

IUS ECCLESIAE

RIVISTA INTERNAZIONALE DI DIRITTO CANONICO

Vol. XI - Num. 1 - Gennaio-Aprile 1999

PONTIFICIA UNIVERSITÀ DELLA SANTA CROCE
GIUFFRÈ EDITORE

Pagina bianca

SOMMARIO

<i>Presentazione</i>	1
----------------------------	---

DOTTRINA

STUDI SULLA TUTELA DEI DIRITTI DEI FEDELI.

H. PREE, <i>Esercizio della potestà e diritti dei fedeli</i>	7
R. RODRÍGUEZ-OCAÑA, <i>La tutela del derecho al proceso en las causas de nulidad matrimonial</i>	41
I. ZUANAZZI, <i>Lo ius ad probationes come espressione del diritto di difesa nel processo matrimoniale canonico</i>	71

GIURISPRUDENZA

TRIBUNALE DELLA ROTA ROMANA, <i>Interammen. Narnien. Amerina</i> . Nullità del matrimonio. Esclusione della prole. Sentenza definitiva. 5 aprile 1995. De Lanversin, Ponente	125
TRIBUNALE DELLA ROTA ROMANA, <i>Colonien</i> . Nullità del matrimonio. Esclusione della prole. Sentenza definitiva. 24 novembre 1995. HUBER, PONENTE (con <i>nota</i> alle due sentenze di H. FRANCESCHI F., <i>L'esclusione della prole nella giurisprudenza rotale recente</i>)	137

NOTE E COMMENTI

J.I. ARRIETA, <i>Le conferenze episcopali nel motu proprio Apostolos Suos</i>	169
P. ETZI, <i>L'impedimento di voto (can. 1088 CJC): sua origine e qualificazione giuridica</i>	193

RASSEGNA DI BIBLIOGRAFIA

Recensioni.

- AA.VV., *Laicidad, cooperación y sistemas de acuerdos. Actas del VI Congreso Interuniversitario de Derecho Eclesiástico para Estudiantes.* (A. Motilla)..... 225
- G. BARBERINI, *Chiesa e Santa Sede nell'ordinamento internazionale. Esame delle norme canoniche* (J.I. Arrieta) 228
- B. ESPOSITO (ed.), *Attuali problemi di interpretazione del Codice di Diritto* (J.M. Pommarès, O.S.B.)..... 231
- PH. GOYRET, *El Obispo, Pastor de la Iglesia. Estudio teológico del munus regendi en Lumen Gentium 27* (A. Cattaneo) 238
- G. INCITTI, *Il consiglio presbiterale. Alle origini di una crisi* (A. Filipazzi)..... 241
- J.L. KAUFMANN, *La presentación de obispos en el patronato regio y su aplicación en la legislación argentina* (J. Miñambres)..... 243
- D. RONDONI (ed.), *Comunione e Liberazione. Un movimento nella Chiesa* (J.C. Domínguez)..... 245
- R. SERRES LOPEZ DE GUEREÑU, «*Error recidens in condicionem sine qua non*» (can. 126). *Estudio histórico jurídico* (M^a J. Roca) 248

DOCUMENTI

Atti di Giovanni Paolo II.

- Litterae Apostolicae Motu Proprio datae «*Ad tuendam fidem*», quibus normae quaedam inseruntur in Codice Iuris Canonici et in Codice Canonum Ecclesiarum Orientalium, 18 maggio 1998 (con *nota* di G. Gänswein, *Commento al Motu proprio «Ad tuendam fidem»*) 253

Atti della Santa Sede.

- CONGREGAZIONE DELLA DOTTRINA DELLA FEDE, *Nota introduttiva alla Lettera apostolica di Giovanni Paolo II in forma di «Motu proprio» Ad tuendam fidem*, 29 giugno 1998..... 274
- CONGREGAZIONE DELLA DOTTRINA DELLA FEDE, *Nota di presentazione della Professio fidei et iusiurandum fidelitatis in suscipiendo officio nomine ecclesiae exercendo*, 29 giugno 1998..... 274
- CONGREGAZIONE DELLA DOTTRINA DELLA FEDE, *Professio fidei et iusiurandum fidelitatis in suscipiendo officio nomine Ecclesiae exercendo una cum nota doctrinale adnexa*, 29 giugno 1998 (con *nota* di G. Gänswein, *Commento al Motu proprio «Ad tuendam fidem»*) 275

PONTIFICIO CONSIGLIO DELL'INTERPRETAZIONE DEI TESTI LEGISLATIVI, Responsio ad propositum dubium: de loco excipiendi sacramentales confessiones, 7 luglio 1998 (con <i>nota</i> di A.S. Sánchez-Gil, <i>Il ministro della Penitenza e la sede confessionale</i>).....	285
---	-----

Pagina bianca

COLLABORATORI DI QUESTO FASCICOLO

JUAN IGNACIO ARRIETA, Ordinario di Diritto dell'Organizzazione ecclesiastica - Pontificia Università della Santa Croce

PRIAMO ETZI, O.F.M., Docente di Diritto canonico - Pontificio Ateneo Antonianum

HELMUTH PREE, Ordinario di Diritto canonico - Università di Passau

RAFAEL RODRÍGUEZ-OCAÑA, Aggiunto di Diritto canonico - Università di Navarra

ILARIA ZUANAZZI, Ricercatrice confermata di Diritto canonico - Università di Torino

Hanno collaborato anche: A. CATTANEO, J.C. DOMÍNGUEZ, A. FILIPAZZI, H. FRANCESCO F., G. GÄNSWEIN, J. MIÑAMBRES, A. MOTILLA, J.M. POMMARÈS, M^a J. ROCA, A.S. SÁNCHEZ-GIL.

Pagina bianca

PRESENTAZIONE

Con il precedente numero è giunto alla sua conclusione il primo decennale di pubblicazione di *Ius Ecclesiae*. Diamo ora inizio ad un nuovo periodo che, se Dio vuole, introdurrà la Rivista, con rinnovata fiducia e nuove energie, nel Terzo millennio della Salvezza.

Le centocinquanta pagine degli Indici pubblicati nell'ultimo numero rappresentano una cronaca degli argomenti di maggiore rilevanza trattati dalla Rivista nel corso degli anni passati. Non spetta a noi formulare un giudizio di merito su ciò che sinora è stato fatto; possiamo soltanto ribadire che la nostra intenzione è sempre stata quella di rispettare la linea tracciata sin dall'inizio, intesa all'impegno scientifico come canonisti al servizio della Chiesa, di sincera collaborazione con le altre Riviste del settore, con i colleghi e con le Facoltà e Istituti canonistici di tutto il mondo, e di attenzione ai problemi giuridici della Chiesa di oggi nonché al dato normativo del diritto universale e particolare.

In realtà, pur essendo trascorso poco tempo dalla nascita della rivista, vi è stato in questo periodo un consolidamento, anche se di modesta entità, dell'iniziativa editoriale intrapresa dal corpo docente di questa Facoltà di Diritto canonico, che ha portato a configurare in maniera propria le varie parti e le sezioni fisse che integrano ogni fascicolo, e in modo particolare definendo in maniera più precisa la sua impostazione complessiva, romana e universale, per dirla in modo volutamente tautologico. Come attestano gli Indici del passato decennale, ciò è stato possibile soltanto grazie alla preziosa collaborazione scientifica di tanti colleghi (alcuni dei quali non più presenti tra di noi), sparsi nei cinque continenti, che in tutti questi anni hanno reso lustro col loro sforzo scientifico ed ecclesiale alle pagine di *Ius Ecclesiae*, e ai quali siamo debitori per la loro amicizia e sostegno. Anche questa rappresenta una nuova opportunità per ringraziarli della collaborazione.

Il periodo sin qui trascorso ha inoltre segnato un passo in avanti per il lavoro dell'équipe redazionale, formalmente scandito dalle successive trasformazioni istituzionali subite anche dalla nostra Università (e, prima ancora, con la erezione della nostra Facoltà di Diritto canonico, avvenuta nel 1993), come *Ius Ecclesiae* non ha mancato di rendere puntuale testimonianza nel frontespizio della sua copertina: da «Centro Accademico Romano della Santa Croce» nel 1989, si è passati a «Ateneo Romano della Santa Croce» al momento di stampare il secondo fascicolo del 1990, e a «Pontificio Ateneo della Santa Croce» nel secondo fascicolo del 1995, per giungere recentemente alla denominazione di Pontificia Università della Santa Croce nel numero che chiudeva il decennale della Rivista. Ci auguriamo che tutti questi passaggi successivi, oltre ad accrescere la nostra responsabilità accademica, abbiano trovato un qualche riscontro concreto nell'impegno scientifico che emerge dalle pagine della Rivista.

Com'è stato già accennato, è nostro proposito continuare per l'avvenire sulla strada percorsa fin qui, confidando sempre nella benevolente accoglienza dei colleghi e delle persone interessate al lavoro da noi svolto.

Motivi di carattere editoriale, fondamentalmente, ci hanno spinto, tuttavia, a modificare a partire da questo anno la periodicità della nostra pubblicazione che, anziché con scadenza semestrale, avverrà ogni quattro mesi. Anche se quello della celerità non è tra i primissimi criteri di una Rivista di questo genere, questa novità ci consentirà quanto meno di essere più tempestivi nell'esame dei dati di esperienza giuridica più contingenti e soprattutto nel mantenere un rapporto sempre più ravvicinato e continuo con i nostri lettori. Non intendiamo, tuttavia, modificare sostanzialmente il numero annuo delle pagine che attualmente formano la Rivista, anche per evitare che ciò si ripercuota ulteriormente sul costo degli abbonamenti.

Allo scopo di equilibrare il lavoro redazionale, e di curare sempre di più i contributi di carattere dottrinale, è nostro proposito conservare l'attuale struttura dei fascicoli, nelle sue diverse sezioni, in due dei tre numeri che vorremmo pubblicare ogni anno (il primo e il terzo, in ordine di pubblicazione), allo scopo di configurare tendenzialmente in modo monografico il fascicolo corrispondente al secondo quadrimestre di ogni anno. Il tutto, come sempre, nell'ambito della necessaria elasticità, salvo le imprevedibili contingenze di ogni momento.

Speriamo così di rimanere fedeli agli intenti originali di *Ius Ecclesiae*, e di poter accrescere negli anni a venire il servizio che questa iniziativa intende prestare.

Pagina bianca

Dottrina

Pagina bianca

HELMUTH PREE

ESERCIZIO DELLA POTESTÀ E DIRITTI DEI FEDELI

Introduzione. — I. L'esercizio della potestà in relazione ai diritti dei fedeli: 1) La relazione fra autorità e fedeli come rapporto giuridico; 2) *Auctoritas ut servitium*; 3) Il principio di legalità. — II. I diritti dei fedeli in relazione alla potestà: 1) I diritti dei fedeli come espressione di esigenze fondamentali della esistenza cristiana; 2) Il problema del diritto soggettivo nel diritto Canonico; 3) Protezione giuridica dei diritti fondamentali. — Conclusione.

Introduzione.

Il Principio nr. 6 tratta l'esercizio della potestà sotto l'indirizzo sistematico «*De tutela iurium personarum*»⁽¹⁾: Nella Chiesa, l'uso della potestà non può essere arbitrario: Lo vieta il diritto naturale, come pure il diritto divino positivo ed il diritto ecclesiastico stesso. A ciascun fedele si debbono riconoscere e tutelare i diritti, sia quelli contenuti nella legge naturale o divina positiva, sia quelli che gli derivano debitamente in forza della condizione sociale acquistata e posseduta nella Chiesa. Pertanto il Principio nr. 6 propone che nel futuro Codice si stabilisca uno *statutum iuridicum omnibus commune*, prima di determinare quelle posizioni giuridiche proprie delle diverse condizioni e funzioni nella Chiesa. Questo statuto giuridico comune si basa sulla uguaglianza radicale fra tutti i fedeli (*radicalis aequalitas*) che, da parte sua, si fonda sia nella dignità della persona umana che nel battesimo.

Il Principio nr. 6 stabilisce così una relazione fra due componenti — entrambi di diritto divino: l'autorità gerarchica dotata di po-

⁽¹⁾ *Principia quae Codicis Iuris Canonici recognitionem dirigant*, Communicationes 1 (1969) 77-85, 82 s.

teri per il conseguimento del fine della Chiesa ed il *christifidelis* come persona dotata di diritti e doveri radicati immediatamente nel battesimo e perciò fondamentali, garanzie di un ambito legittimo di libertà ed autonomia nell'ordinamento canonico⁽²⁾. In questo modo, da una parte, l'esercizio della potestà, e dall'altra, i diritti fondamentali dei fedeli, si presentano come realtà relazionali di altissimo contenuto. Pertanto la mia indagine si svolge nella sua essenza sul rapporto giuridico tra autorità come esercente la sua potestà ed il *christifidelis* come titolare di diritti fondamentali. Non mi soffermerò sull'autorità in se stessa e nemmeno sui singoli diritti dei fedeli⁽³⁾. Le due componenti del rapporto (autorità-fedele; fedele-autorità) sono di funzione e natura diversa, perché l'esercizio della potestà esiste nella Chiesa in funzione diaconale, al servizio dell'attuazione dell'essere cristiano mediante l'esercizio dei diritti fondamentali⁽⁴⁾ (che è inscindibilmente realizzazione e del bene comune e del bene individuale) — ma non viceversa. In che modo, dunque sono coordinate le due componenti l'una all'altra?

I. *L'esercizio della potestà in relazione ai diritti dei fedeli.*

1. *La relazione fra autorità e fedeli come rapporto giuridico*⁽⁵⁾.

L'esercizio della potestà si svolge *ex definitione* «*potestatis*» in una *relazione*, strettamente parlando, fra il titolare della potestà e la

⁽²⁾ Cfr. J. I. ARRIETA, *I diritti dei soggetti nell'ordinamento canonico*, *Fidelium Iura* 1 (1991) 9-46, 15 s.; J. HERRANZ, *Studi sulla nuova legislazione della Chiesa*, Milano 1990, 117-120.

⁽³⁾ Per un'analisi approfondita dei singoli diritti e doveri secondo i cc. 208-223 CIC: J. H. PROVOST, cc. 208-223, in: J. A. Coriden-T. J. Green-D. E. Heintschel (ed.), *The Code of Canon Law: A Text and Commentary*, New York-Mahwah 1985, 117-173, 134-159, H. J. F. REINHARDT, cc. 208-223, in: K. Lüdicke (ed.), *Münsterischer Kommentar zum Codex Iuris Canonici*, Essen 1984 ss.; J. FURNES-D. CENALMOR, cc. 208-223, in: A. Marzoa-J. Miras-R. Rodríguez-Ocaña (ed.), *Comentario Exegético al Código de Derecho Canónico*, vol. II, Pamplona 1995, 59-161; J. HERVADA, *Diritto costituzionale canonico*, Milano 1989 (traduzione italiana dell'originale «*Elementos de derecho constitucional canónico*», Pamplona 1986), 110-138.

⁽⁴⁾ «*Pro pastoralis cura subditorum*», come dice il Principio nr. 6. Il sacerdozio ministeriale è al servizio del sacerdozio comune a tutti i fedeli (Cfr. GIOVANNI PAOLO II, *Pastores dabo vobis*, 25.3.1992, n. 17, AAS 84 [1992] 684; Catechismo della Chiesa Cattolica, nr. 1547 e nr. 1592).

⁽⁵⁾ Cfr. A. VIANA, *Aspectos de la relación del fiel con la organización eclesiástica*,

molteplicità dei soggetti destinatari degli atti autoritativi (siano destinatari attuali o potenziali). I termini di questa relazione possiedono un carattere *personale*⁽⁶⁾: il carattere *personale* del potere ecclesiastico⁽⁷⁾, ed il carattere di per sé personale dei fedeli come titolari dei diritti e doveri fondamentali.

È da considerarsi un rapporto in quanto consiste di un vastissimo complesso di mutui diritti e doveri; in concreto, la struttura di questo rapporto differisce a seconda della competenza dell'autorità ed a seconda della condizione giuridica concreta del fedele, rimanendo sempre immutati i diritti e doveri fondamentali che ne costituiscono il nucleo sostanziale⁽⁸⁾. Inoltre, il rapporto è *disuguale* (*asimmetrico*), perché non è dello stesso genere nell'una e nell'altra parte; è piuttosto una relazione fra *mezzo e fine* tra autorità e fedeli come titolari di diritti e doveri fondamentali⁽⁹⁾. *La salus animarum* come fine dell'esercizio dei diritti e doveri fondamentali e nello stesso tempo come fine dell'esercizio dell'autorità, è un bene personale, cioè né individuale né puramente sociale⁽¹⁰⁾. Pertanto anche il

Fidelium Iura 4 (1994) 79-106; l'autore mette in risalto che la relazione del fedele con la organizzazione si esprime fondamentalmente sia in un complesso di diritti, doveri e facoltà riconosciuti dall'ordinamento canonico a favore del fedele stesso, sia — parallelamente, in un complesso di doveri propri dei titolari degli uffici. L'autore fa giustamente notare che questo rapporto non si esaurisce in mezzi o relazioni giuridiche.

(6) Dal punto di vista teorico, questa relazione si costituisce e sulla nozione stessa di potestà, essendo una nozione relativa (cioè che non può esistere se non in riferimento ad un altro), e sul concetto stesso di persona, perché «*persona*» è la «*relatio pura*», cioè l'unità strutturale tra *relatio* e *relata* (A. KAUFMANN, *Vorüberlegungen zu einer juristischen Logik und Ontologie der Relationen. Grundlegung einer personalen Rechtstheorie*, *Rechtstheorie* 17 [1986] 257-276, 273: Relazioni sono fondate nell'essere [*im Seienden*]. Perciò non sono arbitrariamente disponibili. «In dieser Weise kann eine Ontologie des Relationalen nur als eine *Ontologie des Personalen* gedacht werden, eben weil Person die *relatio pura*, die Struktureinheit von *Relatio* und *Relata* ist.» [ibid. 273; la sottolineatura e quella dell'originale]).

Sul concetto stesso di relazione nel senso filosofico M. ERLER ed altri, *Art. Relation*, in: *Historisches Wörterbuch der Philosophie* VIII (1992) 578-611.

(7) Sul potere personale di governo del Vescovo Diocesano cfr. HERRANZ, *Studi* (nota 2), 171-202.

(8) Perciò si deve distinguere la *relazione fondamentale* (*Grundbeziehung*) sulla base del potere e dei diritti e doveri fondamentali da una parte, e le concretizzazioni di questa in una pluralità di relazioni particolari a seconda delle singole competenze dell'autorità e dei singoli diritti e doveri dei fedeli stabiliti nell'ordinamento.

(9) Cfr. VIANA, *Aspectos de la relación* (nota 5), 97.

(10) «... il fine soprannaturale dell'uomo è fondamentalmente *personale*: esso non

bonum commune Ecclesiae (cfr. c. 223 1) non può essere che un mezzo inteso a questo fine.

Non è un rapporto fra *causa ed effetto*, perché la potestà non è generatrice dei diritti fondamentali ⁽¹¹⁾.

2. *Auctoritas ut servitium.*

Nel tenore della *Praefatio* al Codice, il Principio nr. 6 chiede che «*iura personarum apte definiantur atque in tuto ponantur*»; in questo modo l'esercizio del potere apparirà non più arbitrariamente, ma come un servizio, l'uso sarà stabilito in maniera più certa e l'abuso eliminato ⁽¹²⁾.

Sul piano *metagiuridico*, la caratteristica dell'autorità come servizio si manifesta in modo soggettivo ed in modo oggettivo: *soggetti-*

è né individuale né puramente sociale. Non è un fine individuale, perché l'uomo più che individuo è persona, e quindi non può essere *condotto* autoritativamente al suo fine: è lo stesso fedele che deve conseguirlo attraverso l'uso responsabile della sua libertà. E non è neppure un fine meramente sociale, perché non è il Popolo di Dio — considerato esclusivamente come collettività, indipendentemente dai suoi componenti — che tende a questo fine: è ogni battezzato, ogni fedele concreto, che è personalmente chiamato a conseguirlo» (HERRANZ, *Studi* [Nota 2], 119).

⁽¹¹⁾ Dal punto di vista filosofico si tratta di una relazione *trascendentale* (essenziale) a differenza di una relazione accidentale, nel tenore di S. Tommaso d'Aquino «*est prout aliqua dicuntur ad aliquid secundum actionem et passionem, vel potentiam activam et passivam*» (In *Metaphysicam Aristotelis Commentaria*, Liber V, Lectio XVII, 1002 [S. THOMAE AQUINATIS In *Metaphysicam Aristotelis Commentaria*, Cura et studio M.-R. CATHALA, Taurini ²1926, 317]);

«*Ordinatur autem una res ad aliam ... est prout aliqua dicuntur ad aliquid secundum virtutem activam et passivam, secundum quod una res ab alia recipit, vel alteri confert aliquid*» (ibid. 1004 [pag. 317]).

⁽¹²⁾ Nella Const. Ap. «*Sacrae Disciplinae Leges*» del 25 gennaio 1983, AAS 75 (1983), pars II, p. VIII il Supremo Legislatore ricorda i principali insegnamenti ecclesio-logici del Concilio Vaticano II dicendo: «Tra gli elementi che caratterizzano l'immagine vera e genuina della Chiesa, dobbiamo mettere in rilievo questi: la dottrina secondo la quale la Chiesa viene presentata come il Popolo di Dio ... e l'autorità gerarchica viene proposta come servizio ...». Nello Schema del testo LG 32 è stata intenzionalmente cambiata la formulazione prima prevista «... *pastores super alios* ...» in «*pastores pro aliis*» (F. KLOSTERMANN, *Comentario al Caput IV del «Lumen Gentium»* in: LThK *Ergänzungsband I, Das Zweite Vatikanische Konzil, Freiburg-Basel-Wien 1967, 267*). Cfr. V. GOMEZ-IGLESIAS, *Acerca de la autoridad como servicio en la Iglesia*, in: Pontificium Consilium de Legum Textibus Interpretandis (ed.), *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, 193-217*.

vamente significa l'atteggiamento personale ed interiore di diaconia altruistica — ad esempio del Buon Pastore che è venuto non per farsi servire, ma per servire e per dare la sua vita come riscatto per la liberazione degli uomini⁽¹³⁾. Questo esclude ogni forma di autoritarità ed egoismo (cfr. 1 Cor. 14), di pretensione ed arroganza in favore di sé stesso da parte della autorità ecclesiastica — invece: Ogni carisma (anche quello del governo della Chiesa) ed ogni attività nella Chiesa deve servire all'edificazione del Regno di Dio: Questo criterio non può non essere il filo conduttore di tutti gli uffici, ministeri e funzioni nella Chiesa⁽¹⁴⁾. I soggetti del potere non debbono mai dimenticare di essere prima di tutto persona umana e, come fedeli, fratelli tra i fratelli, discepoli del Signore⁽¹⁵⁾ e di non comportarsi da onnipotenti, arroganti; la persona umana deve rinunciare a se stessa a favore della sua missione. Ne risulta che autorità e servizio non sono cose incompatibili fra di loro, se l'autorità si presenta nell'atteggiamento dello Spirito di Gesù⁽¹⁶⁾. Evidentemente, l'attitudine diaconale della potestà nella Chiesa è nettamente opposta ad un atteggiamento *autoritario*⁽¹⁷⁾.

⁽¹³⁾ Cfr. Mt 20,28; Mc 10,45; Lc 22,26 s.; Giov 10,11; 1 Tim 3,8-13. Su quest'argomento, specialmente sui diversi significati della parola *diaconia* nel Nuovo Testamento J. COLSON, *Der Diakonat im Neuen Testament*, in: K. Rahner-H. Vorgrimler (ed.), *Diaconia in Christo* (Quaestiones Disputatae 15/16), Freiburg-Basel-Wien 1962, 3-22.

⁽¹⁴⁾ Cfr. 1 Cor. 3,9; 2 Cor. 10,8; 12,19; 13,10. Cfr. A. DEL PORTILLO, *Fieles y laicos en la Iglesia. Bases de sus respectivos estatutos juridicos*, Pamplona² 1981, 70-72.

⁽¹⁵⁾ PO 9; cfr. HERRANZ, *Studi* (nota 2), 244 s.

⁽¹⁶⁾ Tutti questi criteri personali (soggettivi) sono compresi nel comandamento fondamentale dell'amore (cfr. 1 Cor. 8,1; 13) che supera di gran lunga tutti i singoli carismi e ne è misura definitiva relativizzandoli (anche gli uffici). L'amore è la prova del fuoco per l'autenticità dei carismi; per il carisma del governo, il fondamento imprescindibile e primario è la vocazione di Dio.

⁽¹⁷⁾ La qualifica di *autoritario*, nella discussione etica, sociologica e politica normalmente si attribuisce a quel tipo di autorità, che non rispecchia il riconoscimento o meno da parte dei singoli membri della società e non rispecchia il diritto fondamentale dei singoli di partecipare alla vita pubblica mediante proprie decisioni e non tiene conto del consenso da parte della comunità e della sua accettazione delle decisioni dell'autorità ed un tipo di autorità, che non soddisfa i bisogni fondamentali dei singoli.

Con parole suggestive il Concilio Vaticano II sottolinea il carattere nello stesso tempo personale, pastorale ed autoritativo in vista dell'ufficio e della potestà del Vescovo dicendo: «*Episcopi Ecclesias particulares sibi commissas ut vicarii et legati Christi regunt, consiliis, suasionibus, exemplis, verum etiam auctoritate et sacra potestate, qua quidem non nisi ad gregem suum in veritate et sanctitate aedificandum utuntur, memores quod qui maior est fiat sicut minor et qui praecessor est sicut ministrator* (cf.

In modo *oggettivo*, la nota diaconale o di servizio dell'autorità nella Chiesa e del suo esercizio, comporta il suo tratto *dialogico-comunicativo*. Questo deve attuarsi, in linea di principio, a tutti i livelli dell'esercizio della potestà, anche nei procedimenti che precedono l'emanazione di atti giuridici di qualsiasi genere. Questo taglio di servizio né abolisce né diminuisce l'autorità nella Chiesa — al contrario: Questo stile, che cerca la accettazione libera delle decisioni dell'autorità e la fiducia nella autorità che sottopone se stessa alle esigenze della oggettività, irrobustisce l'autorità stessa e le garantisce credibilità ed attendibilità⁽¹⁸⁾.

L'esercizio della potestà non è, come quella stessa, fine in se stesso, ma mezzo al fine, alla *salus animarum*. Il mezzo deve definirsi dal fine, non viceversa. In vista del fine ultimo dell'esercizio della potestà, questo comporta, fra l'altro, che l'esercizio della potestà non raggiunga il suo fine, se non accettato con un atto libero e volontario da parte dell'uomo/fedele; questo vale indipendentemente dal fatto che i fedeli siano giuridicamente obbligati all'ubbidienza⁽¹⁹⁾. Perciò l'esercizio del potere deve informarsi prima di tutto alle esigenze («interessi») dei destinatari. Tutto il potere

Luc. 22,26-27) » ... *Episcopus ... ante oculos teneat exemplum Boni Pastoris, qui venit non ministrari sed ministrare ... et animam suam pro ovibus ponere ...* » (LG 27).

