possibilità che possa partecipare alla benedizione anche la parte non cattolica, si tratta piuttosto di rispettarne la libertà (c. 1170).

⁽³⁷⁾ *Recognitio*, 4.I.1992.

Cuerpo y Sangre de Cristo: al domingo siguiente al de la Trinidad; 4) San Pedro y San Pablo: al domingo comprendido entre el 25 de junio y el 1º de julio.

3. Permanecen como fiestas de precepto: 1) Navidad; 2) Inmaculada Concepción; y 3) Asunción⁽³⁸⁾.

Canon 1253: Precisar la observancia del Ayuno y de la Abstinencia, o sustituirlos por otras prácticas.

La Conferencia Episcopal Paraguaya resuelve mantener la disciplina actual. Por lo tanto:

1. El miércoles de ceniza y el Viernes Santo son días de ayuno y abstinencia de carne.

2. Todos los viernes del año que no sean fiesta de precepto son días de penitencia, y en consecuencia todos los fieles están obligados a abstenerse de algún alimento o bebida, o a realizar una obra de misericordia (por ej.: visita a los enfermos, atribulados, presos; participación en una tarea de bien común; prestación de servicios a necesitados, etc.), o a alguna práctica piadosa, en familia o en grupo (por ej.: participación en la Santa Misa, rezo del Santo Rosario o del Vía Crucis, lectura y reflexión de la Sagrada Escritura, etc.).

3. Es necesario insistir en el valor de la penitencia como virtud y en la importancia de ejercitarla con sentido eclesial⁽³⁹⁾.

Canon 1262: Emanar normas sobre la contribución económica de los fieles.

1. La Conferencia Episcopal Paraguaya recuerda que:

a) El sostenimiento de la Iglesia es obligación de todos los fieles (C. 222), y la Iglesia puede exigirla (C. 1260). El Obispo diocesano debe organizarla convenientemente (C. 1276) y urgirla. Manténgase la debida información a la comunidad de los ingresos y su destino (C. 1261), excluyéndose siempre y en todo caso hasta la apariencia de comercio (C. 947).

b) Los aportes de los fieles pueden consistir, según los lugares y circunstancias, en: los estipendios y aranceles (C. 945 ss.); las colectas; las limosnas; los tributos o contribuciones extraordinarias (C. 1263); las donaciones y legados; los diezmos u otros aportes regulares.

⁽³⁸⁾ *Recognitio*, 23.IX.1993.

⁽³⁹⁾ *Recognitio*, 4.I.1992.

2. Se mantienen como «colectas obligatorias» las pontificias de derecho común, a saber: *a)* Colecta por los cristianos que viven en Tierra Santa (del Viernes Santo); *b)* Obolo de San Pedro (domingo del Pontificado Romano); *c)* DOMUND o Colecta de las Misiones (penúltimo domingo de octubre); y las nacionales aprobadas por la Conferencia Episcopal Paraguaya.

3. Los fieles, por lo demás, darán su generosa ayuda a la Iglesia según la costumbre establecida en cada diócesis.

4. La Conferencia Episcopal, a través de sus órganos competentes, para todo el territorio nacional, y el Obispo diocesano dentro de la propia jurisdicción eclesiástica, y después de oír al Consejo Presbiteral, podrán establecer la petición de obligaciones y su recaudación con el destino específico de atender a las necesidades legítimas de la Iglesia.

5. La solicitud podrá ser periódica o por una sola vez, pero, en todo caso, deberá ser motivada mediante oportuno decreto y observando las leyes civiles vigentes en la materia.

6. La petición podrá dirigirse a fieles determinados o a grupos más o menos amplios, sea que se encuentren reunidos con motivo de un acto religioso, sea que estén dispersos.

7. Si es necesario o conveniente, los auxilios económicos se podrán solicitar mediante llamamientos públicos hechos a través de los medios de comunicación social⁽⁴⁰⁾.

Canon 1265, parr. 2: Dictar normas sobre colectas.

1. Recuérdese el requisito de la licencia del Ordinario propio y del Ordinario del lugar (Canon 1265, 1).

2. Cada Obispo puede dictar normas más particularizadas sobre:

a) Si estén permitidas o no.

b) Las posibles limitaciones a las mismas en cuanto a ciertos tiempos y lugares.

c) La debida aclaración sobre su finalidad.

d) Siempre se deberá tener en cuenta lo establecido en el Canon 1262 y las orientaciones pastorales de la diócesis⁽⁴¹⁾.

⁽⁴⁰⁾ *Recognitio*, 23.IX.1993. Le norme rispecchiano in parte quelle della Conferenza episcopale panamense.