La funzione dei Pastori viene espressamente qualificata come *verum servitium*: «*Munus autem illud, quod dominus pastoribus populi sui commisit, verum est servitium quod in sacris Litteris 'diakonia seu ministerium significanter nuncupatur ...* » (LG 24). Sul carattere diaconale di tutte le funzioni nella Chiesa S. BERLINGÒ, *Dal mistero al ministero*, *Ius Ecclesiae* 5 (1993) 91-106.

⁽¹⁸⁾ Su quest'argomento, in specie sul punto di vista della giustizia amministrativa nella Chiesa, si veda l'articolo informativo e suggestivo di A. HABISCH, *Kirchliche Verwaltungsgerichtsbarkeit? Sozialphilosophische Überlegungen zu einem bleibenden Desiderat*, *Archiv für katholisches Kirchenrecht* 162 (1993) 427-450; cfr. J. HERRANZ, *La giustizia amministrativa nella Chiesa dal Concilio Vaticano II al Codice del 1983*, in: AA.VV., *La giustizia amministrativa nella Chiesa*, Città del Vaticano 1991, 13-31, 30 s.

⁽¹⁹⁾ Cfr. DH; cfr. P. ERDŐ, *Liberté religieuse dans l'Eglise?* (Observations à propos des canons 748, 205 et 209 1 CIC), *Apollinaris* 68 (1995) 607-618; C. ERRAZURIZ, *Esiste un diritto di libertà religiosa del fedele all'interno della Chiesa?*, *Fidelium Iura* 3 (1993) 79-99.

J. HERRANZ mette in evidenza che l'autorità ecclesiastica è disposta ad ordinare l'esercizio del suo potere non in maniera paternalistica, arbitraria o semplicemente rinunciataria dei suoi diritti ..., bensì in una forma giusta. Inoltre questo è il miglior modo per prevenire o risolvere le possibili *crisi di obbedienza*, molte delle quali ordinariamente hanno origine in vere *crisi di autorità* » (HERRANZ, *Studi* [nota 2], 120 [la sottolineatura e quella dell'originale]).

giuridico nella Chiesa non può non essere che una «*potestas-functio* o *ius-functio* (cioè la considerazione del potere non come potere illimitato, come *dominium in subditos*, ma come *funzione* o *ufficio pubblico*, costituito ed esercitato a vantaggio della stessa comunità)»⁽²⁰⁾.

Sul piano *giuridico* le conseguenze della caratteristica della potestà come servizio sono numerose e di grande portata. Vorrei qui accennare soltanto ad alcune delle più importanti.

— Il riconoscimento esplicito a tutti livelli giuridici nella Chiesa del *principio di legalità*, sul quale parleremo in seguito.

— Il riconoscimento di veri e propri *diritti soggettivi* e la loro tutela nell'ordinamento della Chiesa tra cui i cosiddetti diritti fondamentali dei fedeli (cfr. cc. 208-223), l'esercizio delle quali coincide con l'attuazione dell'esistenza cristiana⁽²¹⁾ (cfr. II. 1.-3.).

— Garantire strutture di *partecipazione* sia nel campo legislativo, sia amministrativo e giudiziale, che stabiliscano un'adeguata articolazione ed attuazione dei diritti fondamentali mediante apposite forme di corresponsabile coinvolgimento nei processi di formazione del diritto e di elaborazione delle decisioni⁽²²⁾.

Così, il problema del consenso ed accettazione delle leggi (cfr. lo *ius remonstrandi*) verrebbe risolto quasi in anticipo. Finora mancano specialmente: un apposito procedimento legislativo; la impu-

⁽²⁰⁾ HERRANZ, *Studi* (nota 2), 121 s.; cfr. DEL PORTILLO, *Fieles y laicos* (nota 14), 70-72; A. VIANA, *Aspectos de la relación* (nota 5), 96-99; A. VIANA, *Organización del gobierno en la Iglesia según el derecho canónico latino*, Pamplona 1995, 33-36.

⁽²¹⁾ Questo comporta la creazione di strutture giuridiche che rendono possibile l'esercizio e l'attuazione dei diritti e doveri fondamentali nella Chiesa. A differenza di una mentalità paternalistica, molte delle *gratiae* devono convertirsi in veri diritti soggettivi.

Il diritto come tale e specialmente i diritti fondamentali non hanno come fonte semplicemente l'autorità gerarchica. Cfr. L. V. SANCHEZ, *Christifidelium officia et iura fundamentalia descripta in legis fundamentalis Schematis textu emendato*, PerRMCL 61 (1972) 605-623, 611-615.

⁽²²⁾ In favore di un maggiore coinvolgimento dei fedeli nella fase preparatoria di provvedimenti amministrativi P. MONETA, *La tutela dei diritti dei fedeli di fronte all'autorità amministrativa*, *Fidelium Iura* 3 (1993) 281-306, 290-294; J. BEAL, *Confining and Structuring Administrative Discretion*, *The Jurist* 46 (1986) 70-106; cfr. P. KRÄMER, *Respuesta a la conferencia de C. R. M. Redaelli*, in: H. Le Grand-J. Manzanara-A. García y García (ed.) *La recepción y la comunión entre las Iglesias* (Actas del Coloquio Internacional de Salamanca 8-14 Abril 1996), Salamanca 1997, 349-356, 352 s.

gnabilità (sindacabilità) delle norme generali da parte del fedele nel caso della violazione in specie di diritti fondamentali; norme dettagliate sul procedimento amministrativo; tribunali amministrativi. Il principio di *partecipazione* mette l'ordinamento canonico in grado di effettuare e garantire la dignità umana (autonomia e libertà), la rilevanza del *sensus fidelium* (LG 12)⁽²³⁾ e per realizzare una pubblicità (intraecclesiale ed extraecclesiale) della attività dei fedeli (Cfr. LG 37; c. 212 § 3), cioè l'attuazione dei diritti fondamentali⁽²⁴⁾.

— Intimamente connesso coll'aspetto di partecipazione è quello della *trasparenza* e *pubblicità* dei provvedimenti e decisioni ecclesiastiche anche nel processo della loro formazione — sempre fermo restando il segreto richiesto da talune cause per ragioni d'ufficio o del foro interno, dal diritto alla *bona fama* o dal diritto all'intimità propria ai sensi del c. 220⁽²⁵⁾.

— Il riconoscimento del principio di *sussidiarietà*⁽²⁶⁾;

— La *responsabilità* non soltanto morale (davanti a Dio), ma anche giuridica dei soggetti dell'autorità gerarchica. La struttura di questa responsabilità deve adeguarsi alle esigenze ecclesiologiche.

⁽²³⁾ Cfr. KRÄMER, *Respuesta* (nota 22), 352 s.

⁽²⁴⁾ Pertanto bisognerebbe approfondire la teoria (a livello filosofico e canonico) della *partecipazione* (cfr. c. 204 § 1) e chiarire il rapporto che intercorre fra «*Teil-habe*» (*partem habere*) e «*Teilnahme*» (*participatio*); cfr. M. SCHMITZ-W. SCHMITT-GLAESER, *Art. Partizipation*, in: *Staatslexikon IV* (1988) 318-322.

La partecipazione è lo strumento della *mediazione* fra libertà soggettiva e le esigenze oggettive della verità (cfr. F. HAFNER, *Kirchen im Kontext der Grund- und Menschenrechte* (Freiburger Veröffentlichungen aus dem Gebiete von Kirche und Staat 36), Freiburg/Schweiz 1992, 185-285, 208-216); la verità si manifesta non esclusivamente mediante formulazioni fissate dalla Chiesa in un determinato tempo, ma si svela anche mediante l'esperienza vissuta della fede della comunità dei fedeli (LG 12). Questo presuppone un'ambito di responsabilità soggettiva sulla base dell'accoglimento libero della fede (cfr. AA § 3).

⁽²⁵⁾ Sarebbe auspicabile d'inserire nell'elenco dei diritti e doveri fondamentali dei fedeli un apposito diritto fondamentale all'informazione. Tale diritto si presenta come premessa per l'attuazione del diritto ai sensi di c. 212 § 3.

⁽²⁶⁾ Cfr. J. L. GUTIERREZ, *El Principio de subsidiariedad y la igualdad radical de los fieles*, *Ius Canonicum* 11 (1971) 413-443; J. A. KOMONCHAK, *Subsidiarity in the Church: The State of the Question*, *The Jurist* 48 (1988) 298-349; P.-S. FREILING, *Das Subsidiaritätsprinzip im kirchlichen Recht* (Münsterischer Kommentar zum Codex Iuris Canonici. Beiheft 13), Essen 1995.

3. Il principio di legalità.

a) *Nozione.* — «Il ricorso al principio di legalità, come strumento di disciplina giuridica del *munus administrandi*, esprime una significativa evoluzione nel modo di considerare l'esercizio dell'autorità, in quanto segna il passaggio dall'idea soggettiva e paternalistica di potestà, assoluta ed illimitata nei contenuti, all'idea oggettiva e garantistica di funzione, condizionata al rispetto di determinati valori»⁽²⁷⁾. Pertanto cambia l'impostazione dei rapporti tra governanti e governati: Non è più una relazione giuridica unilaterale di dominio, ma bilaterale, di diritto, cioè con reciproci diritti e doveri⁽²⁸⁾. Questo vale per il potere ecclesiastico come tale, cioè in tutti i suoi rami e gradi, anche per l'attività legislativa e con particolare importanza nel sistema normativo delle sanzioni⁽²⁹⁾. Il principio di legalità nella Chiesa quindi mira ad assicurare l'*oggettività* (*Sachlichkeit*) dell'esercizio del potere pubblico affinché questo rimanga strettamente ordinato al fine della Chiesa e della sua missione (è perciò un legame anzitutto *sostanziale*)⁽³⁰⁾, qualunque sia il rango o la competenza dell'autorità agente: assicura all'autorità la legittimità dell'esercizio del potere in vista sia del fondamento che dei limiti del potere.

Il principio stesso di legalità com'è stato sviluppato prima di tutto per l'autorità amministrativa, può essere concepito a diversi gradi, secondo una scala crescente di intensità, tra la mera non-contraddittorietà del provvedimento o della norma inferiore con i vincoli prestabiliti superiori (lasciando così un ampio spazio di libertà per l'autorità, imponendo soltanto un vincolo in senso negativo)⁽³¹⁾ da

(27) I. ZUANAZZI, *Il principio di legalità nella funzione amministrativa canonica*, *Ius Ecclesiae* 8 (1996) 37-69, 38. Anche nei paesi di *Common Law* esiste la tendenza di subordinare la volontà soggettiva dell'autorità a ragioni oggettive rappresentate dal diritto scritto promulgato (*Statute Law*), e da altre fonti autonome di diritto, fra le quali la tradizione storica, le consuetudini, i principi di diritto naturale e di logica comune sono gli elementi più rilevanti (ibid. 46 s.).

(28) Cfr. ZUANAZZI, *Il principio di legalità* (nota 27), 38.

(29) Cfr. HERRANZ, *Studi* (nota 2), 129-138; M. E. DÍZ, *El principio de legalidad penal en el derecho canonico: en el Código de 1917 y en el de 1983*, *REDC* 41 (1985) 401-419.

(30) «... *iuridica ordinatio Ecclesiae, leges et praecepta, iura et officia quae exinde consequuntur, fini supernaturali congruere debent*» (Principio n. 3, *Communicationes* I [1969] 79).

(31) Più spazio di discrezionalità per l'autorità, tanto meno la possibilità del sindacato.

una parte, e nel senso che qualsiasi attività giuridica deve essere previamente ed esplicitamente permessa e disciplinata dalla fonte superiore (qui si chiede un fondamento positivo)⁽³²⁾. Inoltre si deve distinguere secondo il criterio, che il vincolo prestabilito dalla legge può riguardare soltanto l'aspetto formale dell'attività (cioè la competenza ed il procedimento) o (anche) il contenuto materiale del provvedimento⁽³³⁾.

Questo comporta, che l'esercizio del potere ecclesiastico in quanto potere *giuridico* miri all'attuazione della giustizia ed al funzionamento effettivo della potestà legislativa, amministrativa e giudiziale in favore del *bonum commune Ecclesiae*; quest'ultimo non è fine a sé, ma mezzo necessario al fine (*salus animarum*). Questo obiettivo, nella attuazione pratica, coincide con la attuazione dei diritti, interessi e doveri fondamentali dei fedeli⁽³⁴⁾. Perciò l'esercizio del potere mira alla realizzazione ordinata di questi diritti nella *communio Ecclesiae*⁽³⁵⁾. L'oggettività (non-arbitrarietà) delle attività del potere ecclesiastico non può essere raggiunta mediante una legalità puramente formale (a riguardo soltanto delle competenze e del procedimento), ma mediante una legalità anche sostanziale — riguardo ai contenuti ed all'orientamento ai valori.

(32) Cfr. ZUANAZZI, *Il principio de legalità* (nota 27), 42.

(33) Cfr. ZUANAZZI, *Il principio de legalità* (nota 27), 42.

(34) Cfr. E. LABANDEIRA, *Tratado de derecho administrativo canonico*, Pamplona 2^a 1993, 194-197.

(35) Una parte integrante di questi diritti fondamentali è il sindacato su tutte le modalità concrete di esercizio del potere, cioè tutela preventiva ed anche successiva specialmente nel vasto campo amministrativo mediante la garanzia della giustizia amministrativa: Cfr. AA.VV., *La giustizia amministrativa nella Chiesa* (Studi giuridici 24), Città del Vaticano 1991.

Il principio di legalità costituisce «un supporto ed un prezioso punto di riferimento per un più soddisfacente perseguimento dei fini» che l'attività amministrativa persegue — agevolando la tutela dei diritti dei singoli; cfr. P. MONETA, *La tutela dei diritti dei fedeli di fronte all'autorità amministrativa*, in: *La giustizia amministrativa* (veda sopra), 281-306, 287. La Commissione codificatrice sembra alludere a questo, quando sottolinea la «*necessitas protegendi ambitum autonomiae individualis adversus quamlibet possibilem laesionem, sive ex parte aliorum membrorum societatis sive etiam ex parte ipsius publicae auctoritatis. Mens ergo Commissionis fuit ut, servata quidem hierarchica constitutione Ecclesiae, iura personalia agnoscerentur ultra id quod apparet tamquam stricta exigentia, quia ampla tuitio ambitus autonomiae et initiativae personalis censetur aptissimus modus inserendi individuum in vitam organicam communitatis. Huic necessitati providetur in statuto omnium christifidelium*» (Communicationes 2 [1970] 93).

b) *Applicabilità del principio di legalità*. — In quanto principio giuridico, la legalità presuppone:

1) Il carattere giuridico-pastorale⁽³⁶⁾ delle relazioni fra l'esercizio della potestà da parte dell'autorità ed i suoi destinatari. L'innegabile giuridicità di quelle relazioni, non escluse le funzioni di insegnare e di santificare⁽³⁷⁾ implica che fra gli oggetti di queste relazioni rientrano «*res iustae*»⁽³⁸⁾ e quindi cose dovute «*ex iustitia*».

2) Il carattere unitario e personale del potere nella Chiesa, dal quale viene dedotta la concentrazione del potere nelle autorità di vertice, cioè nelle *capita hierarchica*.

La gerarchia delle fonti normative è nella Chiesa la base più profonda della legalità e più importante della divisione dei poteri, e questo per due ragioni: a) l'applicazione di quest'ultimo è nell'ambito della Chiesa molto limitata⁽³⁹⁾; b) il fine pastorale del potere eccle-

⁽³⁶⁾ Il carattere pastorale non riduce o elimina il carattere giuridico nella inscindibile unità fra gli elementi divini ed umani, visibili ed invisibili nella struttura della Chiesa: «La pastoralità di questo diritto, ossia la sua funzionalità rispetto alla missione salvifica dei sacri Pastori e dell'intero Popolo di Dio, trovò così il suo solido fondamento nell'ecclesiologia conciliare, secondo il quale gli aspetti visibili della Chiesa sono inseparabilmente uniti a quelli spirituali, formando una sola complessa realtà, paragonabile al mistero del Verbo incarnato ... L'attività giuridico-canonica è per sua natura pastorale. Essa costituisce una peculiare partecipazione alla missione di Cristo Pastore, e consiste nell'attualizzare l'ordine di giustizia intra-ecclesiale voluto dallo stesso Cristo. A sua volta, l'attività pastorale, pur superando di gran lunga i soli aspetti giuridici, comporta sempre una dimensione di giustizia ... Ne consegue che ogni contrapposizione tra pastorale e giuridicità è fuorviante. Non è vero che per essere più pastorale il diritto debba rendersi meno giuridico.» (GIOVANNI PAOLO II, Discorso alla Rota Romana, 18 Gennaio 1990, AAS 82 [1990] 872-877; Cfr. T. RINCON-PEREZ, *Iuridicidad y pastoralidad del Derecho Canónico*, *Ius Canonicum* 31 (1991) 231-252; in proposito alla funzione giudiziaria: Z. GROCHOLEWSKI, *Aspetti teologici dell'attività giudiziaria della Chiesa*, *Monitor Ecclesiasticus* 110 (1985) 489-504.

⁽³⁷⁾ Cfr. T. RINCON-PEREZ, *Derecho administrativo y relaciones de justicia en la administración de los sacramentos*, *Ius Canonicum* 55 (1988) 59-84; C. J. ERRAZURIZ M., *Il munus docendi Ecclesiae: diritti e doveri dei fedeli*, Milano 1991; C. J. ERRAZURIZ M., *La dimensione giuridica del munus docendi nella Chiesa*, *Ius Ecclesiae* 1 (1989) 177-193; C. SOLER, *El derecho fundamental a la palabra y los contenidos de la predicación*, *Fidelium Iura* 2 (1992) 305-331.

⁽³⁸⁾ La giuridicità presuppone secondo la dottrina di S. Tommaso, l'*alteritas* e la *res iusta*, cioè cose dovute ad un'altro con debito di giustizia (II-II qu. 57 a. 1). «*Cum iustitia aequalitatem importat, semper ad alterum est ...*» (II-II qu. 58 a. 2); *il diritto come res iusta*: «*Ius, sive quod iustum est, ut speciale obiectum virtuti iustitiae attribuitur*» (II-II qu. 57 a. 1). Cfr. ARRIETA, *I diritti dei soggetti* (nota 2), 1-8.

⁽³⁹⁾ LG 19-24; cc. 331 e 336; 391 1.

siastico e cioè «la legittimità dei provvedimenti della gerarchia discende non solo dalla corrispondenza letterale alle norme positive, ma soprattutto dalla congruenza assiologica di quanto deciso con i valori fondamentali che presiedono, secondo il disegno provvidenziale di Dio, al bene della comunità e delle singole persone»⁽⁴⁰⁾. La gerarchia delle fonti va oltre le norme scritte di diritto canonico. Secondo me, questa congruenza sostanziale dev'essere garantita tenendo conto della seguente graduatoria sostanziale della normatività — che corrisponde ai quattro livelli della genesi o ontologia del diritto⁽⁴¹⁾:

Primo livello: I principi più alti e generali di diritto, p.es. *ius suum cuique tribuendi*; si tratta di regole formali di larghissima applicabilità⁽⁴²⁾.

Secondo livello: Principi più concreti aventi più o meno contenuto sostanziale per essere in grado di strutturare e dar forma a istituti giuridici determinati, p. es. il principio del consenso per il diritto matrimoniale, il principio della imputabilità per il diritto penale etc. Nel diritto canonico qui accedono i contenuti (valori) di diritto divino sia positivo che naturale, come p. es. il nucleo inalienabile dei diritti e doveri fondamentali dei fedeli. Si tratta insomma dei beni, valori e principi, dai quali la normativa canonica non può prescindere senza snaturare sé stessa.

Terzo livello: Istituti giuridici e norme astratte in vigore, cioè tutto l'ordinamento giuridico vigente. All'interno di questo genere di fonti esiste una apposita gerarchia, seguendo in linea di massima il principio gerarchico della Chiesa: cfr. cc. 20; 29; 33 1; 34 2; 135 2⁽⁴³⁾. È il livello delle norme giuridiche esigibili, cioè delle *res iustae*, dovute *ex iustitia*.

Sulla divisione dei poteri e la possibile applicazione nella Chiesa cfr. HERRANZ, *Studi* (nota 2), 141-169 e specialmente sui limiti dell'applicazione di detto istituto all'ordinamento canonico: ZUANAZZI, *Il principio di legalità* (nota 27), 47-55.

⁽⁴⁰⁾ ZUANAZZI, *Il principio di legalità* (nota 27), 51.

⁽⁴¹⁾ H. PREE, *The Divine and the Human of the Ius Divinum*, in: Catholieke Universiteit Leuven, Faculteit Kerkelijk Recht (ed.), *In Diversitate Unitas*, Monsignor W. Onclin Chair 1997, Leuven 1997, 23-41, 36-41.

⁽⁴²⁾ Su questi principi, la loro legittimazione e loro portata giuridica F. BYDLINSKI, *Fundamentale Rechtsgrundsätze*, Wien-New York 1988.

⁽⁴³⁾ La gerarchia delle fonti può essere vista in maniera oggettiva, cioè secondo la forza giuridica degli atti di produzione (p. es. legge — atto amministrativo), o in maniera soggettiva, cioè secondo la posizione gerarchica dell'organo. Quest'ultimo criterio servi-

Quarto livello: Atti di applicazione delle norme generali ai casi singoli mediante decisioni o provvedimenti concreti (in particolare atti amministrativi singolari, decisioni giudiziali).

Non si può semplicemente dedurre il livello inferiore da quello superiore; invece: per raggiungere il livello inferiore, che sempre possiede un maggior grado di concretezza e di essere (*Sein*), occorre formulare un giudizio di valore ed una decisione, non soltanto un ragionamento logico — cognoscitivo⁽⁴⁴⁾. La subordinazione dell'esercizio della potestà a quei parametri superiori e requisiti oggettivi rende i provvedimenti ecclesiastici almeno in linea di principio passibili di controlli. «È evidente come tanto più stretti e precisi sono i criteri direttivi che l'autorità è tenuta a seguire, tanto maggiormente sono protetti i diritti dei singoli»⁽⁴⁵⁾.

Sulla base di questi presupposti che non devono essere isolati l'uno dall'altro, l'applicazione del principio di legalità «inteso come progresso giuridico tecnico, coerente con la dottrina del Magistero e con i "segni dei tempi" — non solo è possibile, ma anche sommaramente conveniente è desiderabile»⁽⁴⁶⁾. Così il principio stesso di legalità riveste un nuovo abito, del tutto indipendente da un fondamento basato sull'idea della sovranità popolare. Accentua più che negli ordinamenti statali la legalità *sostanziale*, rispettando l'origine divina di tutta la potestà nella Chiesa e di tutti i valori fondamentali per la vita e la missione della Chiesa al servizio della *salus* del fedele ed essendo più ampio rispetto agli ordinamenti statali (includente tutte le attività giuridiche nella Chiesa) e svolgendosi in un rapporto che è non soltanto giuridico, ma anche *pastorale e personale*.

rebbe per risolvere eventuali conflitti di potere cfr. LABANDEIRA, *Tratado* (nota 34), 257-259; ZUANAZZI, *Il principio di legalità* (nota 27), 49.

Il carattere personale della potestà ecclesiastica non esclude la applicazione di detto principio.

⁽⁴⁴⁾ Cfr. A. KAUFMANN-W. HASSEMER (ed.), *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, Heidelberg⁶1994, 159 s.

La via ai livelli superiori deve essere tenuta presente, in linea di principio, in ogni decisione giuridica. P.es. per colmare una *lacuna legis*, è espressamente previsto il tener presente, fra l'altro, «i principi generali del diritto applicati con equità canonica» (c. 19).

⁽⁴⁵⁾ ZUANAZZI, *Il principio di legalità* (nota 27), 53.

⁽⁴⁶⁾ HERRANZ, *Studi* (nota 2), 125 s.

c) *Legalità e discrezionalità*. — Anche se la legalità mira ad escludere ogni arbitrarietà nello svolgimento del potere pubblico, non tende a eliminare o sminuire l'ambito di giusta *discrezionalità*, strumento imprescindibile per l'adattabilità⁽⁴⁷⁾ e l'efficienza (in vista anche degli oggetti particolari, ad esempio, nel foro interno) dell'agire⁽⁴⁸⁾. Nel campo amministrativo viene descritta la discrezionalità come « la situazione di potere che la legge regola in modo incompleto, lasciando al titolare un margine di scelta circa la soluzione migliore da adottare per raggiungere i fini precisati dalla norma », occupando la discrezionalità quindi una posizione intermedia fra determinazione completa dell'attività e la indeterminatezza assoluta⁽⁴⁹⁾. Questo spazio di scelta esiste, anche se con finalità specifica, parimenti dalla parte della potestà giudiziaria (al fine della ricerca più efficace e sicura della verità e della giustizia⁽⁵⁰⁾) e dalla parte della potestà legislativa (al fine di poter scegliere i contenuti e concetti legislativi adeguati). In nessuno di questi rami di discrezionalità l'autorità può sentirsi esonerata dall'obbligo all'oggettività nel senso sopra descritto (I. 3. a). In vista dei diritti e doveri dei fedeli è stato osservato, tanto più ampio è lo spazio di scelta per l'autorità, tanto meno sembra essere garantita la tutela dei diritti soggettivi da parte dei fedeli. Nella linea dell'argomentazione finora elaborata, deve valere il principio, secondo il quale

(47) Cfr. Principio nr. 3: «*Relinquatur Pastoribus ac animarum curatoribus congrua discretionalis potestas, qua officia christifidelium statui ac conditionibus singulorum adaequari valeant*»: Communicationes 1 (1969) 80. A proposito della funzione della discrezionalità nell'ordinamento amministrativo canonico: J. CANOSA, *La legislazione generale sul procedimento di formazione degli atti amministrativi nel Diritto canonico*, IE 10 (1998) 255-273, nr. 6.

(48) Cfr. LABANDEIRA, *Tratado* (nota 34), 189 s. Dalla discrezionalità si devono distinguere i concetti giuridici indeterminati (*unbestimmte Gesetzesbegriffe*) che — a differenza di quella — permettono soltanto una sola decisione corretta (ibid. 190 s.), p.es. *iusta causa; gravis necessitas; grave in commodum*. Questa differenza è applicabile ovviamente soltanto alla discrezionalità di fronte alla legge, non alla « discrezionalità » del legislatore stesso nella sua scelta dei contenuti ed espressioni legislative.

(49) ZUANAZZI, *Il principio di legalità* (nota 27), 55 s. La discrezionalità differisce nettamente dall'arbitrarietà: « Por eso, si bien por su propia naturaleza no es una actividad reglada, tampoco se escapa de modo absoluto al imperio del principio de legalidad; está sometida, al menos, al bloque de la legalidad, a los principios generales del derecho y a los derechos fundamentales del fiel que en su constitucionalidad prevalecen sobre el arbitrio de la autoridad pública: RINCON-PEREZ, *Derecho administrativo* (nota 37), 67.

(50) P. V. PINTO, *I processi nel Codice di Diritto Canonico. Commento sistematico al Libro VII*, Città del Vaticano 1993, 15.

i fedeli come destinatari degli atti dell'autorità possiedono il diritto soggettivo all'esercizio non arbitrario, oggettivo, della discrezionalità. Per garantire quest'oggettività sono necessari, fra l'altro, i criteri seguenti:

— l'osservanza di tutti i parametri superiori secondo l'ordine gradualistico della gerarchia delle fonti, fra le quali assumono una posizione eminente i diritti fondamentali dei fedeli. La legge che stabilisce uno spazio di discrezionalità⁽⁵¹⁾, dovrebbe indicare i parametri superiori, cioè i criteri a seconda dei quali la discrezionalità dev'essere esercitata. Quanto detto comporta per il legislatore il dovere di applicare ed usare un apposito *linguaggio giuridico* e legale, contemporaneamente tecnico, preciso, inequivoco e chiaro. I diritti e doveri dei fedeli devono essere precisamente circoscritti e definiti nelle leggi, così come l'ambito di discrezionalità dell'autorità.

— l'imparzialità;

— l'efficienza del provvedimento in vista dei diritti fondamentali dei fedeli e del bene pubblico;

— il sindacato di legittimità e di conformità del provvedimento con i parametri superiori deve essere possibile per tutti i modi dell'esercizio del potere⁽⁵²⁾. Ovviamente, nell'ordinamento della Chiesa, questo sindacato supera di gran lunga il criterio di una legittimità puramente formale. Così come nell'ordinamento giuridico italiano (analogamente ad altri) si estendeva il sindacato nel campo amministrativo dal sindacato della sostanza del provvedimento amministrativo al procedimento ai parametri esterni (p.es. contraddittorietà con altro provvedimento assunto in precedenza, difformità immotivata da criteri interni dell'amministrazione), ampliando così i criteri di valutazione della legittimità⁽⁵³⁾, così anche nel diritto canonico il sin-

(51) Per il diritto in vigore cfr. LABANDEIRA, *Tratado* (nota 34), 185-194.

(52) Cfr. per il sindacato legislativo Art. 158 Pastor Bonus. In riguardo alla competenza del Pontificio Consiglio per l'interpretazione dei testi legislativi: J. HERRANZ, *L'interpretazione autentica: Il Pontificio Consiglio per l'interpretazione dei testi legislativi*, in: AA.VV. *Il diritto della Chiesa. Interpretazione e prassi*, Città del Vaticano 1996 (Studi giuridici 41), 65-82; J. OTADUY GUERIN, *La relación entre el derecho universal y el particular a proposito de la Const. Ap. «Pastor Bonus»*, *Ius Canonicum* 30 (1990) 467-492, 479-482.

(53) ZUANAZZI, *Il principio di legalità* (nota 27), 63 f.

dacato *a fortiori* dovrebbe essere esteso a tutti i criteri suddetti e a tutto l'ambito della discrezionalità⁽⁵⁴⁾.

— Un criterio oggettivante per tutte le potestà inferiori sia di giustizia sia di amministrazione è l'orientamento al *stylus et praxis curiae romanae*, specialmente alla giurisprudenza dei dicasteri supremi⁽⁵⁵⁾.

II. I diritti dei fedeli in relazione alla potestà.

1. I diritti dei fedeli come espressione di esigenze fondamentali della esistenza cristiana.

Secondo la valutazione del competente *Coetus*, gli *iura et officia* comuni a tutti i fedeli come tali senza dubbio provengono « *ex ipsa condicione cuiuslibet baptizati, vi quidem ipsius iuris divini cum positivi tum naturalis* »; questo complesso di diritti e doveri fondamentali, essendo radicato nel diritto divino, esiste prima di qualsiasi legge positiva e « *vi pollet independenter ab ipsa* »; fonte e radice è la *dignitas christiana* e la *dignitas humana*; pertanto questo complesso appare come esigenza radicale fondandosi « *in ipsa condicione ontologica christifidelis* » ed ha come mèta la comune vocazione di tutti i fedeli alla santità ed alla diffusione del Regno di Dio⁽⁵⁶⁾.

Questo implica, fra l'altro, tre verità giuridiche di grande rilievo:

1) la uguaglianza in vista di diritti fondamentali⁽⁵⁷⁾;

⁽⁵⁴⁾ Per la discussione attuale con esempi dalla giurisprudenza della *Sectio Altera* della Segnatura Apostolica sulla questione della impugnabilità degli atti amministrativi discrezionali: ZUANAZZI, *Il Principio de legalità* (nota 27), 65 s.

⁽⁵⁵⁾ Cfr. c. 19; Art. 126 Pastor Bonus. Cfr. GIOVANNI PAOLO II, Discorso alla Rota Romana, 29 gennaio 1993, con nota di J. LLOBELL, *Ius Ecclesiae* 5 (1993) 822-829.

⁽⁵⁶⁾ *Communicationes* 2 (1970) 91 (*Relatio di A. Del Portillo*).

⁽⁵⁷⁾ Sulla qualifica di quei diritti e doveri come « *fondamentali* »: G. LO CASTRO, *Condizione del fedele e concettualizzazione giuridica*, *Ius Ecclesiae* 3 (1991) 3-32, 18 s.; J. HERVADA, *Los derechos fundamentales del fiel a examen*, *Fidelium Iura* 1 (1991) 197-248, 226 s.; J. FORNÈS, *El principio de igualdad en el ordenamiento canónico*, *Fidelium Iura* 2 (1992) 113-144, 137; C. MIRABELLI, *La protezione giuridica dei diritti fondamentali*, in: E. CORECCO-N. HERZOG-A. SCOLA (ed.), *I diritti fondamentali del cristiano nella Chiesa e nella Società*, Fribourg/Suisse-Freiburg-Milano, 397-418, 411-415. D. LE TOURNEAU, *Les droits et les devoirs fondamentaux des fideles et la communion dans l'église*, in: Pontificium Consilium de Legum Textibus Interpretandis (ed.), *Ius in vita et in missione Ecclesiae* (nota 12), 367-382, 368-371.

2) il senso e la natura dei diritti fondamentali come attuazione dell'essere cristiano;

3) la posizione superiore di quei diritti allo *ius mere ecclesiasticum*.

Tutti e tre gli aspetti sono importanti e determinanti per definire il rapporto fra fedele (con i suoi diritti fondamentali) ed i soggetti della potestà:

1) *Uguaglianza*: Lo statuto giuridico comune a tutti i fedeli ove sono riconosciuti i loro diritti e doveri radicati nella stessa condizione ontologica del fedele⁽⁵⁸⁾, individuato in un corpo unitario (cc. 208-223), anche se non esclusivo⁽⁵⁹⁾, presuppone ed include necessariamente la uguaglianza giuridica sul piano fondamentale dell'essere cristiano. L'essere cristiano comprende l'essere fedele e l'essere pienamente uomo⁽⁶⁰⁾. Pertanto l'uguaglianza del fedele come tale riveste due significati diversi: l'uguaglianza *inter christifideles* sul piano teologico e l'uguaglianza giuridica che non dipende dal battesimo.

La prima mira alla dignità come *christifidelis*, cioè una «*aequalitas quoad dignitatem ed actionem cunctis christifidelibus communem circa aedificationem corporis Christi ...*»⁽⁶¹⁾, comporta una *aequalitas radicalis* riguardo all'essere figli di Dio, cristiano, e della dignitas et libertas filiorum Dei, però include, sullo stesso piano teologico, disu-

⁽⁵⁸⁾ A proposito del rapporto fra battesimo e personalità canonica e gli effetti giuridico-canonici del battesimo: C. J. ERRAZURIZ M., *Riflessioni sul rapporto tra battesimo e situazione giuridico-canonica della persona*, *Fidelium Iura* 6 (1996) 141-157; C. G. FÜRST insiste sulla necessità di integrare il concetto di incorporazione alla Chiesa: Non basta, egli dice, la ricezione del battesimo, per effettuare la incorporazione sul piano canonico-organizzativo; occorre inoltre l'iscrizione ad una determinata Chiesa *sui iuris*: C. G. FÜRST, *Taufe, Kirchengliedschaft und «Status» der Gläubigen in kanonistischer Sicht*, in: R. PUZA-A. WEIß (ed.), *Iustitia in Caritate. Festgabe für Ernst Rößler zum 25-jährigen Dienstjubiläum als Offizial der Diözese Rottenburg-Stuttgart*, Frankfurt am Main 1997, 571-587, 572-576. Secondo me, occorre distinguere: riguardo alla sostanza, i diritti fondamentali sono radicati nel battesimo stesso (cfr. il *secondo livello* sopra descritto); rispetto alla loro definizione giuridica dettagliata (cioè sul *terzo livello*), si richiede l'iscrizione ad un ordinamento giuridico concreto.

⁽⁵⁹⁾ Perché ci sono altre norme fuori del catalogo dei cc. 208-223 toccanti tutti i fedeli: Cfr. R. CASTILLO-LARA, *I diritti e i doveri dei christifideles*, *Salesianum* 48 (1986) 307-329, 316.

⁽⁶⁰⁾ Cfr. E. MOLANO, *Los derechos naturales de la persona y del fiel ante el ordinamento canonico*, in: Corecco-Herzog-Scola, *I Diritti fondamentali* (nota 57), 611-622.

⁽⁶¹⁾ LG 32; Cfr. LG 9. Cfr. LO CASTRO, *Condizione del fedele* (nota 57), 15-18.

guaglianze riguardo alla diversità organica delle funzioni e carismi e compiti nella Chiesa per edificarla attraverso una diversificata cooperazione di tutti i fedeli⁽⁶²⁾.

L'uguaglianza giuridica invece «ha radici non nel battesimo, ma nel valore proprio dell'essere persona di tutti i singoli fedeli»⁽⁶³⁾, cioè nella dignità umana. È un'esigenza impreteribile per qualsiasi ordinamento giuridico umano che vanta la giustizia⁽⁶⁴⁾.

Occorre distinguere almeno due significati essenziali dell'uguaglianza giuridica:

(62) Cfr. LO CASTRO, *Condizione del fedele* (nota 57), 16; N. LÜDECKE, *Kanonistische Bemerkungen zur rechtlichen Grundstellung der Frau im CIC/1983*, in: *Kirchliches Recht als Freiheitsordnung. Gedenkschrift für Hubert Müller* (Forschungen zur Kirchenrechtswissenschaft 27), Würzburg 1997, 66-90, 69-75 e 77-80. Per la prospettiva della diversità di funzioni e delle *status vitae* nella Chiesa E. HAMEL, *Aequalitas fundamentalis omnium christifidelium* in *Ecclesia secundum Concilium Vaticanum II*, PerRMCL 56 (1967) 247-266.

(63) LO CASTRO, *Condizione del fedele* (nota 57), 17 s.

(64) Cfr. S. TOMMASO II-II, qu. 57 a. 1 e qu. 58 a. 2;

«*Absque dubio etiam intra Ecclesiam unaquaeque persona suam propriam singularitatem habet; unaquaeque suas proprias qualitates, suam gratiam, sua carismata; praeterea diversae in Ecclesia functiones seu diaconiae sunt. Sed tamen personalitatis valor, tum in ontologia naturali quam supernaturali, omnino fundamentalis est ac fundans. Hic valor iuridice protegi debet ita, ut nullus alius valor practice superior evadat. Nisi hoc fiat, omnis ordo iuridicus evertitur et nullum erit criterium obiectivum ad veram iustitiam in mundo et in Ecclesia instaurandam*»: L. VELA SANCHEZ, *Christifidelium officia et iura fundamentalia descripta in Legis Fundamentalibus Schematis textu emendato*, PerRMCL 61 (1972) 605-623, 612.

Dal un punto di vista della filosofia sociale, il significato normativo del principio dell'uguaglianza, essendo situato tra libertà individuale e comunità con impegni di solidarietà non segnala soltanto l'unità della comunità e non dice soltanto, che i suoi membri sono di ugual valore, ma chiede peraltro l'*autonomia* di essi. Mira innanzitutto a garantire e favorire l'interscambio di beni (sia materiali che spirituali ed intellettuali), il bene comune, la prontezza, spontaneità ed iniziativa dei singoli e gruppi facenti parte di questa comunità (W. L. BÜHL, *Art. Gleichheit I. Gleichheit und Gemeinwohl*, in: *Staatslexikon II* [1986] 1065-1968, 1066). La norma giuridica che impone quel giudizio di valore presuppone la disuguaglianza reale (riguardo ad altri possibili *tertia comparationis*) tra le fattispecie. Cfr. G. DÜRIG, *Art. Gleichheit II. Gleichheit als rechtliches Problem*, *Staatslexikon II* (1986) 1068-1073, 1068. Nel significato giuridico, la uguaglianza non è una descrizione di uguaglianze esistenti di fatto, ma invece, nella sostanza, una norma giuridica con carattere imperativo stabilendo di valutare determinati oggetti come uguali (equivalenti) ad altri, in riguardo ad un determinato *tertium comparationis*, p.es. la dignità umana.

— l'uguaglianza di fronte alla legge, cioè un diritto soggettivo fondamentale mirante ad essere trattati dal potere pubblico in una maniera uguale (cioè come tutti gli altri) nella applicazione delle leggi;

— l'uguaglianza della legge stessa, cioè una qualità del diritto oggettivo.

In ambedue i significati, l'uguaglianza impone al potere pubblico l'obbligo (in senso negativo) di evitare ogni genere di arbitrarità e (in senso positivo) l'obbligo alla oggettività. Questo include il dovere di valutare le fattispecie come uguali o disuguali secondo *criteri oggettivi* e rispettare la *proporzionalità* nei casi nei quali l'esercizio della potestà comporta una limitazione di diritti soggettivi, specialmente di diritti fondamentali⁽⁶⁵⁾.

Queste esigenze, nella Chiesa non sono meno fondate, anzi di più, perché l'uguaglianza ha una radice più profonda (nella dignità e libertà dei figli di Dio) e perciò la giustizia dev'essere esemplare per il mondo e l'esercizio della potestà non può non essere un servizio⁽⁶⁶⁾.

Se è corretta l'interpretazione — sostenuta almeno da una parte della dottrina⁽⁶⁷⁾ — secondo la quale il c. 208 «non mira a stabilire nella Chiesa un principio d'uguaglianza giuridica fra i suoi membri

(65) A proposito della proporzionalità cfr., fra l'altro, decretum definitivum della *Signatura Apostolica* del 21.11.1987 coram Card. Castillo Lara (Ius Ecclesiae 1 [1989] 197-203, 200 s.; Ius Canonicum 31 [1991] 265-269).

(66) Riguardo alle esigenze fondamentali della giustizia, la Chiesa (ed il diritto canonico) «non può minimamente sentirsi esonerata dal darne adempimento in modo esemplare»: J. LLOBELL, *I principi del processo canonico: aporia, mimetismo civilistico o esigenza ecclesiale?*, Il Diritto Ecclesiastico 107 (1996) I, 125-143, 139.

(67) Cfr. LO CASTRO, *Condizione del fedele* (nota 57), 15-18; M. DIET, *Die Gleichheit aller Gläubigen in der Kirche*. Der Kanon 208 des CIC 1983, Theologie der Gegenwart 31 (1988) 113-121, 120; LÜDECKE, *Kanonistische Bemerkungen* (nota 62), 66-90.

Di opinione diversa, fra altri, L. NAVARRO: «Il principio di uguaglianza radicale costituisce un vero principio costituzionale che, come tale, deve informare l'intero ordinamento canonico, ciò vuol dire che i fedeli e, specialmente, l'autorità, nell'esercizio delle sue funzioni legislativa, esecutiva e giudiziale, dovranno rispettare, promuovere e tutelare la vigenza del suddetto principio ...». «In virtù del principio di uguaglianza fondamentale esiste nella Chiesa una uguaglianza dei fedeli di fronte al diritto, per la quale i fedeli godono tutti della stessa personalità giuridica, riflesso della dignità di figlio di Dio che include sia le dimensioni naturali che quelle soprannaturali dell'essere cristiano»: L. NAVARRO, *Il principio costituzionale di uguaglianza nell'ordinamento canonico*, Fidelium Iura 2 (1992) 144-163, 158 e 162; HAFNER, *Kirchen* (nota 24), 260-262 e 266.

con riferimento al loro essere personale, conformemente all'idea universale di giustizia»⁽⁶⁸⁾, ma è una constatazione del fatto teologico che le diverse funzioni ecclesiali non hanno radice nella dignità della persona umana, ma nel disegno di Dio, e non comportano una diversa dignità od una maggiore o minore responsabilità personale nell'edificazione della Chiesa; se è corretta questa interpretazione, resta tuttavia la necessità di stabilire una norma nell'ambito dei diritti fondamentali in grado di garantire la uguaglianza giuridica, cioè di creare la doverosità giuridica per l'autorità ecclesiastica di rispettare l'uguaglianza giuridica. Mancando questa premessa della giustizia, mancherebbe anche il carattere diaconale o di servizio nell'esercizio della potestà. Le disuguaglianze, in quanto teologicamente fondate, sono *tertia comparationis*, l'osservanza delle quali non può mai essere discriminatoria. Se il c. 208 è privo di carattere giuridico, si potrebbe e dovrebbe vedere garantita l'uguaglianza almeno in modo implicito, in quanto i diritti e doveri fondamentali (cc. 208-223) sono uguali per tutti i fedeli⁽⁶⁹⁾ e in quanto i fedeli godono della stessa personalità giuridica; inoltre, quei diritti godono, in linea di massima, della stessa esigibilità, doverosità ed estensione per tutti i fedeli⁽⁷⁰⁾.

2) *Il senso e la natura dei diritti fondamentali*: A buon diritto, J. I. ARRIETA osserva che i diritti propri dei fedeli « costituiscono un aspetto fondamentale della dimensione giuridica del mistero ecclesiale, e, di conseguenza, il suo rispetto e attiva promozione è un obbligo istituzionale del Popolo di Dio, e dunque un compito che fa parte del servizio-potere della Gerarchia »⁽⁷¹⁾. Quei diritti, il loro ri-

⁽⁶⁸⁾ LO CASTRO, *Condizione del fedele* (nota 57), 16.

⁽⁶⁹⁾ Cfr. J. FORNÉS, *El principio de igualdad en el ordinamiento canonico*, *Fidelium Iura* 2 (1992) 113-144, 133 e in: Marzoa-Miras-Rodríguez-Ocaña, *Comentario Exegético al Código de Derecho Canonico*, vol. II (nota 3), 63; NAVARRO, *Il principio* (nota 67), 155-159.

⁽⁷⁰⁾ NAVARRO, *Il principio* (nota 67), 155-159; cfr. FORNÉS, *El principio* (nota 69), 131 s.; J. HERVADA, *Sub c. 204-231*, in: *Código de Derecho canónico*, edición bilingüe y anotada, a cura di Instituto Martín de Azpilcueta, Pamplona 1992, 173 s. Riguardo alla uguaglianza nel trattamento delle parti nei processi canonici, anche se si tratta di conflitti tra persone private e gli organi del pubblico potere: GROCHOLEWSKI, *Aspetti teologici* (nota 36), 493: La violazione di diritti fondamentali è allo stesso tempo violazione dell'uguaglianza.

⁽⁷¹⁾ ARRIETA, *I diritti dei soggetti* (nota 2), 36; cfr. P. J. VILADRICH, *Teoría de los derechos fundamentales del fiel. Presupuestos críticos*, Pamplona 1969, 289-328; HERVADA, *Diritto costituzionale* (nota 3), 92-145.

spetto e la loro attuazione e promozione, quindi, non corrispondono soltanto all'interesse privato o individuale. «Al contrario, el ejercicio efectivo de esos derechos — auténticos bienes ecclesiales cuya promoción y garantía forma parte de la misión de los Pastores —, siempre que se encuadre correctamente dentro de ciertos límites, ha de esperarse que contribuya tanto al bien individual de cada uno como al bien común de la Iglesia; bienes que en la teoría y en la práctica son inseparables»⁽⁷²⁾. «Per il fedele l'esercizio dei suoi diritti fondamentali rappresenta il suo modo di contribuire all'edificazione della Chiesa ...»⁽⁷³⁾. Il fedele — e non l'organizzazione ecclesiastica —, essendo il protagonista dell'ordinamento canonico⁽⁷⁴⁾, in forza del suo sacerdozio comune è *partecipe* a tutta la missione della Chiesa (cfr. c. 204). La partecipazione si attua innanzitutto mediante l'esercizio dei diritti (e doveri) fondamentali⁽⁷⁵⁾. Questo non è né individualistico (per fini individuali e privati soltanto, come se si trattasse di una bipolarità liberalista concorrenziale fra società ed individuo)⁽⁷⁶⁾, né puramente sociale e comunitario (togliendo la giusta autonomia e libertà), ma personale ed ecclesiale⁽⁷⁷⁾. Si tratta di di-

(72) D. CENALMOR, *Limite y regulación de los derechos de todos los fieles*, *Fidelium Iura* 5 (1995) 145-172, 147 s.

«*Re vera personalitas dinamice considerata est activa in bono communi participatio; haec fieri pars in re communi re vera bonum commune supponit et ius fundamentale aequale*»: VELA SANCHEZ, *Christifidelium officia et iura* (nota 64), 613.

(73) ARRIETA, *I diritti dei soggetti* (nota 2), 36.

(74) KRÄMER, *Respuesta* (nota 22), 352 s.; HERRANZ, *Studi* (nota 2), 40.

(75) Un raggruppamento dei diritti e doveri fondamentali in quattro gruppi separabili secondo gli aspetti di *condicio communionis*, *condicio libertatis*, *condicio subiectionis* e *condicio activa* non sembra essere possibile (HERVADA, *Diritto costituzionale* [nota 3], 89 s. e 110-138); sono piuttosto dimensioni presenti in ciascuno dei singoli doveri e diritti dei fedeli, sebbene in ciascuno di essi in diverso modo e diversa intensità. Cfr. G. FELICIANI, *I diritti fondamentali dei cristiani e l'esercizio dei «munera docendi et regendi»*, in: Corecco-Herzog-Scola, *I Diritti fondamentali* (nota 57), 221-240.

(76) ARRIETA, *I diritti dei soggetti* (nota 2), 34-37; cfr. HERRANZ, *La giustizia amministrativa nella Chiesa* (nota 18), 17.

(77) Questo esclude un carattere *democratico* in senso statale, perché non segnala il conferimento della potestà nella Chiesa dal popolo alle autorità. Invece: Il riconoscimento e la tutela dei diritti soggettivi è protezione della *corresponsabilità* e della *partecipazione* di tutti i fedeli. Cfr. P. MONETA, *I soggetti nel giudizio amministrativo ecclesiastico*, in: *La giustizia amministrativa* (nota 35), 55-70, 69.

Gli *iura fundamentalia* definiscono essenzialmente il rapporto tra fedele e comunio: Per l'attuazione dei diritti e doveri fondamentali il fedele realizza se stesso

ritti *nella Chiesa*, non *contra Ecclesiam* ⁽⁷⁸⁾; sono precisamente *l'attuazione dell'essere cristiano nella sua dimensione giuridica*. I diritti fondamentali della uguaglianza giuridica, della tutela giuridica (cfr. c. 221) ed alla buona fama e alla propria intimità (cfr. c. 220) rientrano in quest'ambito, benché radicati nella personalità umana (cioè nel diritto naturale), perché sono indispensabili premesse di qualsiasi ordinamento che vanta la giustizia.

Ne consegue:

— la doverosità di rendere possibile — sia sul piano legislativo, sia su quello amministrativo e giudiziario —, di stimolare e favorire l'attuazione dei diritti fondamentali, perché questo è il modo di partecipazione attiva alla missione della Chiesa, il contributo dei fedeli alla sua edificazione al Regno di Dio ⁽⁷⁹⁾;

— la considerazione dei diversi profili linguistici nella formulazione di diritti fondamentali — almeno fra principi e norme immediatamente applicabili (cfr. anche II. 3.c) ⁽⁸⁰⁾;

— la eliminazione dei doveri puramente morali o spirituali (p.es. cc. 209 2, 210, 211, 212 3) dalla legge ⁽⁸¹⁾;

— il chiarimento del rapporto fra diritti e doveri (giuridici) fondamentali ⁽⁸²⁾;

nella sua esistenza cristiana (perfezione, santificazione), e questo nella misura nella quale s' inserisce organicamente nella *communio*. Perciò l'attuazione dei diritti fondamentali contemporaneamente serve al fine della Chiesa, cioè a un fine pubblico, l'edificazione e santificazione della Chiesa. Di conseguenza, la violazione o la mancante tutela di quei diritti fondamentali viola nello stesso tempo i fini ed interessi pubblici della *communio*, non soltanto un interesse privato: «... *restauratio iurium fidelium restaurat communionem ecclesiam in illis qualitibus seu in illa rectitudine, modo conformi, saltem pro iuribus vere fundamentalibus, voluntati Christi Ecclesiae fundatoris*»: F. COCCOPALMERIO, *Iustitia administrativa quoad iura fidelium ed quoad communionem ecclesiam*, PerRMCL 67 (1978) 663-671, 670.

⁽⁷⁸⁾ W. AYMANS-K. MÖRSORF, *Kanonisches Recht. Lehrbuch auf Grund des Codex Iuris Canonici*, vol. II, Paderborn-München-Wien-Zürich 1997, 86 parlano di una «libertà nella Chiesa» al posto di una «libertà dalla Chiesa»; si veda però note 83 e 84.

⁽⁷⁹⁾ Cfr. c. 275 2.

⁽⁸⁰⁾ La *Relatio* di Del Portillo sul *Coetus consultorum* «*De laicis deque associationibus fidelium*» (1966) dice: «*Iura enim et officia fundamentalia enuntiant exigentias generales, atque postulant aptam recognitionem et protectionem, quin, uti patet, modum concretum determinant quo talis efficax protectio ad effectum deduci debeat*» (Communicationes 2 [1970] 91). Cfr. HERVADA, *Diritto costituzionale* (nota 3), 93.

⁽⁸¹⁾ Cfr. LO CASTRO, *Condizione del fedele* (nota 57), 20 s.

⁽⁸²⁾ Cfr. G. LUF, *Grundrechte im CIC/1983*, ÖAKR 35 (1985) 107-131, 121-125.

— una garanzia che le riserve di legge non devono violare mai il nucleo sostanziale dei diritti fondamentali, rispettando sempre il principio di *proporzionalità* e prevedendo il sindacato di norme (anche legali) che concretizzano l'esercizio dei diritti fondamentali;

— anche le *persone giuridiche* possono e devono essere titolari di diritti fondamentali, in quanto questa titolarità favorisce la realizzazione della missione della Chiesa e la libertà e dignità dei rispettivi cristiani.