⁽⁴¹⁾ *Recognitio*, 4.I.1992.

Canon 1277: Establecer qué actos han de ser considerados de administración extraordinaria.

1. Serán considerados actos de administración extraordinaria:

a) Los expresamente declarados tales con carácter general o, para las personas jurídicas determinadas, los establecidos como tales en sus propios estatutos.

b) Aquellos que modifican sustancialmente o suponen un riesgo notable para la estructura del patrimonio de la entidad eclesiástica correspondiente.

c) La inversión de dinero y los cambios de las inversiones hechas, siempre que supongan alteración notable de la naturaleza de los bienes que se invierten, o riesgo grave para la inversión, cuando su valor exceda el límite mínimo fijado por la Conferencia Episcopal Paraguaya, acerca del Canon 1292.

2. Se presumen actos de administración ordinaria los incluidos expresamente en el presupuesto anual, una vez aprobado en debida forma⁽⁴²⁾.

Canon 1292, párr. 1: Establecer el valor máximo y mínimo para las enajenaciones.

1. La Conferencia Episcopal Paraguaya fija el límite mínimo — de que habla el Canon 1292, párr. 1 — en el valor de 10.000 dólares americanos, y el límite máximo en 150.000 dólares americanos.

2. El Canon 638, párrafo 3, rige las enajenaciones realizadas por los institutos religiosos y las sociedades de vida apostólica⁽⁴³⁾.

Canon 1297: Establecer normas sobre el arrendamiento de bienes de la Iglesia.

1. El contrato correspondiente debe especificar la finalidad o el uso del bien arrendado.

2. Cuando los bienes pertenecen a la diócesis, para la fijación del monto y para solicitar la licencia de la autoridad eclesiástica competente, debe consultarse, en cada caso, al Consejo diocesano de asuntos económicos.

⁽⁴²⁾ *Recognitio*, 4.I.1992. I criteri stabiliti sono in sostanza i medesimi vigenti in Spagna. Opportuno il riferimento al bilancio preventivo ordinario, che per natura riguarda l'amministrazione ordinaria lungo l'anno.

⁽⁴³⁾ *Recognitio*, 23.IX.1993.

3. En todos los casos de venta o arrendamiento por parte de los institutos religiosos, deberá observarse lo prescrito en el Canon 1298.

4. En todos estos casos, deberá observarse cuanto establece el Derecho Civil paraguayo sobre contratos y disolución de obligaciones. (C. 1290).

5. Para los casos en los que el monto del arrendamiento de bienes de la Iglesia sea superior al valor de 10.000 dólares americanos, anuales, la autoridad competente será el Obispo diocesano con el consentimiento del Consejo diocesano de asuntos económicos y con el del Consejo de consultores. En los casos en los que el monto sea inferior a dicho valor, el Obispo diocesano requerirá el parecer del Consejo diocesano de asuntos económicos⁽⁴⁴⁾.

Canon 1421, parr. 2: Permitir que los laicos sean nombrados jueces.

La Conferencia Episcopal Paraguaya resuelve que en caso de necesidad y habida cuenta de la idoneidad de los candidatos, el Obispo diocesano podrá nombrar a laicos como jueces eclesiásticos⁽⁴⁵⁾.

Canon 1714: Dar normas sobre la transacción, el compromiso y el juicio arbitral.

La Conferencia Episcopal Paraguaya determina que se observarán las disposiciones del Código Civil sobre dichos temas, siempre que, en vistas de evitar litigios en la Iglesia, las mismas partes del convenio no hubiesen establecido sus propias normas al respecto⁽⁴⁶⁾.

Canon 1733, parr. 2: Ordenar la creación de un departamento o consejo diocesano para evitar los conflictos⁽⁴⁷⁾.

1. Se tendrán en cuenta en cada caso las normas generales del derecho. (Canon 1733, 1 y 3).

2. Los miembros del consejo de Equidad, en número de dos o tres sacerdotes, serán elegidos dentro del Consejo Presbiteral de cada diócesis⁽⁴⁸⁾.

⁽⁴⁴⁾ *Recognitio*, 23.IX.1993.

⁽⁴⁵⁾ *Recognitio*, 4.I.1992.

⁽⁴⁶⁾ *Recognitio*, 4.I.1992.

⁽⁴⁷⁾ *Recognitio*, 4.I.1992.

⁽⁴⁸⁾ Sembra ragionevole che i membri di questo consiglio siano almeno tre, al fine di rendere più agevole il meccanismo decisionale.