Il carattere ecclesiale (diritti o libertà *nella* Chiesa, non contro di essa) non esclude, che si tratti di veri diritti soggettivi. Dobbiamo decisamente resistere alle tendenze nella dottrina canonistica che sottolineano, in ultima analisi, nei diritti fondamentali soltanto il loro carattere ecclesiale a scapito della libertà ed autonomia⁽⁸³⁾. Queste dottrine, fra l'altro, non distinguono adeguatamente fra il piano ecclesiologicalo ed il piano tecnico-giuridico⁽⁸⁴⁾. Mentre sul primo non è pensabile una contrapposizione od opposizione del fedele contra la gerarchia, sul secondo (nell'ambito pratico) è imprescindibile la contrapposizione giuridica, cioè strettamente *funzionale*, per rendere possibile la soluzione di conflitti giuridici in senso alla Chiesa; questo favorisce non soltanto il bene privato ed individuale, ma nello stesso tempo il *bonum commune Ecclesiae*⁽⁸⁵⁾. Non rispettare questo dato fondamentale risulterebbe nella negazione della giustizia nella Chiesa ed in un falso parere sull'autonomia del fedele e la sua soggettività autonoma e responsabile. Così si ignorerebbe il fatto che, ad esempio,

(83) Cfr. la critica e fondata analisi di HAFNER, *Kirchen* (nota 24), in specie 208-229. A proposito della esigenza imprescindibile della autonomia del fedele: H. MÜLLER, *Freiheit in der kirchlichen Rechtsordnung? Die Frage nach individueller und gemeinschaftlicher Verwirklichung von Freiheit im kanonischen Recht*, Archiv für katholisches Kirchenrecht 150 (1981) 454-476; G. LUF, *Rechtsphilosophische Grundlagen des Kirchenrechts*, in: J. Listl-H. Müller-H. Schmitz (ed.), *Handbuch des Katholischen Kirchenrechts*, Regensburg 1983, 24-32; G. LUF, *Die Autonomie des religiösen Subjekts*, in: J. Schwarländer (ed.), *Modernes Freiheitsethos und christlicher Glaube. Beiträge zur Bestimmung der Menschenrechte*, München-Mainz 1981, 322-343.

(84) P. es. L. DE MAERE, *The Rights of Christs Faithful and the Service of the Ecclesial Communio*, in: Pontificium Consilium de Legum Textibus Interpretandis (ed.), *Ius in vita et in missione Ecclesiae* (nota 57), 231-236; AYMANS-MÖRSORF, *Kanonisches Recht* vol. II (nota 78), 82.

(85) Cfr. LABANDEIRA, *Tratado* (nota 34), 194-197; G. GHIRLANDA, *Statuto dei fedeli* (Statutum Christifidelium), in: C. CORRAL SALVADOR ed altri (ed.), *Nuovo Dizionario di diritto canonico*, Milano 1993, 1022-1026, 1023; COCCOPALMERIO, *Iustitia administrativa* (nota 77), 670.

quelli che fanno un ricorso, si sottopongono all'autorità ecclesiastica⁽⁸⁶⁾, ed anche il fatto che i provvedimenti dell'autorità ecclesiastica, come atti umani, sono predisposti all'errore e quindi devono essere correggibili.

Il rapporto tra autorità e fedele (e quindi l'esercizio del potere) non è una relazione di pura sottomissione: sulla base dell'essere « ordinati l'uno all'altro » che intercorre fra il sacerdozio comune e sacerdozio ministeriale, il potere ecclesiastico ed il suo esercizio da una parte, i diritti fondamentali dei fedeli dall'altra, sono orientati allo stesso fine ultimo, e cioè si determinano mutuamente. Di conseguenza, i diritti fondamentali nella Chiesa devono essere (e diventare):

— come principi, indicatori dei valori fondamentali per l'essere cristiano e cioè per la vita e la missione della Chiesa ed i rispettivi beni fondamentali;

— oltre al carattere di diritti soggettivi devono diventare principi strutturanti dell'intero ordinamento giuridico della Chiesa⁽⁸⁷⁾,

— principi di interpretazione e di applicazione delle norme di diritto canonico⁽⁸⁸⁾; il diritto inferiore deve conformarsi a quello superiore;

— norme interpretative del contenuto e della portata della potestà gerarchica⁽⁸⁹⁾;

— occorre riconoscere un *favor iuris fundamentalis (in dubio pro iure fundamentalis)*⁽⁹⁰⁾; la limitazione, non l'esistenza di diritti fondamentali, necessita di motivazione.

⁽⁸⁶⁾ HERRANZ, *La giustizia amministrativa nella Chiesa* (nota 18), 30.

⁽⁸⁷⁾ Si tratta della funzione dei diritti fondamentali di coordinare e di completare il sistema normativo orientando la sua interpretazione sistematica: MIRABELLI, *La protezione giuridica* (nota 57), 416; nella stessa direzione D. LE TOURNEAU, *Quelle protection pour les droits et les devoirs fondamentaux des fidèles dans l'Eglise?*, *Studia Canonica* 28 (1994) 59-83, 75-77.

⁽⁸⁸⁾ Cfr. HERVADA, *Sub c. 204-231*, in: *Codigo de Derecho canónico* (nota 70), 173; HERVADA, *Diritto costituzionale* (nota 3), 93.

⁽⁸⁹⁾ Fra i limiti oggettivi della potestà del Sommo Pontefice è da annoverare la necessità di governare in vista dell'utilità della Chiesa e dei fedeli ai sensi di LG nr. 27: questo « esclude l'uso arbitrario della potestà, per rispettare gli ambiti di legittima autonomia dei fedeli »: J. I. ARRIETA, *Diritto dell'organizzazione ecclesiastica*, Milano 1997 (Pontificio Ateneo della Santa Croce, Trattati di diritto 3), 226.

⁽⁹⁰⁾ RINCÓN-PÉREZ, *Derecho administrativo* (nota 37).

3) *Superiorità dei diritti fondamentali*: A causa del loro fondamento nel diritto divino, i diritti fondamentali sono di valore normativo superiore in confronto alle norme del *ius mere ecclesiasticum* ⁽⁹¹⁾. Questa priorità è la premessa indispensabile per il sindacato dei provvedimenti inferiori in vista della loro conformità ai valori relativi e al diritto superiore (cfr. I. 3. b).

I tre suddetti elementi, cioè:

— l'uguaglianza giuridica;

— il senso e la natura dei diritti fondamentali (edificazione della Chiesa e realizzazione dell'essere cristiano);

— la superiorità dei diritti fondamentali sopra tutte le norme del *ius mere ecclesiasticum*, determinano il rapporto giuridico-pastorale tra autorità e fedele; danno forma sia all'esercizio della potestà sia all'esercizio dei diritti fondamentali da parte dei fedeli:

— l'uguaglianza, perché — connessa alla legalità — mira all'esclusione di arbitrarietà sia a livello del diritto oggettivo sia a quello della sua applicazione (obbligo all'oggettività da parte dell'autorità e un diritto soggettivo da parte del fedele);

— il senso e la natura dei diritti fondamentali, perché nel loro fine (edificazione della Chiesa, *salus animarum*) coincidono sia lo scopo dell'esercizio della potestà sia dell'esercizio dei diritti fondamentali;

— l'originarietà e forza normativa superiore di quei diritti e doveri, perché generano una doverosità per l'autorità nella sua responsabilità per l'edificazione della Chiesa, pienamente conforme al carattere diaconale o ministeriale dell'esercizio nel potere, e rende possibile il sindacato delle norme inferiori.

Un esempio: Il c. 213 contiene un complesso di altissimi principi e valori fondamentali concretizzandosi in numerosi canoni del Co-

⁽⁹¹⁾ Il fondamento dei doveri e diritti fondamentali nel diritto divino (cfr. *Communicationes* 2 [1970] 91) e quasi comunemente ammesso: Cfr. A. M. ROUCO VARELA, *Fundamentos ecclesiológicos de una teoría general de los derechos fundamentales del cristiano en la Iglesia*, in: Corecco-Herzog-Scola, *I Diritti fondamentali* (nota 57), 53-78; LO CASTRO, *Condizione del fedele* (nota 57), 18 s.

P. J. VILADRICH ha giustamente messo in rilievo il loro carattere — a livello fondamentale o costituzionale — come « exigencias subjectivadas de la Voluntad Fundacional de Cristo implícitas en la condición ontológica del fiel »: VILADRICH, *Teoría* (nota 71), 377; GROCHOLEWSKI, *Aspetti teologici* (nota 36), 491 s.; LE TOURNEAU, *Protection* (nota 87), 62-65; DEL PORTILLO, *Fieles y laicos* (nota 14), 46-49.

dice, specialmente nei Libri II-IV, che regolano in modo differenziato i rispettivi diritti e doveri dei fedeli ed anche i corrispondenti obblighi dell'autorità, alla quale si rivolgono questi diritti (*ministri sacri*; cfr. c. 843 1). Oggetto dei diritti e doveri *giuridici* sono e devono essere comportamenti esternamente apprezzabili a differenza del c. 213 che oltre ai beni e valori regola un principio generale con conseguenze molteplici sia per l'interpretazione ed applicazione delle norme rispettive sia per la struttura ecclesiastica⁽⁹²⁾.

2. *Il problema del diritto soggettivo nel Diritto Canonico.*

Premessa impreteribile per il riconoscimento e la tutela dei diritti fondamentali è il riconoscimento (*agnoscenda*) e la tutela (*actuenda*) di *diritti soggettivi* come tali nell'ordinamento canonico⁽⁹³⁾. Nei lavori preparatori del Codice, il *Coetus* competente si è reso conto delle difficoltà e delle opinioni diverse nel definire il concetto del diritto soggettivo, ed affidò la questione alla dottrina canonistica — senza però mettere in dubbio la esistenza o il riconoscimento in linea di massima dei diritti soggettivi come tali⁽⁹⁴⁾. Un risultato si-

(92) Cfr. B. PRIMETSHOFER, *Das Recht auf Wort und Sakrament. Ein Grundrecht und seine Verwirklichung*, in: J. KREMSMAIR-H. PREE (ed.), *Ars boni et aequi. Gesammelte Schriften von Bruno Primetshofer*, Berlin 1997, 199-204; H. PREE, *Das Recht auf die Heilsgüter* (c. 213 CIC), *Heiliger Dienst* 48 (1994) 273-291.

(93) «*Neque id sufficit ut tutela iurium in iure nostro convenienter vigeat. Agnoscenda enim sunt iura subiectiva vera et propria sine quibus ordinatio iuridica societatis vix concipitur*» (Principio n. 7: *Communicationes* 1 [1969] 79-85).

Il diritto soggettivo qui viene visto a differenza della competenza (potere) degli organi pubblici.

La differenza fra l'ambito dell'autonomia (corrispondente al diritto soggettivo) e la competenza (come potere pubblico) sta nel fatto che i rapporti giuridici nel primo caso sono rapporti di più o meno indipendenza, mentre i rapporti giuridici della seconda sono rapporti di esclusioni (Cfr. S. DE FINA, *Art. Autonomia*, *Enciclopedia giuridica* IV [1988]).

Anche nell'ordinamento della Chiesa, il diritto soggettivo non entra in funzione soltanto nei rapporti fra fedele e gerarchia, ma anche nelle relazioni giuridiche fra i fedeli (privati) (p.es. sulla base di un contratto o di un atto illegittimo che comporta l'obbligo del risarcimento del danno). La funzione del diritto soggettivo è diversa nell'uno e nell'altro caso.

(94) «*Agnitio iurium personalium necessario secum fert ut normae positivae in tuto ponant pro unoquoque individuo convenientes potestates morales circa media apta ad proprios fines adimplendos; requirit scilicet ut iura fundamentalia personae in iure positivo recipiantur, ita ut socialis structura opportune tueatur ea ipsa iura*»: *Communicationes* 2 (1970) 90-93, 93.

curo di detta discussione negli ultimi decenni⁽⁹⁵⁾ al riguardo è il riconoscimento della categoria di diritti soggettivi sia nella dottrina comune sia come elementi previsti (cfr. cc. 96; 221; 1400 1,1; 1476; 1491) nell'ordinamento canonico, anche se la sua nozione tecnico-giuridica nella teoria generale del diritto canonico non è ancora adeguatamente approfondita su tutti i suoi aspetti possibili⁽⁹⁶⁾. Per l'ulteriore discussione, gli argomenti seguenti sembrano d'essere di particolare importanza:

1) La *giuridicità*⁽⁹⁷⁾ dei diritti soggettivi e le conseguenze che ne scaturiscono sia per le parti rispettive che per i contenuti e la esigibilità.

⁽⁹⁵⁾ Dopo la decisa negazione, sul piano scientifico, da parte di A. C. JEMOLO e P. FEDELE poggiandosi sul preteso carattere pubblico dell'ordinamento canonico (cfr. P. FEDELE, *Discorso generale sull'ordinamento canonico*, Padova 1941), una prima tappa sul piano internazionale fu il Congresso del 1950 a Roma (Acta Congressus Internationalis Iuris Canonici, Romae, in aedibus Pont. Universitatis Gregorianae 25-30 September 1950, Romae 1953). Dopo la ultima assise ecumenica, la canonistica a livello internazionale ha ripresa la problematica nel Congresso di Fribourg, concentrandosi sulla questione dei diritti fondamentali nella Chiesa: CORECCO-HERZOG-SCOLA, *I Diritti fondamentali* (nota 57). Cfr. VILADRICH, *Teoria* (nota 71), 35-110; W. ONCLIN, *Considerationes de iurium subjectivorum in Ecclesia fundamento ac natura*, *Ephemerides Iuris Canonici* 8 (1952) 9-23.

Fra le contributi monografici più importanti sono da annoverare: G. OLIVERO, *Intorno al problema del diritto soggettivo nell'ordinamento canonico*, Torino 1948; VILADRICH, *Teoria* (nota 71), 35-110; DEL PORTILLO, *Fieles y laicos* (nota 14); P. HINDER, *Grundrechte in der Kirche. Eine Untersuchung zur Begründung der Grundrechte in der Kirche*, Freiburg/Schweiz 1977; HAFNER, *Kirchen* (nota 24).

⁽⁹⁶⁾ Specialmente nelle questioni tecnico-giuridiche della nozione di diritto soggettivo, la teoria generale del diritto canonico non può del tutto fare a meno dei rispettivi risultati della discussione nell'ambito secolare sul diritto soggettivo. Per una prospettiva storico-giuridica: R. DUBISCHAR, *Art. Recht, subjektives*, in: *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte* IV (1990) 249-252; per una sinossi critica ed istruttiva di alcune delle teorie tradizionali più importanti sul diritto soggettivo: A. VONLANTHEN, *Zum rechtsphilosophischen Streit über das Wesen des subjektiven Rechts*, Zürich 1964, 10-88 e con propria impostazione filosofica 89-133; per un sommario T. MAYER-MALY, *Art. Recht* II. Subjektive Rechte, Rechtssubjekte, Rechtsobjekte, in: *Staatslexikon* IV (1988) 669 s.

Per l'ambito del diritto pubblico cfr. A. BALDASSARE, *Art. Diritti pubblici soggettivi*, in: *Enciclopedia Giuridica* XI (1989) (con ampia bibliographia).

Dal punto di vista del diritto privato: K.-H. FEZER, *Teilhabe und Verantwortung. Die personale Funktionsweise des subjektiven Privatrechts*, München 1986; E. BUCHER, *Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis*, Tübingen 1965; K. LARENZ, *Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*, München 1989, 209-242.

⁽⁹⁷⁾ Cfr. ARRIETA, *I diritti dei soggetti* (nota 2), 21 s.; LO CASTRO, *Condizione del*

2) La legittimazione sostanziale dei diritti soggettivi nella Chiesa deve — come tutta la normativa canonica — prendere in considerazione i quattro livelli ontologico-genetici, dei quali si è sopra parlato [I. 3) b)].

3) Essendo i diritti fondamentali regole strutturanti l'esercizio della potestà in favore dell'autonomia dei fedeli e del bene comune, tutti gli altri diritti soggettivi devono essere ordinati ed orientati ai diritti fondamentali e devono essere *concretizzazioni* di essi — in quanto fondate nel battesimo e non soltanto in quanto basati esclusivamente sulla dignità umana.

4) Dal punto di vista ecclesiologico, i diritti soggettivi sono strumenti eccellenti di *partecipazione* del fedele alla missione della Chiesa [Cfr. sopra II. 1)]. Perciò non sono pretese individualistiche o «strumenti di potere antigerarchico o ambiti di insolidarietà»; nemmeno conferisce la potestà al suo titolare uno spazio di dominio arbitrario invece di servizio alla promozione della libertà dei fedeli⁽⁹⁸⁾. Anche l'esercizio dell'autonomia del fedele entro i limiti dei diritti soggettivi è agire *intra-ecclesiale*, *nella* Chiesa. I diritti soggettivi creano una doverosità giuridica da parte dell'autorità.

5) In vista del rapporto fra diritti soggettivi da una parte e doveri (sia da parte del fedele sia da parte dell'autorità) dall'altra, occorre precisare che:

— ogni diritto soggettivo comporta necessariamente un dovere corrispondente (almeno a non disturbare e a rispettare l'esercizio del diritto) da parte di una o di più persone (inclusa l'autorità); così il diritto soggettivo è forse l'elemento più importante del rapporto giuridico fra autorità e fedele.

— al dovere da parte dell'autorità non necessariamente corrisponde un diritto soggettivo da parte di un determinato fedele;

— il dovere giuridico del fedele comporta la responsabilità giuridica dello stesso davanti all'autorità nelle forme legittimamente previste; però: l'esistenza di un dovere da parte del fedele implica (comporta e presuppone) il dovere da parte dell'autorità di rendere

fedele (nota 57), 20 s.; J. ESCRIVÀ-IVARS, *Appunti per una nozione di diritto canonico*, *Ius Ecclesiae* 2 (1990) 23-34; C. J. ERRÁZURIZ, *La dimensione* (nota 37); H. HEIMERL-H. PREE, *Kirchenrecht. Allgemeine Normen und Eberecht*, Wien-New York 1983, 7-18.

⁽⁹⁸⁾ ARRIETA, *I diritti dei soggetti* (nota 2), 19. Cfr. LE TOURNEAU, *Protection* (nota 87), 72-75.

possibile l'osservanza⁽⁹⁹⁾. Più è oneroso l'obbligo del fedele, più è grande la responsabilità da parte della autorità.

— la combinazione di diritti soggettivi con doveri morali⁽¹⁰⁰⁾ o con doveri giuridici nella stessa materia e norma non è accettabile, perché comporta dei dubbi circa la dipendenza o meno del diritto soggettivo dal compimento del dovere e cioè crea superflue difficoltà per l'interpretazione.

3. Protezione giuridica dei diritti fondamentali.

a) Osservazioni preliminari. — Il «*principium tutelae iuridicae*»⁽¹⁰¹⁾, essendo radicato nella dignità e libertà del fedele, è inscindibilmente connesso al riconoscimento di diritti soggettivi. Alla pari della uguaglianza giuridica e alle garanzie del c. 220, anche le garanzie del c. 221 sono fondate nel diritto naturale e valgono per tutti gli uomini⁽¹⁰²⁾. Dalla «rilevanza teologica dell'aspetto operativo dei diritti dei fedeli» segue la garanzia del c. 221 1⁽¹⁰³⁾. Questo diritto fondamentale si rivolge, per qualsiasi genere di conflitti giuridici ecclesiali (anche fra «privati»), all'autorità competente alla quale spetta la responsabilità di provvedere affinché sussistano le possibi-

⁽⁹⁹⁾ R. CASTILLO-LARA, *Some General Reflections on the Rights and Duties of the Christian Faithful*, *Studia Canonica* 20 (1986) 7-32, 21.

⁽¹⁰⁰⁾ P. es. i doveri cc. 209 2, 210, 211, 212 3 sono doveri morali, non giuridici; cfr. LO CASTRO, *Condizione del fedele* (nota 57), 20.

⁽¹⁰¹⁾ Il principio nr. 7, dopo aver constatata la necessità del riconoscimento di diritti soggettivi *veri e propri*, mette in rilievo: «*Proclamari idcirco oportet in iure canonico principium tutelae iuridicae aequo modo applicari superioribus et subditis, ita ut quaelibet arbitrariorum suspicio in administratione ecclesiastica penitus evanescat*» (*Communicationes* 1 [1969] 83). La *Relatio* di DEL PORTILLO (*Communicationes* 2 [1970] 89-98) fa notare a questo proposito: «*Agnitio iurium personalium necessario secum fert ut normae positivae in tuto ponant pro unoquoque individuo convenientes potestates morales circa media apta ad proprios fines adimplendos; requirit scilicet ut iura fundamentalia personae in iure positivo recipiantur, ita ut socialis structura oportune tueatur ea ipsa. Ex hoc autem sequitur necessitas protegendi ambitum autonomiae individualis adversus quamlibet possibilem laesionem, sive ex parte aliorum membrorum societatis sive etiam ex parte ipsius publicae auctoritatis*» (93). Cfr. B. PRIMETSHOFER, *Vom Geist des Kodex Iuris Canonici* 1983, in: J. KREMSMAIR-H. PREE (ed.), *Ars boni et aequi* (nota 92), 205-224, 217-224; J. I. ARRIETA, *Oportunidad de la tutela procesal de los derechos fundamentales del fiel*, in: Corecco-Herzog-Scola, *I Diritti fondamentali* (nota 57), 475-485.

⁽¹⁰²⁾ Cfr. D. CENALMOR, cc. 220-221, in: Marzoa-Miras-Rodríguez-Ocaña, *Comentario Exegético al Código de Derecho Canonico*, vol. II (nota 3), 137-150.

⁽¹⁰³⁾ GROCHOLEWSKI, *Aspetti teologici* (nota 36), 492.

lità reali e le strutture necessarie che rendono possibile e garantiscono la salvaguardia dei diritti fondamentali.

b) *Presupposti istituzionali*⁽¹⁰⁴⁾. — Non interessa ora una dettagliata tipologia dei singoli istituti di protezione giuridica nell'ambito ecclesiastico. Occorre invece sottolineare la imprescindibile necessità di istituzioni apposite previste sul piano legislativo che trovino realizzazione nell'ambito della potestà amministrativa e giudiziaria; questo implica sia istituzioni necessarie per rendere possibile l'attuazione dei diritti fondamentali in senso *positivo* (p. es. petizioni e autorità competenti); così il diritto ai sensi del c. 215 sarebbe lettera morta se non esistessero mezzi, procedimenti ed istanze adeguati per raggiungere il riconoscimento in base al c. 298 3 e per esigerlo se venisse ingiustamente negato; sia quelle che, in senso *negativo*, eliminano eventuali lesioni o misure o provvedimenti lesivi (azione, ricorso, appellazione, tribunali, pene e misure disciplinari etc.). Questi mezzi e i procedimenti devono corrispondere ai bisogni reali della protezione dei diritti dei fedeli a seconda del contenuto dei singoli diritti fondamentali. P. es. i diritti fondamentali che traggono origine dal c. 213, chiedono altri mezzi di esigibilità rispetto a quelli previsti in base al c. 215.

c) *Presupposti strutturali*. — Oltre alle istituzioni stabilite esclusivamente per la tutela dei diritti, anzi prima di esse, la protezione richiede requisiti sul piano strutturale che rendano possibile e facilitino il più possibile il rispetto dei diritti soggettivi specialmente dei diritti fondamentali nella vita giornaliera dei fedeli. Fra questi presupposti strutturali occorre annoverare:

— *titolari* ben definiti come soggetti attivi e passivi di diritti soggettivi. Oltre alle persone fisiche, la personalità giuridica non sembra essere una premessa necessaria⁽¹⁰⁵⁾.

⁽¹⁰⁴⁾ A proposito della relazione fra diritti soggettivi e procedimento amministrativo: J. CANOSA, *La legislazione* (nota 47), nr. 5 e 6.

⁽¹⁰⁵⁾ Su questa problematica P. MONETA, *I soggetti* (nota 77), 56-59; E. CAPPELLINI, *La tutela dei diritti delle comunità territoriali: Diocesi e parrocchia*, *Monitor Ecclesiasticus* 113 (1988) 85-104; J. A. CORIDEN, *The Rights of Parishes*, *Studia Canonica* 28 (1994) 293-309; H. SCHNIZER, *Individuelle und gemeinschaftliche Verwirklichung der Grundrechte*, in: Corecco-Herzog-Scola, *I Diritti fondamentali* (nota 57), 419-448, 447

— un *contenuto* ben definito come un comportamento esteriormente apprezzabile e con responsabilità⁽¹⁰⁶⁾ sanzionate a seconda delle norme in vigore⁽¹⁰⁷⁾; questo richiede una corretta formulazione delle disposizioni normative (invece di affermazioni meramente retoriche o teologiche). Ovviamente, la formulazione inequivoca di diritti e doveri sarebbe uno strumento eccellente per prevenire possibili conflitti (carattere preventivo);

— una limitazione dell'ambito delle *gratiae* (che escludono *per definitionem* un diritto soggettivo nel merito della causa)⁽¹⁰⁸⁾;

— criteri che permettono di distinguere fra diritto soggettivo, interesse legittimo (protetto) ed interesse di fatto;

— le limitazioni dei diritti soggettivi non devono essere arbitrarie e devono rispettare il nucleo indispensabile del rispettivo diritto fondamentale⁽¹⁰⁹⁾;

s.; HAFNER, *Kirchen* (nota 24), 248-252. Cfr. L. NAVARRO, *La tutela giudiziaria dei soggetti senza personalità giuridica canonica*, IE 9 (1997) 265-287.

⁽¹⁰⁶⁾ Cfr. H. LENK, *Types of responsibilities*, *Rechtstheorie* 21 (1990) 527-535. Cfr. MIRABELLI, *La protezione giuridica* (nota 57), 397-418, 411. E. LABANDEIRA, *La tutela de los derechos subjetivos ante la sección IIª de la Signatura Apostolica*, in: Corecco-Herzog-Scola, *I Diritti fondamentali* (nota 57), 571-580, 573 s.

La formula «*integrum est*» comporta un diritto soggettivo (cfr. Apollinaris 51 [1978] 24 n. 3).

⁽¹⁰⁷⁾ Giustamente lo SCHOUPE attribuisce in gran parte alla mancanza quasi totale nella Chiesa di una giurisprudenza nella materia dei diritti e doveri fondamentali la deprecabile vaghezza ed imprecisione nelle formulazioni di quei diritti: «Le caractère vague de ces critères est du pour une large part à la faible contribution de la jurisprudence dans ces questions. Le cours normal des choses est que les notions abstraites élaborées par la doctrine ou par le législateur fassent l'objet des précisions de la casuistique (dans le sens noble du terme)»: J.-P. SCHOUPE, *Opinion dans l'Eglise et recherche théologique: deux libertés fondamentales à l'examen* (cc. 212 et 218), *Fidelium Iura* 5 (1995) 85-116, 99.

⁽¹⁰⁸⁾ P.es. la sacra ordinazione ricevuta sotto l'influsso di *metus gravis* però nondimeno valida: l'esonero dalle obbligazioni clericali viene concesso a modo di una grazia. Questo contraddice al principio di libertà assolutamente garantito nella ricezione della sacra ordinazione. Questa dev'essere senza dubbio una posizione soggettiva giuridica tutelata (cfr. c. 1026). Anche nelle situazioni, nelle quali non esiste un diritto soggettivo da parte del petente, l'autorità è nondimeno obbligata a provvedere o decidere in un modo non arbitrario.

Cfr. J. CANOSA, *La concessione di grazie attraverso i rescritti*, IE 6 (1994) 237-257; J. CANOSA, *La legislazione* (nota 47), nr. 6. Per la questione di un possibile diritto soggettivo alla dispensa cfr. E. BAURA, *La dispensa canonica dalla legge*, Milano 1997 (Pontificio Ateneo della Santa Croce, Monographie giuridiche 12), 272-276.

⁽¹⁰⁹⁾ Cfr. CENALMOR, *Limite* (nota 72), 145-172.

— L'autoorganizzazione della Chiesa in vista di una sempre più completa attuazione dei diritti fondamentali, specie quelli aventi per oggetto i mezzi di salvezza⁽¹¹⁰⁾, attraverso strumenti sia sostanziali (p.es. giurisdizioni personali) che formali (p.es. legalità e sussidiarietà);

— il riconoscimento dell'autonomia privata⁽¹¹¹⁾ nella Chiesa nei diversi ambiti rispettivi e dai corrispondenti punti di vista, specie nella normativa delle persone giuridiche, pie fondazioni, associazioni private, atti giuridici etc. Una regolamentazione più aggiornata e complessiva degli *atti giuridici* si presenta come necessità perché è la premessa e via eccellente per l'esercizio dei diritti soggettivi. Dalla normativa dell' *atto giuridico* dipende l'ambito di un concreto diritto soggettivo e la sua realizzabilità (manca, ad esempio, nella legislazione attuale una regolamentazione generale esaustiva sull'atto giuridico, in particolare, fra l'altro, norme apposite per la sanazione degli atti o per la protezione della bona fides)⁽¹¹²⁾;

— la sindacabilità di norme generali oltre a quanto è previsto nell'art. 158 *Pastor Bonus*, specialmente al riguardo dei diritti fondamentali.

Conclusione.

L'esercizio della potestà, dal punto di vista della sua essenza e del suo fine, dev' essere qualificato come attuazione di una relazione *giuridico-pastorale*. È un rapporto di altissimo contenuto: ecclesiale e personale, di responsabilità reciproca (senza arbitrarietà ed abusi da entrambe le parti), caratterizzata dalla strumentalità (carattere ministeriale o di servizio) della Gerarchia (senza pretese autoritarie) per la salvezza di tutti i fedeli (inclusi i soggetti della potestà) nella comunione ecclesiastica — mediante l'attuazione di quei diritti che chiamiamo giustamente *fondamentali*, perché « sono coesenziali all'essere persona nell'ordinamento canonico e costituiscono il nucleo inviolabile del patrimonio giuridico del cristiano ..., base essenziale

⁽¹¹⁰⁾ ARRIETA, *I diritti dei soggetti* (nota 2), 33.

⁽¹¹¹⁾ Cfr. ARRIETA, *I diritti dei soggetti* (nota 2), 33; E. MOLANO, *La autonomia privata en el ordenamiento canonico*, Pamplona 1974; HERVADA, *Diritto costituzionale* (nota 3), 85-143 e 256-267.

⁽¹¹²⁾ H. PREE, *Einleitung vor 124*, in: K. Lüdicke (ed.), *Münsterischer Kommentar* (nota 2).

di tutto l'ordinamento canonico e che, come tale, si impone all'osservanza, oltre che degli individui, di ogni autorità»⁽¹¹³⁾.

Forse in un futuro non troppo lontano l'ordine sistematico della normativa canonica sarà formato sulla base e seguendo l'ordine dei diritti fondamentali, perché la loro attuazione è l'attuazione dell'essere cristiano.

⁽¹¹³⁾ MIRABELLI, *La protezione giuridica* (nota 57), 415.

Pagina bianca

RAFAEL RODRÍGUEZ-OCAÑA

LA TUTELA DEL DERECHO AL PROCESO EN LAS CAUSAS DE NULIDAD MATRIMONIAL (*)

I. Derechos de los fieles en relación al inicio del proceso de nulidad de matrimonio: una explicación: 1. Derecho de acción de nulidad de matrimonio; 2. El derecho a una sentencia sobre el fondo (derecho al proceso); 3. Inicio del proceso de nulidad matrimonial (la pretensión). — II. La tutela efectiva en los procesos de nulidad matrimonial: 4. Del derecho de defensa a la tutela efectiva; 5. La tutela efectiva: noción y existencia en el ordenamiento canónico. — III. El rechazo del libelo y su impugnación en los procesos de nulidad matrimonial: 6. Cumplimiento de las normas que regulan el acceso al proceso de nulidad matrimonial; 7. Recursos contra el decreto definitivo de rechazo del libelo de nulidad matrimonial; 8. Indefensión y querrela de nulidad.

I. *Derechos de los fieles en relación al inicio del proceso de nulidad de matrimonio: una explicación.*

1. *Derecho de acción de nulidad de matrimonio.*

En relación con la administración de justicia en la Iglesia, los fieles tienen el derecho de dirigirse a los tribunales (diocesanos o apostólicos) con la pretensión de que digan el Derecho (*iusdicere*), lo tutelen o lo apliquen⁽¹⁾. Este derecho de los fieles está recogido

(*) Comunicación presentada en el X Congreso Internacional de Derecho Canónico: «El matrimonio y su expresión canónica ante el III Milenio», Pamplona, 14-19 de septiembre de 1998.

(1) La doctrina canónica sostiene que las bases de este derecho se encuentran en el derecho natural. Por todos, cfr R.J. CASTILLO LARA, *La difesa dei diritti nell'ordinamento canonico: VV.AA., Il diritto alla difesa nell'ordinamento canonico. Atti del XIX Congresso Canonistico* (Gallipoli - settembre, 1987), Città del Vaticano 1988, V. Respecto a la naturaleza fundamental (es decir, innato al ser sobrenatural

en el c. 221 § 1⁽²⁾.

En efecto, el citado canon, aunque su enunciado sea «Compete a los fieles reclamar...», debe entenderse que reconoce — no sólo habilita, otorgando una «competencia» — un verdadero derecho subjetivo público de los fieles para poder acudir en demanda de tutela a los órganos jurisdiccionales de la Iglesia.

Los fieles, además, no sólo ostentan un derecho en abstracto de acudir a los tribunales de justicia, sino que tienen verdadero derecho a obtener de esos tribunales actuaciones judiciales concretas en relación a concretos derechos. Así se contempla en la referida norma del c. 221 § 1, que relaciona el derecho a pretender («reclamar» y «defender», son los verbos que utiliza el texto del canon) con «los derechos que [los fieles] tienen en la Iglesia». Este derecho subjetivo público a una tutela concreta en el fuero eclesiástico es lo que se llama derecho de acción.

La doctrina procesal ha discutido ampliamente sobre la naturaleza del derecho de acción y, más en concreto, sobre su identificación con el derecho subjetivo privado o la pretensión jurídica material (*Anspruch*)⁽³⁾. La discusión podría trasladarse al campo canónico si los términos del c. 221 § 1, «reclamar y defender los derechos», se entienden como reclamar y defender los derechos subjetivos que los fieles tienen en la Iglesia. Esto supondría la práctica

comunicado por el bautismo) del derecho de acceso a los tribunales en la Iglesia, cfr P.M. REYES, *La tutela jurídica en el ordenamiento canónico*: «Cuadernos doctorales» 11 (1993) 364-367.

(²) Cfr D. CENALMOR, *Comentario al c. 221*: A. MARZOA - J. MIRAS - R. RODRÍGUEZ-OCAÑA (Eds.), *Comentario exegético al Código de Derecho Canónico*, II, Pamplona 1996, 143. El Comentario exegético se cita en adelante así: «ComExe», seguido del volumen y de la página correspondiente.

(³) La aún duradera polémica sobre la naturaleza del derecho de acción tuvo su origen en los estudios sobre la acción en el derecho romano y su vigencia al final del siglo XIX. Cfr B. WINDSCHEID, *Die Actio des römischen Zivilrechts von Standpunkte des heutigen Rechts*, Düsseldorf 1856; T. MÜLLER, *Zur Lehre von der römischen actio*, Erlangen 1857. A estos siguieron, en el tiempo, procesalistas de renombre como: H. DEGENKOLB, *Einlassungszwang und Urteilsnorm*, Leipzig 1877; A. WACH, *Manual de Derecho procesal civil*, 2 vols., Buenos Aires 1977; G. CHIOVENDA, *Principios de derecho procesal civil*, I, Madrid 1948; O. VON BÜLOW, *Klage und Urteil*: «Zeitschrift für deutschen Zivilprozess» 31 (1903) 191-270; P. CALAMANDREI, *La relatividad del concepto de acción*: ID., *Estudios de Derecho procesal civil*, Buenos Aires 1945, 133-160. Para un resumen actualizado de la discusión, cfr A. MONTÓN, *Iniciación al estudio del Derecho procesal*, Salamanca 1987.

identificación del derecho de acción con el derecho subjetivo. La realidad es sin embargo diversa, pues existen acciones que no se corresponden con derechos subjetivos⁽⁴⁾. Este es el caso, por ejemplo, de las acciones de nulidad de matrimonio.

En los procesos de nulidad matrimonial, el tribunal eclesiástico dice el Derecho ante el caso concreto por medio de un proceso declarativo. La sentencia del tribunal se limita a declarar la existencia de un derecho subjetivo, de una relación o situación jurídica, etc. En el caso del matrimonio, la declaración se ciñe a la existencia o inexistencia, no de un derecho subjetivo de las partes, sino del vínculo aparentemente nacido en el momento de manifestar el consentimiento. Lo que existe, por tanto, es un derecho de acción, consistente en impugnar la validez del matrimonio. A las partes se les reconoce, en efecto, un derecho a una específica tutela judicial, que en este caso es llamada «acción de nulidad de matrimonio».

2. *El derecho a una sentencia sobre el fondo (derecho al proceso).*

La acción de nulidad de matrimonio sólo puede ser satisfecha cuando se da una sentencia sobre el fondo, mientras tanto quedará imprejuizada⁽⁵⁾. En consecuencia, el derecho de acción que nace fuera del proceso y existe antes que el proceso, sólo puede ejercitarse y satisfacerse en vía procesal⁽⁶⁾.

(4) En el ámbito canónico caben destacar los estudios sobre el derecho de acción realizados por C. DE DIEGO-LORA, *Poder jurisdiccional y función de justicia en la Iglesia*, Pamplona 1976, en especial pp. 151-184; ID., *La tutela procesal de los derechos en la Iglesia*: «Ius canonicum» 34 (1994) 55-64; ID., *De las acciones y excepciones (cc. 1491-1495)*: «ComExe», IV/1, 1067-1117.

(5) El efecto consuntivo de la acción no se produce cuando de diversas formas se pone fin al proceso en primera instancia sin haber alcanzado una resolución sobre el fondo del asunto. Esto acontece normalmente en las llamadas «crisis procesales»: detención, suspensión e interrupción del proceso (cfr cc. 1518-1519); y caducidad y renuncia de la instancia (cfr cc. 1520-1525). El efecto consuntivo se produce, por el contrario, cuando alguna de esas «crisis procesales», por ejemplo, la caducidad o la renuncia, se dan en segunda instancia. También se agota la acción cuando se renuncia al mismo derecho de acción, lo cual lleva consigo la extinción del derecho material. Este efecto no se da en la acción de nulidad de matrimonio. Cfr J. CARRERAS, *De la instancia judicial (cc. 1517-1525)*: «ComExe», IV/2, 1247-1268; F. D'OSTILIO, *Sospensione o interruzione?*: «Apollinaris» 65 (1992) 217-236; V. PALESTRO, *L'istanza della lite (cann. 1517-1525)*: P.A. BONNET - C. GULLO (Eds.), *Il processo matrimoniale canonico*, Città del Vaticano 1994, 539-566. A partir de ahora *Il processo matrimoniale canonico* lo citaremos así: «Il processo».

(6) «El proceso — aunque parezca lo que aquí se dice una tautología — no deja

Esto supone que a los fieles, además de ostentar el derecho de acción, se les debe también reconocer un derecho a obtener de los tribunales una sentencia sobre el fondo, lo cual exige el desarrollo de una actividad judicial, es decir, un completo proceso. Ese nuevo derecho es el que la doctrina llama «derecho al proceso». Y puede ser definido como «el derecho subjetivo público de quien solicita una concreta tutela de los tribunales a obtener una sentencia que se pronuncie sobre tal solicitud» (7).

Es un derecho de acceso a los tribunales que, en el Derecho canónico, encuentra una gran tradición por la nota de servicio que tienen todos los órganos de gobierno en la Iglesia; no podría ser de otra forma, pues la potestad judicial que detentan los jueces y tribunales participa de la dimensión de servicio que tiene la potestad en la Iglesia (8).

El derecho al proceso está contenido el c. 221 § 1, tal como ha sido interpretado por la doctrina más reciente. En la citada norma «se reconoce el derecho a la protección judicial (...) mediante un proceso con las garantías suficientes» (9). En realidad la norma es más amplia en lo que se refiere a las formas de tutela, pues el tenor del canon admite interpretar que la defensa de los derechos puede hacerse ante la autoridad eclesial de diversos modos, uno de los cuales es el propiamente judicial (10).

de ser más que un proceso sobre la acción»: C. DE DIEGO-LORA, *La función de justicia en la Iglesia*: ID., *Estudios de Derecho procesal canónico*, III, Pamplona 1990, 355.

(7) A. DE LA OLIVA - M.A. FERNÁNDEZ, *Lecciones de Derecho procesal*, I, Barcelona 1986, 119. En el ámbito canónico: P.M. REYES, *La tutela jurídica...*, 403-420; J. CARRERAS, *De la instancia judicial...*, 1248-1250.

(8) Cfr *Lumen gentium*, n. 27/a. Ver además, E. MOLANO, «*Sacra potestas*» y *servicio a los fieles en el Concilio Vaticano II*: «*Fidelium iura*» 7 (1997) 9-28; J. MIRAS, *Sentido ministerial de la potestad de gobierno y tutela jurídica en el derecho administrativo canónico*: «*Fidelium iura*» 7 (1997) 29-70.

(9) J. HERVADA, *Comentario al c. 221*: INSTITUTO MARTÍN DE AZPILCUETA (Ed.), *Código de Derecho Canónico. Edición bilingüe y anotada*, 5ª ed., Pamplona 1992. En el mismo sentido, D. CENALMOR, *Comentario al c. 221...*, 145-147 y H.J.F. REINHARDT, *Kommentar zum cc. 209-223*: K. LÜDICKE (Ed.), *Münsterischer Kommentar zum Codex Iuris Canonici*, Essen 1987, 221/1.

(10) Cfr D. CENALMOR, *Comentario al c. 221...*, 145. Para la doctrina, el canon también abarca, por medio de «las garantías suficientes», la dimensión técnica y letrada de la justicia: cfr C. DE DIEGO-LORA, *El derecho fundamental de los fieles a una justicia técnica letrada en la Iglesia*: «*Fidelium iura*» 3 (1993) 265-280.

El derecho al proceso, a diferencia del de acción, con el que está íntimamente conectado aunque sin suplirlo, no depende, para su efectiva vigencia, de condiciones jurídico-materiales, es decir, de hallarse el fiel en una determinada situación jurídico-material (ser aparentemente cónyuge, por ejemplo), sino de cumplir unos determinados «presupuestos procesales».

En efecto, el derecho de acción nace de las relaciones jurídicas que surgen entre los fieles, en el mundo de las realidades jurídico-materiales, en atención al juego de la capacidad negocial o de la autonomía de la voluntad de los fieles; relaciones que están reguladas por el derecho objetivo o material. Es en ese contexto donde aparece el derecho de acción cuando un fiel se halla en una situación en la que su derecho o legítimo interés se ve afectado por otro, sin que tal enfrentamiento pueda ser resuelto por ellos, bien por la resistencia de uno, bien porque la materia jurídica de que se trata no esté disponible (esto último es precisamente lo que ocurre en el caso del matrimonio) ⁽¹¹⁾.

El derecho de acceso a los tribunales que tienen los fieles depende, por el contrario, de que se cumplan una serie de elementos necesarios para que un juez eclesiástico pueda comenzar el proceso y terminarlo con el pronunciamiento que le corresponda. Esos elementos imprescindibles están determinados por la ley, son de naturaleza procesal y se denominan por la doctrina, desde el siglo pasado, «presupuestos procesales» o «presupuestos del proceso» ⁽¹²⁾. Pueden ser definidos, en el ámbito canónico, como «condiciones que hacen posible la existencia del espacio formal en el que la Iglesia administra justicia». Cada uno de los presupuestos actúa al modo de *conditio sine qua non* para la existencia del proceso. En el CIC están regulados, fundamentalmente, en los cc. 1504 y 1505 §§ 1 y 2. Entre ellos se hallan: la jurisdicción y competencia del juez o tribunal ante quien se formula la pretensión; la dualidad de partes (actor y deman-

⁽¹¹⁾ Cfr C. DE DIEGO-LORA, *De las acciones...*, 1068-1069.

⁽¹²⁾ Cfr E.J. COUTURE, *Fundamentos del Derecho procesal civil*, Buenos Aires 1990, 102-112. Entre los autores canonistas, cfr F. ROBERTI, *De processibus*, I, In Civitate Vaticana 1956, 102; F. DELLA ROCCA, *Instituciones de Derecho procesal canónico*, Buenos Aires 1950, 51-64, en especial, 60-64; M. MORENO, *Derecho procesal canónico*, I, 2ª ed., Barcelona 1975, 52-53. Más recientemente, M.J. ARROBA, *Diritto processuale canonico*, 2ª ed., Roma 1994, 68-69; R. RODRÍGUEZ-OCAÑA, *Comentario al c. 1504: «ComExe»*, IV/2, 1190-1191.

dado); la capacidad jurídica y procesal; el acto de pretensión presentado en forma; el *petitum* y la afirmación jurídica⁽¹³⁾.

Cumplidas estas esenciales formalidades, desde el punto de vista del actor, éste tiene derecho a que se abran todas las posibilidades otorgadas por el CIC de actuación judicial encaminadas a dictar sentencia sobre la validez del vínculo matrimonial. Desde el punto de vista del tribunal, la existencia de esos mismos presupuestos suponen para el juez o tribunal el deber de pronunciar sentencia que resuelva la petición formulada y no otra distinta.

Ese deber del juez está recogido imperativamente, al menos de modo parcial, por el CIC en el c. 1457 § 1. El legislador sanciona la actitud de denegación de la justicia por parte del juez o tribunal que sean evidentemente competentes. Ésta, la competencia, como se ha dicho, es uno de los presupuestos procesales que debe tener en cuenta el ejercicio del derecho al proceso. Si el legislador ordena al juez administrar justicia si es ciertamente competente, quiere decir que el actor tiene derecho a esa actuación del juez canónico. Ahora bien administrar justicia no es otra cosa que activar los cauces procesales necesarios que habiliten al juez poder dictar sentencia sobre el fondo de la cuestión planteada. Y esto es precisamente el contenido del derecho al proceso.

El derecho al proceso surge como tal, por tanto, de una situación propiamente procesal, es decir, depende del acto de demanda presentada en la debida forma, por un sujeto capaz y ante un órgano con potestad y competencia para otorgar la tutela. Todo esto supone que se ha producido una actividad judicial previa⁽¹⁴⁾ encaminada a comprobar si el acto de iniciación cumple todos los requisitos, es decir, si se verifican todos y cada uno de los presupuestos procesales. Ésta es la finalidad de los actos preliminares o previos al proceso.

(13) No es totalmente homogénea la enumeración de los presupuestos: cfr. F. DELLA ROCCA, *Instituciones...*, 63-64. A este autor le siguen: M. MORENO, *Derecho procesal canónico*, I..., 52-53 y M.J. ARROBA, *Diritto processuale...*, 69. Una enumeración más genérica se halla en P.V. PINTO, *I processi nel Codice di Diritto canonico*, Città del Vaticano 1993, 33.

(14) La naturaleza administrativa o judicial de los actos previos al proceso fue discutida por la doctrina, tal como recogí en el estudio sobre *El recurso contra el decreto de inadmisión de la demanda*: « Ius canonicum » 38 (1998) 483-497.

3. Inicio del proceso de nulidad matrimonial (la pretensión).

Se critica, desde la perspectiva de la génesis del proceso, que el concepto de acción anteriormente descrito, no explica por qué comienza el proceso contencioso matrimonial; y dado que éste, salvo muy raras excepciones (c. 1674,2º), se inicia a instancia de parte no pública, se concluye que deben estar en conexión con algún derecho subjetivo del actor. Derecho que no puede ser la acción, por la sencilla razón de que al inicio del proceso no se sabe quién de las partes (actor o demandado) la tiene; ese conocimiento sólo se alcanza con la sentencia.

Tampoco explica suficientemente el inicio del proceso el derecho al proceso, que depende, como hemos visto, de presupuestos que deben examinarse en el proceso mismo. La dependencia en este caso llevaría a la aporía de que el proceso depende del proceso mismo. O como dice la doctrina procesal, estaríamos en presencia de un «proceso sobre el proceso»⁽¹⁵⁾.

La crítica obligó a la doctrina procesal a una ulterior explicación, según la cual es necesario reconocer que para fundamentar el deber de actuación de los órganos judiciales de la Iglesia y, en consecuencia, el inicio de una actividad procesal basta un acto de parte que reúna ciertos requisitos formales. Tal acto ha sido denominado, por la doctrina procesal, «pretensión». El CIC lo contempla en el c. 1501: el juez eclesiástico no puede juzgar *si no se ha formulado una petición* de parte «ad mormam canonum».

La pretensión es «el acto jurídico formal por el que el sujeto del ordenamiento jurídico, que se estima gravado injustamente, acude al órgano de justicia en reclamación frente a otro en petición de tutela jurídica»⁽¹⁶⁾. Así formulada, la pretensión incluye tres contenidos

(15) La expresión es utilizada, en relación a la *prævia inquisitio*: «Hoc vero fieri debet moderate [la investigación], ne iudex cadat in oppositum defectum conficiendi nempe processum ante processum»: V. BARTOCETTI, *De causis matrimonialibus*. M. LEGA - V. BARTOCETTI, *Commentarius in iudicia ecclesiastica iuxta Codicem iuris canonici*, III, Romae 1950, 127*. Cfr también c. STANKIEWICZ, *Decr.*, 10.X.1985: ROTÆ ROMANÆ TRIBUNAL, *Decreta*, III, Città del Vaticano 1997, 217. En la doctrina procesal civil recoge el principio, A. DE LA OLIVA - M.A. FERNÁNDEZ, *Lecciones de Derecho procesal...*, 122.

(16) C. DE DIEGO-LORA, *Lecciones de Derecho procesal canónico*, I. Ad usum privatum, Pamplona 1998, 32. Cfr igualmente J. LLOBELL, *Acción, pretensión y fuero del actor en los procesos declarativos de nulidad de matrimonial*: «Ius canonicum» 27 (1987) 640-641.

distintos: *a)* afirmación de la acción, es decir, el derecho a una tutela judicial concreta; *b)* derecho a un sentencia sobre el fondo de lo pretendido: de esta forma, el acto de pretender, al tiempo que ejercita los derechos de acción y al proceso, pone en marcha la actividad del órgano judicial eclesiástico; *c)* la petición misma: que se declare la nulidad del matrimonio.

II *La tutela efectiva en los procesos de nulidad matrimonial.*

4. *Del derecho de defensa a la tutela efectiva.*

El CIC, a propósito de la publicación de las actas, advierte que el derecho de defensa debe quedar siempre a salvo (c. 1598 § 2), disposición que ha sido aplicada a todos los casos y procesos; en todos ellos, este derecho debe siempre ser respetado. La sanción que se impone a los pronunciamientos que contradicen este principio es la nulidad insanable de la sentencia (c. 1620,7^o), pues se entiende que este derecho es fundamental en el orden de la recta tutela de los derechos e intereses legítimos de los fieles (c. 221 § 1). En definitiva, «el nuevo Código de Derecho Canónico atribuye gran importancia al derecho de defensa»⁽¹⁷⁾.

El derecho de defensa ha sido objeto monográfico de una alocución del Papa a la Rota Romana, en la cual no ha dejado de advertir que «el pleno respeto por el derecho a la defensa tiene una particular importancia en las causas para la declaración de nulidad del matrimonio, ya sea porque éstas se refieren tan profundamente e íntimamente a las personas de las partes en causa, como porque tratan de la exigencia del sagrado vínculo matrimonial»⁽¹⁸⁾.

Esta importancia se ha puesto de manifiesto también por los estudios que la doctrina procesal canónica ha realizado en torno al derecho de defensa en las causas matrimoniales⁽¹⁹⁾. En ellos se han abordado no sólo las cuestiones más genéricas en relación al *ius de-*

(17) JUAN PABLO II, *Alocución a la Rota Romana*, 26.I.1989: «Ecclesia» n. 2419 (15.IV.1989) 28, n. 2.

(18) *ibidem*, 31, n. 8. Cfr F. DANEELS, *De iure defensionis. Brevis commentarius ad allocutionem Summi Pontificis diei 26 ianuarii 1989 ad Rotam Romanam*: «Periodica» 79 (1990) 243-266.

(19) Cfr, por todos, A. JACOBS, *Le droit de la défense dans les procès en nullité de mariage*, Paris 1998. Ver la bibliografía que aporta en pp. 519-541.

fensionis, sino que también ha habido una especial consideración de qué papel desempeña el derecho de defensa en las diversas fases del *iter* procesal de las causas de nulidad matrimoniales⁽²⁰⁾. Así, por ejemplo, se ha subrayado la necesidad del contradictorio para que haya un verdadero juicio equitativo⁽²¹⁾; también se ha puesto de manifiesto la obligación de dar audiencia a las partes⁽²²⁾; de notificar ciertos actos del proceso (fórmula de dudas, sentencia definitiva, etc.)⁽²³⁾; de publicación de las actas⁽²⁴⁾; etc. No han faltado, en fin, los estudios sobre cómo la jurisprudencia ha apreciado la nulidad de la sentencia por haber sido denegado, en el proceso, el derecho de defensa⁽²⁵⁾.

Un principio general que se puede deducir del cuerpo doctrinal, ya abundante, que se ha ido formando acerca del derecho de defensa es el que precisa que «para la validez del proceso no se requiere la defensa de hecho, sino que permanezca siempre su concreta posibilidad»⁽²⁶⁾. ¿Esto quiere decir que ofrecida la posibilidad se ha respetado, tal como la ley exige, el *ius defensionis* de las partes?

(20) Cfr S. GHERRO, *Il diritto alla difesa nei processi matrimoniali canonici*: VV.AA., *Il diritto alla difesa...*, 1-16; C. GULLO, *Il diritto di difesa nelle varie fasi del processo matrimoniale: ibidem*, 29-50.

(21) «Il contraddittorio stesso (...) appartiene alla sostanza del processo»: M.F. POMPEDDA, *L'assenza della parte nel giudizio di nullità di matrimonio*: ID., *Studi di diritto processuale canonico*, Milano 1995, 92. Cfr JUAN PABLO II, *Alocución a la Rota...*, 28, n. 3.

(22) En los procesos de nulidad matrimonial, «il ministero del Difensore del vincolo non sostituisce la citazione della parte convenuta»: G. ERLEBACH, *La nullità della sentenza giudiziale «ob ius defensionis denegatum» nella giurisprudenza rotale*, Città del Vaticano 1991, 82.

(23) «Considero también oportuno recordar a todos los operadores de la justicia que, según la sana jurisprudencia de la Rota Romana, se debe notificar, en las causas de nulidad matrimonial, a las partes que hayan renunciado al ejercicio del derecho a la defensa, la fórmula de las dudas, toda eventual nueva demanda de la parte adversa y la sentencia definitiva»: JUAN PABLO II, *Alocución a la Rota...*, 29, n. 5.

(24) Cfr C. GULLO, *La pubblicazione degli atti e la discussione della causa (cann. 1598-1606; 1682 § 2)*: «Il processo», 677-685. Para la doctrina jurisprudencial al respecto, G. ERLEBACH, *La nullità della sentenza...*, 258-269.

(25) Cfr el ya citado de G. Erlebach en la nota 22. Realiza un estudio más reducido A. JACOBS, *Le droit de la défense...*, 97-424.

(26) JUAN PABLO II, *Alocución a la Rota...*, 29, n. 5. «La giurisprudenza rotale in specie non da oggi aveva opportunamente osservato che il diritto naturale, su cui è fondato il diritto di difesa, benché non richieda che le parti *di fatto* difendano la propria

El principio enunciado debe interpretarse en armonía con las normas que tienen la finalidad de regular el ejercicio de los derechos procesales de las partes. De tal modo que si algunas de esas normas, en especial aquellas que afectan directamente a la tutela de los derechos, son erróneamente aplicadas por los jueces, también con esas actuaciones judiciales se pueda estar violando el derecho de defensa. Por eso, en la referida alocución, Juan Pablo II advierte que «el derecho a la defensa de cada una de las partes (...) debe obviamente ser ejercitado según las justas disposiciones de la ley positiva cuyo cometido es no privar del ejercicio del derecho a la defensa, sino de regularlo de manera que no pueda degenerar en abuso u obstruccionismo, y de garantizar al mismo tiempo la concreta posibilidad de ejercitarlo. La fiel observancia de la normativa positiva al respecto constituye, por tanto, una grave obligación para los operadores de la justicia en la Iglesia»⁽²⁷⁾.

En consecuencia, la defectuosa observancia de la normativa positiva que regula el ejercicio del derecho de defensa por parte de los jueces, puede dar lugar a indefensión, y las actuaciones judiciales que así procedieron, acreedoras de la sanción de nulidad insanable del c. 1620,7º, y todo ello aunque el fiel hubiera tenido la posibilidad de hecho de defenderse, pues dicha posibilidad habría sido falseada por la inadecuada actuación de los jueces.

Estas consideraciones sirven no sólo para el derecho de defensa de la parte demandada. Es conocido, en efecto, que aunque la formulación clásica («nadie puede ser condenado sin ser oído y vencido en juicio») del *ius defensionis* ponga el acento en la protección del que ocupa la parte pasiva en el proceso, no cabe descartar que también sea de aplicación para la parte actora, por dos comprensibles razones: *a)* si bien es verdad que la parte demandada puede resultar «condenada», en otros supuestos sin embargo la sentencia puede ser contraria a las pretensiones del actor, resultando éste, en cierto modo, el «condenado»; *b)* la defensa no ocupa siempre el lado pasivo en las relaciones procesales; en no pocas ocasiones defender los propios derechos lleva a solicitar la tutela de los tribunales adoptando la posición de parte actora. En estos casos, el derecho de de-

causa, tuttavia esige che alle stesse parti sia data la *possibilità* della difesa»: M.F. POM-
PEDDA, *L'assenza della parte...*, 91.

(27) JUAN PABLO II, *Alocución a la Rota...*, 29, n. 4.

fensa es equivalente al derecho a la «tutela efectiva» que debe ser otorgada por los tribunales eclesiásticos, de tal manera que ningún fiel pueda quedar indefenso porque hayan sido desatendidas sus legítimas pretensiones por una deficiente aplicación de la ley procesal por parte del juez canónico⁽²⁸⁾.

5. *La tutela efectiva: noción y existencia en el ordenamiento canónico.*

Para la doctrina procesal civil⁽²⁹⁾, supuesto el derecho que todas las personas tienen de acceso a los tribunales para el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, éste debe ser completado con el derecho a obtener una tutela efectiva de los tribunales sin que en ningún caso pueda producirse indefensión. La tutela efectiva supone que los recurrentes sean oídos y tengan derecho a una decisión, fundada en derecho, ya sea favorable o adversa, y también que la igualdad de partes sea asegurada⁽³⁰⁾.

Estamos ante un derecho a promover la actividad judicial que desemboque en una decisión judicial, favorable o no a las peticiones del actor. No es, obviamente, un derecho incondicional, sino un derecho a obtener la tutela siempre que se hayan cumplido los requisitos procesales exigidos para ello⁽³¹⁾. Pero las normas procesales, pre-

(28) «Selon un décret c. Civili rendu dans une cause slovaque, une fois le libelle introduit, le tribunal ne peut rejeter la demande que sur la base du libelle lui-même et non d'une instruction préliminaire (...) Le décret rotal fait en conséquence droit à la plainte en nullité du décret de rejet du libelle introduite par la partie demanderesse en raison de la négation de son droit de défense»: A. JACOBS, *Le droit de la défense...*, 272. Cfr también S. GHERRO, *Il diritto alla difesa...*, 10-11.

(29) En este tema seguimos las explicaciones de A. DE LA OLIVA - M.A. FERNÁNDEZ, *Lecciones de Derecho procesal...*, 131-144. Cfr también M. BANDRÉS, *Derecho fundamental al proceso debido y el Tribunal Constitucional*, Pamplona 1992; A. CANO, *El derecho a la tutela judicial efectiva en la doctrina del Tribunal Constitucional*, Madrid 1984; A. FIGUERUELO, *El derecho a la tutela judicial efectiva*, Madrid 1990.

(30) Cfr Sentencia del Tribunal Constitucional español, Sala 1ª, 29.IV.1981: A. DE LA OLIVA - M.A. FERNÁNDEZ, *Lecciones de Derecho procesal...*, 132. La Constitución española recoge el derecho a la tutela efectiva en el art. 24.1: «Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión». El derecho a la tutela efectiva en el ordenamiento español es un derecho fundamental protegido por un «recurso de amparo» ante el Tribunal Constitucional.

(31) Cfr Sentencia del Tribunal Constitucional español, Sala 1ª, 8.VI.1981: A. DE LA OLIVA - M.A. FERNÁNDEZ, *Lecciones de Derecho procesal...*, 133.

cisamente porque afectan a derechos, han de interpretarse en el sentido más favorable al ejercicio de la tutela efectiva.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional español presenta una extensa casuística en relación al derecho de tutela efectiva. Escogemos algunas cuestiones que nos parecen interesantes para el tema aquí tratado⁽³²⁾:

— el derecho a la tutela efectiva no puede entenderse desligado del tiempo; la tutela se debe otorgar por los órganos del poder judicial dentro de los razonables términos temporales en que las personas lo reclaman;

— la inadmisión de un recurso por estimar inaplicable un procedimiento que sí lo era, produce indefensión porque impide una decisión sobre el fondo del asunto con base en una causa formal jurídicamente inexistente;

— se da amparo al recurrente porque entre las garantías del derecho a la tutela efectiva se encuentra la del recurso al tribunal superior;

— el derecho a la tutela efectiva comprende, entre otras garantías, ser juzgado por el juez ordinario predeterminado por la ley. Por ello, las normas que conducen a la determinación del juez entroncan con el derecho a la tutela efectiva;

— el derecho a la tutela efectiva no puede comprometerse con formalismos enervantes. Hay que interpretar las normas procesales en el sentido más favorable al ejercicio del derecho a la tutela efectiva.

Explicado brevemente qué se entiende por derecho a la tutela efectiva y cuáles son algunas de sus consecuencias prácticas, conviene preguntarse si tal derecho existe en el ordenamiento canónico y, supuesta la existencia, con qué medios se protege.

a) Respecto a la existencia de la tutela efectiva como derecho de los fieles, puede llegarse a una respuesta pronta si comparamos sus características con las del derecho al proceso, al que hemos hecho referencia en los primeros apartados de este estudio.

Del derecho al proceso se dijo que es un derecho, no sólo de acceso a los tribunales, sino a una sentencia sobre el fondo del asunto planteado, siempre y cuando se cumpla una serie de requisi-

(32) Están tomados de una larga lista de casos recogidos por A. DE LA OLIVA - M.A. FERNÁNDEZ, *Lecciones de Derecho procesal...*, 135-143.

tos llamados por la doctrina «presupuestos procesales». Este derecho al proceso lo reconoce el ordenamiento canónico para todos los fieles en el c. 221 § 1, al manifestar la norma que a ellos compete defender sus derechos en la Iglesia ante el foro eclesiástico. Derecho al proceso y derecho a la tutela efectiva son, por tanto, el mismo derecho, porque la tutela efectiva no supone otra cosa que el derecho a ser escuchado y a que se dicte una resolución fundada en derecho sobre el mérito, favorable o en contra de lo solicitado.

Si se observa la doctrina del Tribunal Constitucional español transcrita acerca de supuestos concretos, algunas de las afirmaciones hechas por el alto tribunal podrían trasladarse al ámbito canónico sólo con leves variantes puesto que se trata de soluciones técnicas favorables a las garantías procesales, válidas para cualquier ordenamiento procesal. Temas como la excesiva duración de las causas matrimoniales⁽³³⁾, el derecho a recurrir al tribunal superior⁽³⁴⁾; la correcta aplicación de las normas sobre la competencia⁽³⁵⁾; la interpretación de las normas procesales en favor del derecho de defensa⁽³⁶⁾, etc. son frecuentes en la doctrina y en la jurisprudencia canónica.

b) En relación a los medios de tutela que articula el ordenamiento canónico en defensa del derecho de los fieles al proceso o a la tutela efectiva, es oportuno recordar las palabras de Juan Pablo II en la alocución de 1989 a la Rota. En ese discurso, como ya se ha puesto de manifiesto, decía el Papa que las disposiciones de la ley positiva que regulan este derecho garantizan la concreta posibilidad

(33) Cfr L. MADERO, *Tiempo y proceso. En torno a los derechos fundamentales dentro del proceso matrimonial*: VV.AA. *I diritti fondamentali del cristiano nella Chiesa e nella società. Atti del IV Congresso Internazionale di Diritto Canonico. Fribourg 6-11.X.1980*, Fribourg 1981, 581-593; F. D'OSTILIO, *Il processo canonico. Loro iusta durata*, Roma 1989.

(34) Cfr Z. GROCHOLEWSKI, *L'appello nelle cause di nullità matrimoniale*: «Forum» 4 (1993) 19-64. Ver también c. POMPEDDA, Decr., 14.XII.1992 comentado por J. LLOBELL, *La necessità della doppia sentenza conforme e l'«appello automatico» ex can. 1682 costituiscono un gravame? Sul diritto di appello presso la Rota Romana*: «Ius Ecclesiae» 5 (1993) 597-609.

(35) Cfr J. LLOBELL, *Centralizzazione normativa processuale e modifica dei titoli di competenza nelle cause di nullità matrimoniale*: «Ius Ecclesiae» 3 (1991) 431-477; J. OCHOA, *I titoli di competenza*: «Il processo», 133-181.

(36) Esta doctrina no es extraña al ordenamiento canónico si se tiene en cuenta la prescripción del c. 18 CIC. A tenor del c. 18 «deben interpretarse estrictamente las leyes limitativas del ejercicio de los derechos de todos los fieles (cc. 208-223)»: J. OTADUY: *Comentario al c. 18*: «ComExe», I, 376.

de ejercitarlo; por tanto, el cumplimiento de las disposiciones normativas al respecto son una grave obligación para los tribunales y jueces eclesiásticos⁽³⁷⁾.

En consecuencia, la primera tutela que el derecho al proceso encuentra es la misma ley canónica que lo regula; son, en este caso — según hemos concluido ya en otro apartado⁽³⁸⁾ — aquellas normas del CIC que se refieren a los presupuestos procesales imprescindibles para acceder a la tutela efectiva que proporciona el proceso. Esos preceptos están contenidos en los cánones que regula la admisión y el rechazo de la demanda⁽³⁹⁾. Junto a ellos, la protección del derecho a la tutela efectiva se refuerza con los recursos que el legislador prescribe para el supuesto de que, en aplicación de las normas de admisión o rechazo de la demanda, el fiel se vea perjudicado por una decisión contraria al derecho, que produciría indefensión por impedirle el acceso a la tutela efectiva.

En los apartados siguientes hacemos algunas consideraciones acerca de estos medios de tutela que garantizan a los fieles el pleno ejercicio del derecho al proceso de nulidad de matrimonio.

III. *El rechazo del libelo y su impugnación en los procesos de nulidad matrimonial.*

6. *Cumplimiento de las normas que regulan el acceso al proceso de nulidad matrimonial.*

La disciplina que regula el acceso a los tribunales de la Iglesia está contenida, para el proceso contencioso escrito, en los cc. 1501-1506⁽⁴⁰⁾. Para el proceso de nulidad matrimonial hay que aña-

(37) Cfr JUAN PABLO II, *Alocución a la Rota...*, 29, n. 4.

(38) Ver el apartado I, 2: «El derecho a una sentencia sobre el fondo (derecho al proceso)».

(39) Cfr cc. 1504-1505 §§ 1y 2. Para los procesos de nulidad de matrimonio cfr además cc. 1671-1677.

(40) Esta fase del proceso ha sido objeto de recientes estudios. Cfr Z. GROCHOLEWSKI, *De periodo initiali seu introductoria processus in causis nullitatis matrimonii*: «Periodica» 85 (1996) 83-116; 331-356; M.P. HILBERT, *L'introduzione della causa*: «Forum» 3 (1992) 44-66; J. LLOBELL, «*Quæstiones disputatæ*» *sulla scelta della procedura giudiziaria nelle cause di nullità del matrimonio, sui titoli di competenza, sul libello introduttore e sulla contestazione della lite*: GRUPPO ITALIANO DOCENTI DI DIRITTO CANONICO (Ed.), *I giudizi nella Chiesa. I processi contenzioso e matrimoniale*, Milano 1998, 35-76;

dir, a esos preceptos, los específicos del proceso matrimonial que son: para el proceso declarativo 1617-1677; para el proceso documental además ha de observarse el c. 1686.

Todas esas prescripciones son fundamentales también en la regulación del derecho al proceso o a la tutela efectiva, pues su finalidad no es privar de la tutela legítimamente solicitada, sino garantizar su ejercicio, de ahí que la «fiel observancia de la normativa al respecto [sea] una grave obligación para los operadores de la justicia en la Iglesia»⁽⁴¹⁾. La inadecuada aplicación de este conjunto de normas puede producir indefensión, aunque teóricamente se haya dado a la parte la posibilidad de reclamar, es decir, de presentar la demanda de nulidad de matrimonio, si después el libelo es rechazado, debido a esa inadecuada aplicación de las normas, por el juez único⁽⁴²⁾ o por el presidente del colegio.

Visto desde esta perspectiva, las cuestiones actualmente debatidas en torno a la admisión y rechazo de la demanda adquieren una dimensión e importancia determinantes para el derecho a la tutela efectiva, que exigirían de un esfuerzo por parte de la doctrina y de la jurisprudencia para unificar criterios de aplicación e interpretación. Meta ésta a la que aún no se ha llegado, al menos en algunos aspectos.

La coyuntura actual es adecuada porque la normativa que se está preparando, según las noticias que se han publicado, para proveer a los tribunales eclesiásticos de una instrucción sobre los procesos de nulidad matrimonial siguiendo los pasos de la Instr. *Provida Mater*⁽⁴³⁾, podría acoger y resolver en su articulado algunas de las cuestiones hoy día debatidas, como por ejemplo, admisibilidad de la investigación previa; admisión automática⁽⁴⁴⁾ de un libelo despro-

L. MATTIOLI, *La fase introduttoria del processo e la non comparsa della parte convenuta: «Il processo»*, 479-490; R. RODRÍGUEZ-OCAÑA, *De la introducción de la causa (cc. 1501-1506): «ComExe»*, IV/2, 1162-1217.

(41) JUAN PABLO II, *Alocución a la Rota...*, 29, n. 4.

(42) El rechazo de la demanda de nulidad de matrimonio por el juez único es posible, no sólo en la excepción del c. 1425 § 4, sino también en los supuestos del proceso documental (cc. 1686-1688).

(43) Cfr SACRA CONGREGATIO DE DISCIPLINA SACRAMENTORUM, Instr. *Provida Mater*, 15.VIII.1936: AAS 28 (1936) 313-361. En adelante PrM. Sobre la noticia, cfr la ponencia de Z. GROCHOLEWSKI, *Il sistema di amministrazione della giustizia nella Chiesa in materia matrimoniale* en este Congreso Internacional.

(44) Hay quien rechaza esa posibilidad de admisión para las causas de nulidad

visto de fundamento a tenor del c. 1505 § 2,4º; la admisión o rechazo de la demanda por el tribunal colegial en cuanto tal y no por su presidente ¿puede imponerse?; etc.

No es posible aquí ni siquiera resumir la problemática de cada una de las cuestiones parcialmente enunciadas. De todas ellas sólo me referiré a la llamada *inquisitio prævia* por ser una de las más antiguas⁽⁴⁵⁾ y porque aún subsiste división de opiniones⁽⁴⁶⁾ — incluso recientemente en sede rotal⁽⁴⁷⁾ — sobre su aplicación.

Desde el CIC 17, el derecho codicial y su desarrollo (por ejemplo, la PrM) guardan silencio sobre la necesidad de una investigación previa⁽⁴⁸⁾. Este silencio se ha interpretado de diversas formas, entre ellas, la de ser un síntoma elocuente «de que tal información no se ha considerado necesaria para poder descubrir el *fumus boni iuris*»⁽⁴⁹⁾.

El problema, en efecto, de la *inquisitio prævia* se plantea sobre todo en relación con el fundamento de la demanda⁽⁵⁰⁾. Por el contrario, respecto a otros requisitos que debe cumplir el libelo no

matrimonial: cfr S. VILLEGIANTE, *Anmissione del libello e concordanza del dubbio*: «Ephemerides iuris canonici» 34 (1978) 305.

⁽⁴⁵⁾ «De muy saludable fue calificada la práctica de nuestros tribunales de hacer una información antes de admitir el escrito de demanda en causas matrimoniales»: T. MUNIZ, *Procedimientos eclesiásticos*, III, 2ª ed., Sevilla 1926, 93-94, n. 128. La práctica de los tribunales españoles a la que se refiere Muniz data del siglo pasado. Cfr L. DEL AMO, *La demanda judicial en las causas matrimoniales*, Pamplona 1977, 56, nota 25.

⁽⁴⁶⁾ Cfr J. LLOBELL, «*Quæstiones disputatæ*»..., 67-68.

⁽⁴⁷⁾ En los decretos siguientes hay una clara diferencia a la hora de valorar la investigación previa llevada a cabo por el tribunal diocesano. Cfr c. STANKIEWICZ, Decr., 10.X.1985..., 217-218; c. BRUNO, Decr., 23.V.1986: ROTÆ ROMANÆ TRIBUNAL, *Decreta*, IV, Città del Vaticano 1998, 74-78.

⁽⁴⁸⁾ A tenor de lo escrito en el apartado n. 2 *in fine*, no me parece oportuno calificar esas actividades de extrajudiciales, pues las hace el juez en virtud de su potestad (no tiene otra en la que se pueda apoyar para practicar tales actuaciones) y en razón del proceso.

⁽⁴⁹⁾ L. DEL AMO, *La demanda judicial*..., 56. A reglón seguido sin embargo sostiene que esta afirmación no se debe tomar en absoluto, pues en algún caso podría ser necesaria la investigación, pero cuidando siempre de no practicar pruebas propias del mérito de la causa.

⁽⁵⁰⁾ En el pasado sí hubo discrepancias sobre si el examen de la demanda se debía ceñir sólo a los presupuestos procesales o también debería incluir el fundamento de la demanda. Cfr F. DELLA ROCCA, *Sul rigetto del libello*: «Il Diritto ecclesiastico» (1950) 140-143; ID., *Ancora dell'esame del libello*: «Il Diritto ecclesiastico» (1951) 261-264; R. CIVILI, *Esame da parte del giudice del libello introduttivo della lite nel processo canonico*:

hay duda alguna de que el juez deberá realizar una serie de diligencias con el fin de cumplir los mandatos de la ley codicial⁽⁵¹⁾. Esto ocurre, por ejemplo:

a) con la prescripción del c. 1676 con el fin de buscar la avenencia entre los cónyuges. Si esta medida se ve oportuna a tenor del canon citado, el juez deberá realizar una serie de actuaciones, como, por ejemplo, convocar a las partes.

b) También es susceptible de generar una investigación previa el examen de la competencia, si el demandante, por ejemplo, se acoge a los fueros del actor o del lugar donde de hecho se han de recoger la mayor parte de las pruebas (c. 1673,3º y 4º). En esos supuestos, el juez que recibe la demanda deberá realizar las averiguaciones necesarias para verificar la legitimidad de la competencia relativa⁽⁵²⁾.

c) Algo parecido podrá ocurrir con el requisito de la capacidad procesal del actor, necesaria para poder actuar en juicio, sobre todo en los casos en que deba ser suplida (c. 1478)⁽⁵³⁾.

Comprobados todos estos extremos, el canon manda que se admita o rechace el libelo *quam primum* (c. 1505 § 1). Por el lugar en que el legislador sitúa la expresión y el tenor literal del canon, parece que mientras en estos requisitos de competencia y capacidad el juez puede, dentro de un plazo razonable, disponer del tiempo suficiente para realizar la investigación previa que crea conveniente, respecto a las otras formalidades exigidas a la demanda (cumplimiento de los

«Ephemerides iuris canonici» 30 (1974) 194-200; S. VILLEGIANTE, *Ammissione del libello...*, 291-330;

⁽⁵¹⁾ «Quapropter circa hanc rem [lo prescrito en el c. 1505 § 1] investigationem facere et probationes colligere potest, immo - si et quatenus - debet»: Z. GROCHOLEWSKI, *De periodo initiali...*, 102.

⁽⁵²⁾ Las diligencias que en ocasiones deberá practicar el juez pueden ser complejas a tenor de las puntualizaciones que sobre esos fueros han hecho tanto el Consejo para la interpretación de las leyes como la Signatura. Cfr. PONTIFICIUM CONSILIUM DE LEGUM TEXTIBUS INTERPRETANDIS, *Responsio ad c. 1763,3º*, 17.V.1986: AAS 78 (1986) 1323; SUPREMUM TRIBUNAL SIGNATURÆ APOSTOLICÆ, *Declaratio de foro plerarumque probationum*, 27.IV.1989: AAS 81 (1989) 892-894; ID., *Responsio per generale decretum ad propositum quæsitum de can. 1673,3º* CIC, 6.V.1993: AAS 85 (1993) 969-970.

⁽⁵³⁾ Sobre la problemática que puede surgir en el nombramiento de curador en las causas matrimoniales de nulidad, cfr. G. RICCIARDI, *La costituzione del curatore processuale*: «Il processo», 405-438; S. PANIZO, *La legitimación procesal y designación de curadores*: J. MANZANAREZ (Ed.), *Cuestiones básicas de Derecho procesal canónico. XI Jornadas de la Asociación Española de Canonistas. Madrid 22-24 abril 1992*, Salamanca 1993, 137-178.

requisitos del c. 1504,1º-3º y la existencia de fundamento en el libelo) el legislador apremia al juez con el *quam primum*, pues son cualidades que no exigen necesariamente una información preliminar más allá del texto de la demanda.

Esta afirmación se sustenta sobre todo en el examen del c. 1505 § 2,4º, el cual, acerca del fundamento de la petición, dice que únicamente puede rechazarse el libelo cuando *del mismo escrito* de demanda — no de investigaciones a partir del escrito, porque eso es propiamente lo que hace el proceso — se deduce con certeza que carece de fundamento o no cabe esperar que aparezca en el proceso⁽⁵⁴⁾. Son dos los casos que se prescriben y que deben concurrir simultáneamente: primero, certeza de que del escrito no se deduce fundamento alguno para la petición de nulidad; en ese caso cabe rechazar el libelo siempre y cuando además — y es el segundo caso — no quepa esperar que, en el transcurso de la instrucción del proceso, aparezca fundamento alguno.

Este enrevesado lenguaje condicional se puede resumir en la siguiente frase: «no está permitido al juez canónico rechazar el escrito de demanda, aunque carezca de fundamento, cuando cabe esperar que surja durante el proceso». De aquí se deduce, a nuestro entender, que la *inquisitio prævia* no entra en los proyectos del legislador canónico como medio al que debe acudir el juez para admitir el libelo⁽⁵⁵⁾. Por el contrario, si el juez no colige el *fumus boni iuris* de la misma demanda, debe mirar a la fase procesal teniendo en cuenta los datos aportados por el actor acerca de los presupuestos causales de la demanda⁽⁵⁶⁾ y las pruebas con las que se espera de-

⁽⁵⁴⁾ Esta misma opinión la mantienen, en la Rota, c. RAGNI, Decr., 12.XII.1989 (Dublinen., Prot. N. 15.540); L. NELLI, *The role of the judge in the introduction of cases declaring nullity of marriage*, Roma 1994, 23-24; c. CIVILI, Decr., 31.X.1990 (Vratislaven., Prot. N. 15.677): *ibidem*, 24-25 (citado también en nota 28). Para los autores, cfr Z. GROCHOLEWSKI, *De periodo initiali...*, 103-104; R. RODRÍGUEZ-OCAÑA, *Comentario al c. 1505...*, 1206.

⁽⁵⁵⁾ En contra, G. SHEEHY, *Introducing a case of nullity of marriage. The New Code and the Practice of Local Tribunals*: Z. GROCHOLEWSKI - V. CÁRCEL (Eds.), «*Dilexit iustitiam*». *Studia in honorem Aurelii Card. Sabattani*, Città del Vaticano 1984, 344-346; M. WEGAN, «*Reiectio libelli*» und «*ius defensionis*» der klagenden Partei: K. LÜDICKE - H. MUSSINGHOFF - H. SCHWENDENWEIN (Eds.), *Iustus iudex: Festgabe für Paul Wesemann zum 75. Geburtstag von seinen Freuden und Schülern*, Essen 1990, 616-617.

⁽⁵⁶⁾ Son fundamentos causales: las afirmaciones de hecho y la norma jurídica aplicable, así como la argumentación que las une. Cfr c. 1504,2º.

mostrar los hechos deducidos. Y, como apunta Grocholewski, si estos datos faltan de la demanda, «reici debet ob non servata præscripta c. 1504, nn. 1-3»⁽⁵⁷⁾.

Por último, cabe añadir que el carácter restrictivo con que se prescribe el rechazo del libelo⁽⁵⁸⁾ está en consonancia con la interpretación de las normas procesales en el sentido más favorable al ejercicio del derecho a la tutela efectiva⁽⁵⁹⁾.

Las conclusiones que de todo ello podemos sacar son, entre otras, las siguientes:

— «in dubio libellus semper admitendus est»⁽⁶⁰⁾;

— si el juez se inclina por entender necesaria la investigación previa, se puede decir que implícitamente acepta que existe la duda jurídica, que sólo debe resolverse en el proceso⁽⁶¹⁾;

— el decreto que rechaza el libelo previa investigación del fundamento de la demanda atenta contra el derecho a la tutela efectiva y produce indefensión. A tenor del c. 1620,7º sería una disposición nula insanable;

— la investigación previa sobre el fundamento, por la dilación injustificada que produce en la admisión de la demanda, afecta también al derecho de defensa, que no puede entenderse desligado del tiempo. Así lo confirma el *quam primum* del c. 1505 § 1⁽⁶²⁾;

— sería conveniente que la nueva instrucción sobre los procesos de nulidad matrimonial articulase algunas normas que protejan mejor el derecho a la tutela efectiva de los fieles en relación a las fase de admisión de la demanda.

7. Recursos contra el decreto definitivo de rechazo del libelo de nulidad matrimonial.

Junto a la correcta aplicación de las normas que regulan el ejercicio del derecho a la tutela efectiva, este derecho de los fieles está

⁽⁵⁷⁾ Cfr Z. GROCHOLEWSKI, *De periodo initiali...*, 103, nota 37.

⁽⁵⁸⁾ «Libellus reici potest tantum», dice el c. 1505 § 2.

⁽⁵⁹⁾ Cfr c. SERRANO, Decr. 21.VI.1985: ROTÆ ROMANÆ TRIBUNAL, *Decreta*, III..., 176.

⁽⁶⁰⁾ *Coram* BRUNO, Decr., 23.V.1986: ROTÆ ROMANÆ TRIBUNAL, *Decreta*, IV..., 75, n. 7.

⁽⁶¹⁾ Cfr *ibidem*.

⁽⁶²⁾ Esta forma de indefensión queda subsanada, en el proceso canónico, con el mecanismo instaurado por el c. 1506.

protegido además por los recursos prescritos por el CIC contra el rechazo del escrito de la demanda⁽⁶³⁾.

El rechazo de la demanda puede ser:

— *accidental*, es decir, se devuelve al actor para que introduzca las correcciones que el juez le indique en alguno de sus extremos, bien porque faltaban en la demanda, o porque estaban impropia-mente expresadas⁽⁶⁴⁾. Este tipo de rechazo, si la redacción de la demanda no está hecha por un abogado, es previsible y a veces incluso conveniente, porque evita después posibles problemas en el transcurso del proceso;

— *absoluto*, es decir, no se admite la demanda porque adolece de vicios que no pueden subsanarse, como pueden ser, por ejemplo, los de incompetencia absoluta del tribunal, falta de fundamento actual y futura, etc.

El rechazo absoluto puede ser recurrido a tenor del c. 1505 § 4 o, en algunos supuestos, ser motivo de querrela de nulidad.

El recurso del c. 1505 § 4 se presenta motivadamente ante el colegio o el tribunal superior en un plazo de diez días (c. 1505 § 4). Entorno a él se han planteado no pocas cuestiones doctrinales como, por ejemplo: su naturaleza jurídica (si es o no una apelación); su proposición y prosecución posterior; la determinación del tribunal *ad quem*; y, en fin, la posibilidad de un segundo recurso ante el tribunal superior en algunos casos⁽⁶⁵⁾.

(63) Nada dice el CIC sobre el recurso contra el decreto de admisión de la demanda. Para L. DEL AMO, «por analogía se debe aplicar a este recurso la misma norma que la establecida (...) para impugnar el decreto de no admisión»: *La demanda judicial...*, 120. De parecida opinión podría ser J. LOBELL por la identificación que hace entre la naturaleza de ambos decretos: «*Quæstiones disputatæ*...», 66. Este autor cita una reciente decisión rotal (c. Stankiewicz, Decr., 26.VII.1996) que revoca un decreto de admisión del libelo: *ibidem*, 70, nota 135. Propiamente hablando, en mi opinión, más que establecer analogías normativas, basta señalar que el demandado contrarresta los efectos del libelo admitido por medio de las excepciones (cc. 1459-1463). Éstas, sin embargo, no son en sentido estricto recursos contra el decreto de admisión, sino que «se presentan en el CIC como un contraderecho, es decir como un derecho del demandado, frente a la acción ejercitada»: C. DE DIEGO-LORA, *De las acciones y excepciones (cc. 1491-1500): «ComExe»*, IV/1, 1084.

(64) Cfr A. STANKIEWICZ, *De libello reiectione eiusque impugnatione in causis matrimonialibus*: «*Quaderni studio rotale*» 2 (1987) 78.

(65) Traté de todos y cada uno de esos problemas en *El recurso contra el decreto de inadmisión de la demanda*: «*Ius canonicum*» 38 (1998) 483-521.

En relación a la querrela de nulidad, es pacífico que el decreto de rechazo es nulo si no contiene los motivos o razones de la decisión (cc. 1617 y 1622,2º) ⁽⁶⁶⁾. Con ello no se excluyen sin embargo los demás motivos de nulidad que, en algún supuesto, podrían afectar al decreto de rechazo ⁽⁶⁷⁾.

Después de estudiar cada uno de los anteriores recursos, la doctrina se pregunta si existe algún remedio jurídico cuando el rechazo de la demanda ha sido confirmado por decisión posterior, que no es nuevamente apelable por haberse dictado *expeditissime* (cc. 1505 § 4 y 1629,5º). La cuestión fue suscitada por varios decretos rotales ⁽⁶⁸⁾ a favor unos y en contra otros de conceder la *restitutio in integrum* (cc. 1645-1648) contra el decreto que confirma la inadmisión del libelo. Desde entonces (aunque la cuestión ya se había planteado con el CIC 17 ⁽⁶⁹⁾) la doctrina se ha inclinado por una u otra postura, predominando los autores que sostienen la posibilidad de pedir la *restitutio in integrum* contra el definitivo rechazo de la demanda ⁽⁷⁰⁾.

⁽⁶⁶⁾ Cfr L. MATTIOLI, *La fase introduttoria...*, 486; y F. RAMOS, *I tribunali ecclesiastici: costituzione, organizzazione, norme processuali*, Roma 1998, 274.

⁽⁶⁷⁾ Cfr A. STANKIEWICZ, *De libello reiectione...*, 81; y Z. GROCHOLEWSKI, *De periodo initiali...*, 111.

⁽⁶⁸⁾ En contra de la concesión de la *restitutio in integrum*, c. STANKIEWICZ, Decr., 10.X.1985: ROTÆ ROMANÆ TRIBUNAL, *Decreta*, III, Città del Vaticano 1997, 213-218. A favor: c. BRUNO, Decr., 23.V.1986: ROTÆ ROMANÆ TRIBUNAL, *Decreta*, IV, Città del Vaticano 1998, 72-78; c. PINTO, Decr., 23.III.1987: «Quaderni studio rotale» 2 (1987) 107-109; c. RAGNI, Decr., 12.XII.1989 (*Dublinen.*, Prot. N. 15.540): L. NELI, *The role of the judge in the introduction of cases declaring nullity of marriage*, Roma 1994, 23-24.

⁽⁶⁹⁾ Cfr A. STANKIEWICZ, *De libello reiectione...*, 88, notas 84 y 87 en las que se enumeran los autores a favor y en contra respectivamente a que se concediera la restitución contra la confirmación del rechazo de la demanda, vigente el CIC 17. A esa relación pueden añadirse, como favorables a la admisión de la *restitutio*: H. JONE, *Commentarium in Codicem iuris canonici*, III, Paderborn 1955, 119 y M. MORENO, *Derecho procesal canónico*, I..., 239.

⁽⁷⁰⁾ Cfr M.J. ARROBA, *Diritto processuale...*, 297; J.J. GARCÍA FAILDE, *Nuevo Derecho procesal canónico*, 3ª ed., Salamanca 1995, 68, nota 34; L. MATTIOLI, *La fase introduttoria...*, 486-487; P.V. PINTO, *I processi...*, 237, nota 337; M.P. HILBERT, *L'introduzione...*, 62-63; Z. GROCHOLEWSKI, *De periodo initiali...*, 111-113; J. LLOBELL, «*Quæstiones disputatæ*»..., 67-71. En el lado opuesto, es decir, contrario a que se admita en estos casos la restitución como remedio jurídico está sobre todo A. STANKIEWICZ, *De libello reiectione...*, cit; cfr también, R. RODRÍGUEZ-OCAÑA, *Comentario al c. 1505: «ComExe»*, IV/2, 1209 y L.E. CUERVO, *Algunas reformas en el derecho procesal del nuevo Código: «Universitas canonica»* 3 (1983) 25; F. RAMOS, *I tribunali...*, 274. Para

Algunos autores entienden que las decisiones rotales que han emitido un juicio favorable a la restitución, han superado la dificultad que representa la regulación de la *restitutio in integrum* en el CIC como un recurso extraordinario prescrito sólo contra las sentencias que han pasado a cosa juzgada y no contra los decretos⁽⁷¹⁾, al considerar que el decreto definitivo de inadmisión del libelo tiene el efecto práctico de impedir el proceso, y como es inapelable, constituye por ello cosa juzgada; la cual, si es manifiestamente injusta a tenor del c. 1645, sólo puede ser reparada por la *restitutio in integrum*⁽⁷²⁾.

Esta afirmación nos parece no del todo acertada, en cuanto al fondo. Es decir, que esos decretos han superado el obstáculo legal, parece obvio porque se concedieron en todos los casos la restitución, pero es discutible si, desde el punto de vista doctrinal, es aceptable esa superación, con mayor razón si se trata del proceso de nulidad de matrimonio, carente del efecto consuntivo de la acción, que podrá de nuevo plantearse, debidamente formulada, en cualquier momento.

Para que haya posibilidad de conceder la *restitutio in integrum* hace falta: a) que la decisión judicial haya alcanzado el efecto de cosa juzgada y b) que conste la injusticia de la decisión.

a) *La «res iudicata»*. — Según la c. Bruno, se alcanza la cosa juzgada «post (...) decretum definitivum in causa in qua ius cavet rem expeditissime esse definiendam; ab iis enim non datur appellatio, neque aliud remedium iuridicum adest ad manifestam iniustitiam reparanda»⁽⁷³⁾.

un *status quæstionis* del tema, cfr S.S. SIMANGAN, *La «restitutio in integrum» contra el doble decreto de rechazo de la demanda: «Cuadernos doctorales»* 14 (1997) 11-51.

(71) Aunque en algún decreto rotal se diga que «Num vero etiam adversus decreta non una est sententia inter probatos auctores nec constans Nostræ Fori iurisprudentia»: c. FUNGHINI, Decr., 11.XII.1985: ROTÆ ROMANÆ TRIBUNAL, *Decreta*, III..., 267, no son escasas las decisiones que sostienen que la *restitutio* sólo se da contra sentencias definitivas o interlocutorias con fuerza definitiva: cfr c. FLORCZAK, Sent., 24.VII.1923: SRRD 15 (1923) 183; c. FELICI, Sent., 3.XII.1949: SRRD 49 (1949) 530-533; c. ROGERS, Sent., 19.VII.1965: SRRD 57 (1965) 584-585. Del Tribunal Supremo de la Signatura Apostólica, cfr c. STAFFA, Dec., 11.VII.1971: «Ius canonicum» 14 (1974) 387-389.

(72) Cfr c. BRUNO, Decr., 23.V.1986..., 74; L. MATTIOLI, *La fase introduttoria...*, 486-487 y F. RAMOS, *I tribunali ecclesiastici...*, 274.

(73) *Coram* BRUNO, Decr., 23.V.1986..., 74, n. 3.

Esta visión de la *res iudicata* no concuerda sin embargo con la doble dimensión que en ella considera la moderna doctrina procesal⁽⁷⁴⁾. Aquí sólo se contempla el efecto formal de la cosa juzgada («non datur appellatio, neque aliud remedium iuridicum adest»), y nada se razona acerca de la dimensión *material* de la cosa juzgada.

En efecto, la cosa juzgada es, en general, la fuerza que el derecho concede a los resultados alcanzados en el proceso. Esta fuerza significa el respeto y subordinación que se debe guardar a lo dicho y actuado en el proceso. Éste, en virtud de la *res iudicata*, se hace inatacable por medios jurídicos ordinarios. En sustancia, por tanto, cosa juzgada no es otra cosa que la inatacabilidad de lo que en el proceso se ha conseguido⁽⁷⁵⁾.

Hay dos maneras de atacar una decisión judicial. Una *directa e inmediata*, que es la impugnación de la misma resolución; otra diversa, es la manera *mediata o indirecta* que consiste en volver a discutir de nuevo sobre lo anteriormente juzgado por medio de otro proceso, sobre la misma materia y en el que puede alcanzarse un resultado distinto. Pues bien, se dice que hay cosa juzgada *formal* cuando una decisión judicial no es atacable directamente por medios ordinarios de impugnación; y hay cosa juzgada *material*, cuando no es atacable indirectamente, al estar impedida una nueva discusión acerca de la materia ya decidida⁽⁷⁶⁾.

Es cierto, por tanto, que la cosa juzgada es firmeza y definitividad de la decisión, pero siempre y cuando ésta se entienda en los dos sentidos *formal* y *material*; si alguno de ellos faltara, no se podría hablar de cosa juzgada tal como hace el CIC, pues «quando si parla dell'autorità della *res iudicata* ci si riferisce agli effetti»⁽⁷⁷⁾.

El decreto definitivo de rechazo de la demanda es, en efecto, inapelable. El legislador no otorga ningún remedio jurídico ordinario

(74) Cfr J. GUASP, *Derecho procesal civil*, I, Madrid 1968, 545-564. En el ámbito canónico, C. DE DIEGO-LORA, *Del pasado al futuro de la «res iudicata» en el proceso canónico*: ID., *Estudios de Derecho procesal canónico*, II, Pamplona 1973, 259-344, en especial 308-315, que tratan de la eficacia de la cosa juzgada formal y material en las sentencias de nulidad matrimonial; ID., *De la cosa juzgada y de la restitución «in integrum»* (cc. 1641-1644): «ComExe», IV/2, 1673-1721.

(75) Cfr F. RAMOS, *La cosa giudicata e la «restitutio in integrum»*: «Il processo», 827.

(76) Cfr J. GUASP, *Derecho procesal...*, 548; C. DE DIEGO-LORA, *De la cosa juzgada...*, 1675.

(77) F. RAMOS, *La cosa giudicata...*, 830.

que pueda impugnarlo directa o inmediatamente. La decisión de inadmisión de la demanda cumple en consecuencia con uno de los efectos de la *res iudicata*, el *formal*, sancionado en el c. 1642 § 1.

El efecto *material* de la cosa juzgada, es decir, que no pueda ser examinada la misma cuestión en ningún otro proceso, parece discutible que se dé en la confirmación del rechazo.

Stankiewicz argumentaba, con la doctrina, que aún rechazada la demanda, el actor podía siempre presentar nuevas demandas, e incluso exhibir nuevo libelo después de un doble rechazo⁽⁷⁸⁾. Por su parte la c. Bruno aducía que «*exhibitio novi libelli vel propositio eiusdem funditus emendati, est omnino nova petitio, quæ cum præcedenti libello identificari nequit*»⁽⁷⁹⁾.

La c. Bruno no se detiene a explicar qué significa nueva petición y qué debe cambiar en la segunda demanda para considerarla una petición distinta a la rechazada. ¿Es nueva, por ejemplo, si cambia la argumentación; o amplía las pruebas; o porque aduce hechos diversos a los expuestos en el libelo rechazado, etc.? Me parece que, en general, no es posible mantener que la presentación de un segundo o tercer libelo suponga siempre una nueva petición. Es este un tema en el que además del derecho positivo, se deben tener en cuenta las precisiones de las clásicas teorías sobre la individualización y la sustanciación⁽⁸⁰⁾.

De todas formas, supongamos que la misma demanda por dos veces rechazada sin cambio alguno es la que obstinadamente se presenta ante un tribunal competente. Si la decisión definitiva goza de la cosa juzgada, sucederá que el contenido de la decisión firme, en su parte dispositiva (el rechazo de la demanda) alcanza el rango de «*ius inter partes*», quedando protegido por la *actio iudicati* y la excepción de cosa juzgada (c. 1642 § 2). Esto, en la práctica significa que, presentada la demanda de nulidad de matrimonio definitivamente rechazada ante otro tribunal competente en el caso (c. 1673), el juez *ex officio* debería apreciar la excepción de cosa juzgada

(78) Cfr A. STANKIEWICZ, *De libello reiectione...*, 79.

(79) *Coram BRUNO*, Decr., 23.V.1986..., 74.

(80) Sobre la identificación de la demanda y su cambio, cfr L. DEL AMO, *La demanda judicial...*, 67-73; R. RODRÍGUEZ-OCAÑA, *Comentario al c. 1504...*, 1194-1195. En el ámbito civil: V. FAIRÉN, *La transformación de la demanda en el proceso civil*, Santiago de Compostela 1949; M^{va} V. BERZOSA, *Demanda, «causa petendi» y objeto del proceso*, Córdoba 1984.

e impedir que vuelva a tratarse del asunto (c. 1642 § 2) o decidirse en contra⁽⁸¹⁾. Si así actuara el juez, estaría infringiendo el precepto del c. 1505 § 2, según el cual las razones por las que se puede rechazar el libelo son sólo y exclusivamente las que en él taxativamente se enumeran⁽⁸²⁾.

En conclusión, no puede mantenerse que el rechazo definitivo de la demanda goce de la fuerza de cosa juzgada. Entonces, dónde se halla el fallo del razonamiento de los decretos que la han concedido. En mi opinión, tanto los decretos c. Bruno como c. Pinto, confunden el derecho a la tutela efectiva con el derecho de acción de nulidad matrimonial.

El derecho a la tutela efectiva, como hemos explicado, es el derecho a una sentencia sobre el fondo, *pro vinculo* o *pro nullitate*, y al desarrollo de la actividad procesal que a la decisión judicial conduce. Es el derecho al proceso. Es éste el que se niega con el rechazo inapelable de la demanda. Y así lo señalan los decretos rotales citados: «quia actori possibilitas ad ulteriora procedendi, scilicet processum instruendi, definitive præcluditur»⁽⁸³⁾; o también, «difficultas non exurgit ex eo quod in hypothesi non agatur de sententia definitiva sed de decreto, cum effectus impediendi processum idem sit»⁽⁸⁴⁾.

El derecho de acción a la nulidad matrimonial, por el contrario, es el derecho subjetivo público a una tutela concreta (que se aclare mi condición jurídica) en el fuero eclesiástico, y se satisface sólo y exclusivamente con la sentencia, y es ésta la que determinará quién, de las dos partes procesales, tenía en realidad la acción. Por ello, como se ha citado anteriormente en palabras de Diego-Lora, «el proceso (...) no deja de ser más que un proceso sobre la acción»⁽⁸⁵⁾.

(81) «La antigua y mera *función negativa* de la cosa juzgada: imposibilidad general de abrir nuevos procesos: *non-bis* in idem, ha sido sustituida, en los procesos modernos, por la llamada *función positiva* de la cosa juzgada, que lo que impide es que en ningún nuevo proceso se decida de modo contrario a como antes fue fallado»: J. GUASP, *Derecho procesal...*, 554.

(82) Esto lo reconoce la generalidad de la jurisprudencia rotal, incluido el citado decr. c. Bruno: «Petitio seu libellus quo lis introducitur, tantummodo reici potest, si destitutus sit requisitis a lege in canone 1505 § 2 postulatis»: c. BRUNO, Decr., 23.V.1986..., 74. El subrayado es nuestro.

(83) *Coram* BRUNO, Decr., 23.V.1986..., 74, n. 4.

(84) *Coram* PINTO, Decr., 23.III.1987..., 108, n. 2º, d).

(85) «Al ser el proceso el instrumento formal apto para llegar a emitir en su día el juicio sobre la acción, no cabría decir de ésta que tenga que existir sustancialmente

Por estas razones es inexacta la afirmación de que «post duplicem reiectionem libelli, indebite factam, præcluditur actori possibilitas, ex lege naturali proveniens, acclarandi eius statum personalem, cum decisio definitiva sit nullo ordinario gravamine subiici possit»⁽⁸⁶⁾, porque confunde la tutela efectiva con el derecho de acción. Éste, como hemos visto, no queda afectado en su sustantividad, por eso es posible plantear de nuevo la cuestión⁽⁸⁷⁾.

El rechazo indebido de la demanda sí perjudica, por el contrario, el camino que lleva a la plena satisfacción del derecho de acción de nulidad de matrimonio, porque impide el inicio del proceso y defender ante el tribunal las propias pretensiones. En definitiva, el rechazo definitivo de la demanda produce indefensión en el fiel que, por esa decisión del juez, ve menoscabado su derecho a un proceso determinado, o lo que es lo mismo, a la tutela efectiva en ese caso concreto.

b) *La injusticia manifiesta de la decisión.* — Aunque hemos examinado las graves dificultades existente para sostener que es aplicable al rechazo definitivo de la demanda el efecto de cosa juzgada, lo cual hace imposible la *restitutio* en estos supuestos, vemos conveniente analizar lo que se refiere a la injusticia de la decisión invocada por los decretos rotales que han emitido un juicio afirmativo sobre la restitución.

Para estos decretos, la injusticia de la decisión que rechaza el libelo se produce porque es evidente el menosprecio de una ley no meramente procesal (c. 1645 § 2,4^o)⁽⁸⁸⁾. Esa ley violada es la imposibilidad de poder aclarar el estado personal en la Iglesia: «Quod

desde el primer momento de su ejercicio: esto nos lo dirá precisamente la sentencia»: C. DE DIEGO-LORA, *La función de justicia...*, 355.

⁽⁸⁶⁾ *Coram* BRUNO, Decr., 23.V.1986..., 76, n. 9. También, c. PINTO, Decr., 23.III.1987..., 108, n. 2, c).

⁽⁸⁷⁾ «Si reiectus fuit petitio manet definitive exclusa; non tamen perimitur actio, sed novus libellus tribunalí primæ instantiæ adhuc præsentari potest et respective recursus instituti contra novam reiectionem»: F.X. WERNZ - P. VIDAL, *Ius canonicum*, VI, Romæ 1927, 325. En el mismo sentido, cfr F. CAPELLO, *Summa iuris canonici*, III, Romæ 1955, 215; F. ROBERTI, *De processibus*, I, Romæ 1926, 431; A. STANKIEWICZ, *De libello reiectione...*, 78-79 y 82.

⁽⁸⁸⁾ Conviene hacer notar que la doctrina canónica llama la atención sobre este supuesto porque, en algunos ordenamientos civiles, es causa de nulidad (casación), no de revisión por ser, el menosprecio de una ley no procesal, un motivo de derecho

non de lege mere processuali agatur colligitur ex eo quod si parti quæ nullum matrimonium constraxit ius negatur hanc nullitatem comprobandi læditur ipsius "diritto naturale e primitivo [sic] del coniugio" cum alia persona»⁽⁸⁹⁾.

La cuestión que esta forma de argumentar plantea es la siguiente: si el supuesto de hecho del c. 1645 § 2,4º abarca no sólo el *neglectus* directo de una ley material (sustancial), o se extiende también al *neglectus* de una ley meramente procesal que afecta a esferas sustanciales.

Ante todo hay que decir que, según la opinión común de los autores⁽⁹⁰⁾, el n. 4º del c. 1645 § 2 pone fin a la antigua polémica sobre el *neglectus*, que se planteó, en relación con el c. 1905 § 2,4º CIC 17, en estos términos: ¿la infracción de ley incluye también la ley procesal?⁽⁹¹⁾.

La común opinión de la doctrina se basa en las informaciones procedentes del *iter* de formación del c. 1645 § 2,4º. En efecto, ya en el primer *schema* se cambia la antigua expresión del c. 1905 § 2,4º «leges præscriptum evidenter neglectum fuerit», por la siguiente: «leges substantialis præscriptum evidenter neglectum fuerit». Para los consultores, en la nueva redacción, no eran del todo claros los términos *leges substantialis* ni les parecía que éstos tuvieran la misma significación en todos los países. Por estas razones sustituyeron el texto por el de «prescripción de una ley no meramente procesal»⁽⁹²⁾.

Algún autor, sin embargo, a la hora de comentar la nueva prescripción, sostiene que si bien la inobservancia de la ley procesal no supone injusticia manifiesta, ésta podría acontecer si el menosprecio

y no de hecho que trascienda al proceso. Cfr F. RAMOS, *La cosa giudicata...*, 841; J. DE SALAS, *Comentario al c. 1645*: «ComExe», IV/2, 1729.

⁽⁸⁹⁾ *Coram* PINTO, *Decr.*, 23.III.1987..., 108, n. 2º, c).

⁽⁹⁰⁾ Cfr J.L. ACEBAL, *Comentario al c. 1645*: L. DE ECHEVERRÍA (Dir.), *Código de Derecho Canónico. Edición bilingüe comentada*, 7ª ed., Madrid 1986, 800; C. DE DIEGO-LORA, *Comentario al c. 1645*: INSTITUTO MARTÍN DE AZPILCUETA (Ed.), *Código de Derecho Canónico...*, 984-985; P.V. PINTO, *I processu...*, 445-446, nota 664; F. RAMOS, *La cosa giudicata...*, 841; E. COLAGIOVANNI, «*De re iudicata et restitutione in integrum*» nel nuovo Codice: Z. GROCHOLEWSKI - V. CÁRCEL (Eds.), «*Dilexit iustitiam*»..., 301; M.J. ARROBA, *Diritto processuale...*, 468.

⁽⁹¹⁾ Sobre la polémica cfr el resumen de C. DE DIEGO-LORA, *Control de la justicia de la sentencia firme y definitiva en el proceso canónico*: «*Ius canonicum*» 29 (1989) 298-299, nota 53 con los autores allí citados.

⁽⁹²⁾ Cfr «*Communicationes*» 11 (1979) 158-159.

de esa prescripción adjetiva influyera en derechos sustantivos⁽⁹³⁾. Y esta es la opinión que mantienen también los dos decretos rotales para admitir la restitución. Para ellos, el *neglectus* del c. 1505, ley meramente procesal, afecta a derechos sustantivos: «*præcluditur actori possibilitas, ex lege naturali proveniens, aclarandi eius statum personalem*»⁽⁹⁴⁾.

El *iter* redaccional del canon pone de manifiesto, por el contrario, que el cambio de «ley sustancial» por el de «no meramente procesal» se debió a dificultades de interpretación, no al desacuerdo entre los consultores para cambiar la norma del CIC 17; por ello decidieron actuar por exclusión tanto de las leyes procedimentales como procesales y formularon negativamente la norma. La exclusión es lógica, porque la infracción de dichas leyes tiene sus propios cauces de impugnación, entre ellos, la querrela de nulidad⁽⁹⁵⁾. Tampoco se ve la necesidad de multiplicar el número de recursos para los mismos casos, con el efecto perverso de inseguridad que esa medida puede tener en el conjunto de la justicia en la Iglesia. Quizá por estas razones, los comentadores del nuevo c. 1645 § 2,4º no tiene reparo en sustituir el «no meramente procesal» por «ley sustancial»⁽⁹⁶⁾, empleando la misma terminología que, por dificultad de interpretación, cambiaron los consultores.

8. *Indefensión y querrela de nulidad.*

Este último apartado responde a la postrema cuestión que, después de todo lo expuesto, ha quedado sin una respuesta clara y pre-

⁽⁹³⁾ Cfr J.J. GARCÍA FAILDE, *Nuevo derecho...*, 287. Para García Faílde, entre las leyes procesales cuya infracción entrarían en el n. 4º del c. 1645 § 2, se hallan: violaciones de leyes referentes al derecho de defensa, las que regulan la intervención de la parte pública, las que prescriben el derecho a la asistencia letrada, las que conceden plazos o regulan la petición y refutación de las pruebas, etc. Pienso, por el contrario, que todas esas infracciones pueden perfectamente subsumirse en el supuesto de negación del derecho de defensa del c. 1620,7º; es decir, vician a la sentencia de nulidad insanable.

⁽⁹⁴⁾ *Coram* BRUNO, Decr., 23.V.1986..., 76, n. 9. También, c. PINTO, Decr., 23.III.1987..., 108, n. 2, c).

⁽⁹⁵⁾ Cfr C. DE DIEGO-LORA, *Control de la justicia...*, 301, nota 59.

⁽⁹⁶⁾ «Ha de tratarse de una de una infracción de ley no meramente procesal, es decir, de contenido *sustantivo*»: J.L. ACEBAL, *Comentario al c. 1645...*, 800; «Deve questa violazione evidentemente compromettere il diritto *sostanziale*»: E. COLAGIO-VANNI, «*De re iudicata*»..., 301; «Si tratta de violazione di *legge sostantiva*»: M.J. ARROBA, *Diritto processuale...*, 468. Los subrayados son nuestros.

cisa. Si no parece que sea posible invocar el recurso de restitución por las razones aducidas, ¿existe algún remedio jurídico contra la confirmación del rechazo indebido de la demanda?

Hemos visto que la nueva apelación está vetada; tampoco nos parece correcta la restitución; la nueva proposición de la causa no se aplica en estos supuestos; el recurso al Romano Pontífice pidiendo la gracia de la admisión estamos conformes con que «non est remedium iuridicum, sed remedium extraordinarium non viam iudicialiam, sed administrativam et gratiæ pertinens»⁽⁹⁷⁾; y, en fin, se puede presentar nuevamente la demanda, pero tampoco éste es un recurso contra una decisión que se estima injusta.

Después de esta larga y negativa enumeración, cabe preguntarse, frente a lo que opinan algunos, por qué no puede proponerse la querrela de nulidad por indefensión o, si se quiere, por denegación del derecho de defensa (c. 1620,7º). Al menos dos de los decretos rotales a los que venimos refiriéndonos⁽⁹⁸⁾ admiten sendos libelos de nulidad de matrimonio, en contra de lo decidido por las instancias inferiores, por entender que la investigación previa realizada en ambos casos por los respectivos jueces es contraria al c. 1505 § 2,4º. Son casos, por tanto, de lesión del derecho a la tutela efectiva por una inadecuada aplicación de las normas que regulan el derecho al proceso.

En general, pensamos que los rechazos de las demandas de nulidad de matrimonio por una incorrecta aplicación de las normas que regulan el acceso a los tribunales de justicia en la Iglesia (cc. 1501-1506 para el proceso ordinario) afectan al derecho de los fieles a una decisión sobre el fondo de sus legítimas pretensiones expuestas por medio de la demanda. La denegación de esa actividad judicial, del proceso, no es otra cosa que una violación, si hubo defectuosa aplicación de la ley procesal, del mismo *ius defensionis* que siempre debe quedar a salvo (c. 1598 § 2).

Los decretos que se han glosado en este trabajo han vislumbrado estas mismas ideas, sobre todo en relación a la injusticia que supone no admitir la demanda de nulidad de matrimonio por una deficiente aplicación e interpretación de las normas que regulan el

(97) *Coram* BRUNO, Decr., 23.V.1986..., 74.

(98) Cfr c. BRUNO, Decr., 23.V.1986 y c. RAGNI, Decr., 12.XII.1989, ambos citados en notas 47 y 54 respectivamente.

acceso al proceso. Y en un caso concreto, la misma decisión rotal pone en conexión el rechazo del libelo en esos casos con la indefensión del actor⁽⁹⁹⁾. Por tanto, no sólo puede pedirse la nulidad del decreto que rechaza la demanda por falta de motivación de la decisión judicial, sino también por infracción del derecho de defensa al impedir ilegítimamente el inicio del proceso de nulidad de matrimonio, al cual los fieles tienen derecho, si cumplen los presupuestos procesales, y los jueces la obligación de prestar la tutela efectiva.

La presentación de la querrela de nulidad tiene además ciertas ventajas prácticas, en estos casos, respecto a la restitución. En efecto, la querrela de nulidad es posible presentarla junto con el recurso contra el rechazo de la demanda⁽¹⁰⁰⁾, no hace falta esperar a que haya un doble decreto de inadmisión (aunque también podría invocarse la querrela contra ambos decretos). Este modo de actuar hace que la injusticia pueda ser más rápidamente reparada. Y como el recurso no es una apelación, no tiene porqué seguir los trámites de ésta, es decir, presentación y prosecución⁽¹⁰¹⁾. Si el juez superior declara nulo el decreto de inadmisión, lo devolverá al juez, o presidente del colegio, de grado inferior para que, admitida la demanda, comience el proceso de nulidad. Si la decisión fuere contraria a la nulidad del decreto de rechazo, el tribunal superior deberá pronunciarse entonces sobre el recurso. Y si aún la decisión fuese contraria a la pretensiones del actor, sigue teniendo los recursos permitidos contra la resolución de la querrela, es decir, nueva apelación al tribunal de instancia superior.

En conclusión, el remedio jurídico más idóneo contra el inadecuado rechazo de la demanda, desde el punto de vista de la normativa procesal y de la tutela de los derechos del actor, es la querrela de nulidad y no el recurso extraordinario de restitución *in integrum*.

(99) Ver en nota 28 el comentario a un Decr. *coram* Civili.

(100) Pienso que es posible aplicar aquí, por analogía, el c. 1625 aunque el recurso no sea propiamente una apelación. El plazo de interposición será de diez días (c. 1505 § 2,4º).

(101) Cfr Z. GROCHOLEWSKI, *De periodo initiali...*, 107.

ILARIA ZUANAZZI

LO *IUS AD PROBATIONES* COME ESPRESSIONE
DEL DIRITTO DI DIFESA
NEL PROCESSO MATRIMONIALE CANONICO

1. Il valore del contraddittorio nella fase di istruzione del processo. — 2. Il diritto alla prova. — 3. L'incidenza dei poteri del giudice sui diritti delle parti. — 4. La rilevanza delle restrizioni allo *ius ad probationes* in ordine alla violazione del diritto di difesa.

1. *Il valore del contraddittorio nella fase di istruzione del processo.*

Rispetto ai procedimenti di natura amministrativa, il giudizio di nullità matrimoniale si caratterizza per la forma dialettica del metodo di trattazione della lite, dato dalla partecipazione attiva al processo dei soggetti che dovranno subire gli effetti del provvedimento finale⁽¹⁾. Tale sistema, compendiato nel c.d. principio del contraddit-

(*) Comunicazione presentata al Convegno «La prova nel processo matrimoniale», organizzato a Verona, il 27 marzo 1995.

(1) Per approfondimenti sulla struttura del processo giudiziale si veda: E. FAZZALARI, *Procedimento e processo (teoria generale)*, in *Enciclopedia Giuridica*, XXXV (1986), 819-835. Sul processo canonico in particolare: R. BERTOLINO, *La tutela dei diritti nella Chiesa. Dal vecchio al nuovo Codice di diritto canonico*, Torino, 1983; M.F. POMPEDDA, *Diritto processuale nel nuovo Codice di diritto canonico: revisione o innovazione?*, Roma, 1983; S. GHERRO, *Il diritto alla difesa nei processi matrimoniali canonici*, in AA.VV., *Il diritto alla difesa nell'ordinamento canonico*, Città del Vaticano, 1988, 1-16; ID., *Ancora sul diritto alla difesa nel processo matrimoniale canonico*, in AA.VV., *Studi sul processo matrimoniale canonico*, a cura di S. GHERRO, Padova, 1991, 73-89; I. ZUANAZZI, *Considerazioni sulla funzione del processo e la natura della giustizia nella Chiesa*, *ivi*, 179-229; ID., *Le parti e l'intervento del terzo*, in AA.VV., *Il processo matrimoniale canonico*, Città del Vaticano, 1994², 333-341; P. MONETA, *La giustizia nella Chiesa*, Bologna, 1993; ID., *La funzione giudiziaria nella dinamica della potestà di governo della chiesa*, in AA.VV., *La giustizia nella Chiesa: fondamento divino*

torio, risponde all'esigenza di assicurare a coloro che sono direttamente interessati all'oggetto del contendere la possibilità di svolgere un ruolo informato ed efficiente nell'*iter* che conduce alla formazione della decisione, per far valere le proprie ragioni e contrastare quelle dell'avversario⁽²⁾. Alle parti della causa si riconosce così una posizione soggettiva globale di difesa, che si traduce nell'attribuzione di una serie complessa ed eterogenea di situazioni giuridiche in ordine agli atti processuali, idonee a garantire nei confronti reciproci e di fronte al giudice, tenuto a mantenere una condizione di imparzialità, un'eguale capacità di agire e di contraddire nello sviluppo del dibattito processuale, unitamente ad una pari rilevanza delle rispettive iniziative nella determinazione di una giusta soluzione.

Da questa impostazione si deduce come nel processo per l'accertamento della validità di un matrimonio i titolari del rapporto in questione non assumano la veste di meri destinatari passivi della sentenza, solo in via eventuale ascoltati dall'autorità per acquisire opportune informazioni sulla *res controversa*⁽³⁾, ma possiedano un vero diritto ad intervenire e ad influire con la propria attività sull'esito del giudizio. Siffatta prerogativa di difesa, per riuscire efficace, deve essere salvaguardata in tutte le fasi della procedura, inclusa quella istruttoria, ove vengono raccolti gli elementi che saranno posti a base della definizione della controversia.

e cultura processualistica moderna, Città del Vaticano, 1997, 25-46; J. LOBELL, *Note epistemologiche sul processo canonico*, in AA.VV., *Diritto per valori e ordinamento costituzionale della Chiesa*, a cura di R. BERTOLINO - S. GHERRO - G. LO CASTRO, Torino, 1995, 255-272; ID., *Pubblico privato: elementi di comunione nel processo canonico*, AA.VV., *La giustizia nella Chiesa*, cit., 47-84; P.A. BONNET, *Attuazione e funzionamento dell'attività giudiziaria nella Chiesa*, *ivi*, 85-144; C. DE DIEGO-LORA, *De iudicio contentioso ordinario. Introducción*, in AA.VV., *Comentario exegético al Código de derecho canónico*, IV/2, Pamplona, 1997², 1136-1153.

(²) «Non si può concepire un giudizio equo senza contraddittorio, cioè senza la concreta possibilità concessa a ciascuna parte nella causa di essere ascoltata e di poter conoscere e contraddire le richieste, le prove e le deduzioni addotte dalla parte avversa o *ex officio*» (GIOVANNI PAOLO II, *Allocuzione alla Rota Romana del 26 gennaio 1989*, in *Ius Ecclesiae*, I (1989), 741, n. 3).

(³) Come prevede il can. 50 per il procedimento amministrativo. Le differenti garanzie che offrono agli interessati i vari modi di procedere sono analizzate da S. BERLINGÒ, *La diversa natura delle procedure speciali*, in AA.VV., *I procedimenti speciali nel diritto canonico*, Città del Vaticano, 1992, 9-23; ID., *Il diritto al «processo» (can. 221, § 2 C.I.C.) in alcune procedure particolari*, in *Fidelium Iura*, III (1993), 339-358.

La previsione di adeguati strumenti tecnici diretti a rendere operante il contraddittorio non appare soltanto una precauzione strettamente formale, ma configura piuttosto l'indispensabile traduzione in regole processuali di valori fondamentali per il corretto adempimento del *munus iudicandi in Ecclesia*, particolarmente importanti nelle *causae de statu personarum*. Per quanto riguarda l'accertamento della verità, fine ultimo del giudizio matrimoniale canonico, il confronto critico tra le parti svolge un'indispensabile funzione logico-argomentativa per vagliare gli elementi favorevoli o contrari alla dichiarazione di nullità. Per quanto attiene alla tutela della persona, presupposto necessario per rendere un'autentica giustizia, la partecipazione dei coniugi al dibattito defensionale risulta una proiezione dinamica e strumentale sul piano processuale della posizione sostanziale di cui sono titolari in ordine al matrimonio, volta ad ottenere una pronuncia ufficiale sull'esistenza del connubio e, di conseguenza, per permettere l'attuazione effettiva del vincolo, ovvero, nell'ipotesi opposta, per consentire la realizzazione in futuro della facoltà naturale di contrarre validamente e fruttuosamente il sacramento nuziale. Inoltre, il concorso degli interessati alla formazione della decisione rappresenta il meccanismo maggiormente umano ed equo di applicare il diritto nelle relazioni che toccano più profondamente la vita intima di ciascuno, predisposto in modo tale da rispettare le legittime autonomie ed aspettative dei protagonisti nel definire ed analizzare il tema della causa, e a favorire successivamente una loro responsabile conformazione al dover essere deciso nella sentenza.

Da queste considerazioni emergono le due dimensioni, tra loro intimamente correlate, sulle quali si fonda il principio di difesa nel sistema giudiziario ecclesiale: sotto il profilo oggettivo, costituisce il nucleo essenziale della struttura contenziosa del processo; sotto il profilo soggettivo, rappresenta un potere di salvaguardia del patrimonio individuale che spetta come un attributo inviolabile ad ogni persona⁽⁴⁾. A motivo di siffatta pertinenza alle radici assiologiche del sistema di tutela, che in ultima istanza fanno riferimento alla dignità della creatura umana coinvolta nel procedimento, la tradizione canonica riscontra la giustificazione primaria del contraddittorio in

(4) Il can. 221, §§ 1 e 2, comprende il diritto di difesa tra le posizioni giuridiche fondamentali ed inviolabili dei fedeli.

quell'ordine intrinseco e necessario, di carattere etico-naturale, che deve connotare i rapporti giuridici derivanti dall'instaurazione del giudizio.

Stante tuttavia la generalità e l'indeterminatezza dei postulati essenziali del diritto di difesa, risulta particolarmente importante nella pratica riuscire a precisarne il contenuto e la portata in rapporto al concreto regime legale che disciplina il processo. A tal fine si è affermata in dottrina e in giurisprudenza⁽⁵⁾ la distinzione, peraltro di non facile delimitazione, tra elementi ontologicamente indispensabili per l'esistenza di un retto giudizio (*ut sit*) e statuizioni complementari che possono essere fissate positivamente dal legislatore per integrare e perfezionare la struttura del processo e l'esercizio delle situazioni giuridiche fondamentali (*ut bene sit*). Mentre l'inosservanza degli uni condurrebbe sempre e inderogabilmente alla nullità del procedimento e della sentenza, invece la violazione delle seconde produrrebbe l'invalidità degli atti solo se sia stata espressamente prevista.

In merito ai dettami codiciali sulla raccolta delle prove, non si può ritenere che essi siano dotati di un carattere prevalentemente ordinatorio e quindi abbiano sempre e comunque un'importanza subordinata al raggiungimento della certezza nella risposta al dubbio concordato. Per qualificare la natura principale o accessoria di una prescrizione occorre piuttosto riferirsi al criterio teleologico di ordinazione della regola stessa alla complessiva conformazione di giustizia del sistema. Pure le norme sul mero procedimento, nella misura in cui siano dirette a garantire i valori basilari di equità, razionalità e sicurezza indispensabili per una ricerca della verità nel rispetto della persona, incarnano una pretesa di doverosità da ritenersi irrinunciabile⁽⁶⁾. In questa prospettiva, le disposizioni istruttorie che impon-

⁽⁵⁾ Per una sintesi del dibattito dottrinale e delle enunciazioni della giurisprudenza si veda: G. ERLEBACH, *La nullità della sentenza giudiziale «ob ius defensionis denegatum» nella giurisprudenza rotale*, Città del Vaticano, 1991, 35-54.

⁽⁶⁾ «L'istituzionalizzazione di quello strumento di giustizia che è il processo rappresenta una progressiva conquista di civiltà e di rispetto della dignità dell'uomo, cui ha contribuito in modo non irrilevante la stessa Chiesa con il processo canonico. Ciò facendo, la Chiesa... ha... disposto un mezzo adeguato per quell'accertamento della verità che è condizione indispensabile della giustizia animata dalla carità, e perciò anche della vera pace. ... Il giusto processo è oggetto di un diritto dei fedeli (cfr. can. 221) e costituisce al contempo un'esigenza del bene pubblico della Chiesa. Le norme processuali, pertanto, vanno osservate da tutti i protagonisti del processo come altrettante manifestazioni di quella giustizia strumentale che conduce alla giustizia sostanziale» (GIOVANNI

gono di tenere certi comportamenti o stabiliscono di adempiere particolari formalità, possono assumere un peso significativo per realizzare con sicuro effetto il contraddittorio processuale, e pertanto sono da osservarsi puntualmente per la rilevanza intrinseca della protezione dalle stesse conferita a determinate esigenze di difesa insite nell'ordine di trattazione della causa, non solo in ragione strumentale all'esito finale del giudizio. Ne consegue come il mancato espletamento delle misure prescritte debba essere rilevato e sanzionato a prescindere dalla supposizione che si possa egualmente raggiungere una decisione esatta dal punto di vista del contenuto, perché in ogni caso non sarebbe « giusta » dal punto di vista del metodo⁽⁷⁾.

Del resto, è indubbio che la partecipazione responsabile delle parti in ogni momento dell'*iter* di trattazione della causa sia stata assunta dal nuovo testo normativo a criterio fondamentale per la riordinazione del processo canonico. In quest'ottica si può notare come fin dai *Principia quae Codicis iuris canonici recognitionem dirigant*, discussi nel Sinodo dei Vescovi del 1967, sia stata sottolineata la necessità di strutturare il giudizio in maniera da assicurare una tutela efficace dei diritti dei fedeli⁽⁸⁾. Per corrispondere a tali assunti, l'opera di riforma ha ritenuto indispensabile valorizzare il ruolo attivo dei coniugi e dei loro patroni nella dinamica del giudizio matrimoniale ed ha perciò accentuato, rispetto al Codice precedente, i loro poteri di agire e di contraddire, specialmente in occasione della raccolta e della discussione degli argomenti di prova⁽⁹⁾. La chiara intenzione

PAOLO II, *Allocuzione alla Rota Romana del 18 gennaio 1990*, in *Ius Ecclesiae*, II (1990), 330-331, n. 7).

(7) « Nullitas, in casu, vindicanda est ob violatum defensionis ius, cuius tuitio affirmanda est etiam si recta fuerit decisio, iuxta Seneca concinnum acutumque dictum: "Qui statuit aliquid parte inaudita altera, aequum licet statuerit haud aequus finit" » (decretum c. Funghini, *Parisien.*, 11 maggio 1994, in *Monitor ecclesiasticus*, CXIX (1994), 529-530, n. 4). Sulla necessità di osservare comunque le formalità processuali, si veda anche il decreto c. Faltin, *Olomucen.*, 27 giugno 1991, in *Il diritto ecclesiastico*, CIV (1993), II, 151.

(8) *Principia quae Codicis iuris canonici recognitionem dirigant*, in *Communicationes*, I (1969), 83 n. 7. Per un approfondito commento dei criteri ispiratori del nuovo Codice si rinvia a R. BERTOLINO, *La tutela dei diritti nella Chiesa*, cit., 31-52.

(9) Il sistema istruttorio canonico rimane tuttavia di carattere misto, combinando il principio di pubblicità con quello di segretezza, come si avrà modo di sottolineare nel prosieguo del presente lavoro. Per considerazioni generali su questa fase del processo, si vedano: N. CAPPONI, *I principi della pubblicità e della parità delle parti in giudizio, nel nuovo processo contenzioso canonico in genere e nel processo matrimoniale in specie*, in *Il diritto ecclesiastico*, XCV (1984), I, 164-175; P.A. BONNET, *Prova (diritto canonico)*,

del legislatore di rafforzare il diritto di difesa non può non costituire pertanto la *ratio* interpretativa del nuovo sistema processuale e quindi guidare la prassi giudiziaria nell'attuazione in senso maggiormente garantistico delle più estese facoltà di iniziativa e di intervento riconosciuti ai protagonisti della lite, anche nella fase istruttoria⁽¹⁰⁾.

Tanto più motivatamente si può comprendere l'importanza di sostenere la realizzazione effettiva del contraddittorio in questo stadio del procedimento se si analizza la funzione essenziale svolta dalla prova in rapporto alla decisione finale. Le risultanze istruttorie, infatti, fissano i presupposti per la risoluzione della *quaestio facti*, che rappresenta la premessa minore del c.d. sillogismo del giudizio, per una duplice angolazione. Sotto l'aspetto gnoseologico di ricostruzione della verità storica, esse sono dirette a fornire gli argomenti logici e i dati di fatto capaci di accertare l'oggettività reale delle vicende affermate dalle parti o l'attendibilità delle rispettive asserzioni⁽¹¹⁾; sotto l'aspetto giuridico di definizione dei termini del giudizio, le stesse costituiscono i coefficienti di base da cui il giudice può legittimamente trarre la certezza morale per l'emanazione della sentenza, convincimento da attingere esclusivamente «*ex actis et probatis*»⁽¹²⁾. La possibilità delle parti di incidere effettivamente sulla formazione di questa deliberazione dipende quindi dalla capacità loro conferita di contribuire concretamente alla raccolta e alla formazione degli elementi che ne stanno a fondamento.

in *Enciclopedia del Diritto*, XXXVII (1988), 679-695; S. GHERRO, *Prova (diritto canonico)*, in *Enciclopedia Giuridica*, XXV (1991); A. VITALE, *Prova testimoniale (diritto canonico)*, *ibidem*; A. STANKIEWICZ, *Le caratteristiche del sistema probatorio canonico*, in AA.Vv., *Il processo matrimoniale canonico*, cit., 567-597; J. CORSO, *Le prove*, *ivi*, 599-623. AA.Vv., *I mezzi di prova nelle cause matrimoniali secondo la giurisprudenza rotale*, Città del Vaticano, 1995; J-P. SCHOUPE, *De probationibus (cc. 1526-1586). Introducción*, in AA.Vv., *Comentario exegético al Código de derecho canónico*, cit., 1269-1274; J. CARRERAS, *De probationibus (c. 1678). Comentario*, *ivi*, 1889-1893; P. BIANCHI, *Le prove: a) dichiarazioni delle parti; b) presunzioni; c) perizie*, in AA.Vv., *I giudizi nella Chiesa. Il processo contenzioso e il processo matrimoniale*, Milano, 1998, 77-107.

⁽¹⁰⁾ Il carattere inviolabile del diritto di difesa, per il fondamento su principi sovraordinati, dovrebbe portare a delineare una sorta di *favor iuris defensionis* delle parti. In questo senso si esprime S. GHERRO, *Il diritto alla difesa nel processo matrimoniale canonico*, cit., 8.

⁽¹¹⁾ Per un'ampia esposizione in merito alla duplice concezione argomentativa e dimostrativa della prova si rinvia ad A. STANKIEWICZ, *Le caratteristiche del sistema probatorio canonico*, cit., 568-571.

⁽¹²⁾ Can. 1608, § 2.

È necessario peraltro sottolineare che ai fini di una preservazione integrale della dinamica di difesa, sono da considerare rilevanti non solo la tipologia dei mezzi di prova proponibili o l'inferenza oggettiva raggiunta su di essi per la conoscenza dei fatti, ma soprattutto il *modo* in cui tali fattori vengono conseguiti, secondo un procedimento che assicuri proprio nel meccanismo operativo il rispetto dei diritti dei singoli individui. Unicamente il potere di assistere al procedimento, di essere informati tempestivamente e di intervenire direttamente e con pari opportunità delle altre parti sull'attività istruttoria può garantire appieno l'interesse di ciascun soggetto ad influire sulla risoluzione della causa e a dimostrare con tutti i mezzi disponibili il rispettivo punto di vista⁽¹³⁾. Questa legittima pretesa dei titolari del rapporto controverso non potrebbe essere surrogata dalla comparizione dei pubblici funzionari, difensore del vincolo e promotore di giustizia, anche se per ipotesi sostengano una posizione conforme alle loro istanze⁽¹⁴⁾, e neppure se la sentenza risulti ad essi favorevole: è il diritto ad esporre personalmente ed autonomamente le proprie ragioni che rimane insostituibile ed ineliminabile. Per di più, la partecipazione attiva dei coniugi promuove una indicazione completa ed obiettiva delle fonti di informazione ed assicura un controllo approfondito sull'affidabilità dei dati ottenuti⁽¹⁵⁾.

Sono quindi gli stessi obiettivi di ricerca della verità e di tutela della persona cui tende il processo matrimoniale canonico che richiedono necessariamente nella fase istruttoria il contraddittorio tra i

⁽¹³⁾ Soltanto la realizzazione di una partecipazione effettiva delle parti nei singoli momenti dell'attività istruttoria può assicurare in concreto il diritto di difesa, che altrimenti resterebbe affermato solo in via teorica: «*Ius defensionis consistit in concessione concreta et practica nedum iuris abstracti seu merae possibilitatis sese defendendi, verum etiam exercitii iuris seu possibilitas exercendi de facto ius propriae defensionis. Concessio iuris absque possibilitate concreta exercendi ius, idem est ac denegatio ipsius iuris*» (decretum c. Boccafolo, Neo-Eboracen., 25 luglio 1989, p.n. 15.459, in *Ius canonicum et iurisprudencia rotalis*, CD, Milano, 1994, n. 7).

⁽¹⁴⁾ Sulla diversità di ruolo dei pubblici funzionari e delle parti si vedano F. DANIELS, *De iure defensionis. Brevis commentarius ad allocutionem Summi Pontificis diei 26 ianuarii 1989 ad Rotam Romanam*, in *Periodica*, LXXIX (1990), 258; I. ZUANAZZI, *Le parti e l'intervento del terzo*, cit., 363-367. L'insostituibilità del diritto di partecipazione personale dei coniugi viene ribadito in giurisprudenza nella sentenza c. Stankiewicz, *Portlanden. in Oregon*, 20 gennaio 1983, in *Monitor ecclesiasticus*, CIX (1984), 250, n. 9.

⁽¹⁵⁾ Eguali considerazioni si trovano in A. STANKIEWICZ, *Le caratteristiche del sistema probatorio canonico*, cit., 572.

protagonisti, attuato in modo tale da riconoscere eguale valore all'apporto di ogni parte nell'indagine ricognitiva sulla validità delle nozze. La promozione del ruolo attivo del fedele nel giudizio di accertamento del suo *status* costituisce inoltre un presupposto indispensabile affinché la sentenza finale non si limiti a definire formalmente la condizione giuridica, ma tenda a convincere i destinatari della giustizia intrinseca della decisione, per riconciliarli sostanzialmente alla pienezza della comunione ecclesiale⁽¹⁶⁾.

2. *Il diritto alla prova.*

La considerazione dell'attività istruttoria nella prospettiva del principio di difesa ha persuaso la più attenta dottrina processualistica a qualificare la posizione soggettiva delle parti in ordine alla prova non tanto come «onere», quanto come vero «diritto» nei confronti degli altri contraddittori e del giudice⁽¹⁷⁾. L'oggetto di questa pretesa giuridica concerne l'assunzione nel processo degli elementi idonei a dimostrare l'esattezza dei fatti allegati e a fornire gli argomenti per fondare il giudizio di certezza morale nella decisione della causa. Tale situazione configura, in definitiva, un complemento essenziale per attuare realmente ed effettivamente il fondamentale diritto delle persone di agire e di contraddire in giudi-

(16) La finalità primaria di reintegrazione del fedele nella comunione ecclesiale si può conseguire solo attraverso l'adesione spontanea del cuore a quanto deciso nella sentenza, che determina la convergenza tra dover essere soggettivo e dover essere oggettivo. Sul tema si vedano: R. BERTOLINO, *La tutela dei diritti nella Chiesa*, cit., 120; S. BERLINGÒ, *Dalla «giustizia della carità» alla «carità della giustizia»: rapporto tra giustizia, carità e diritto nella evoluzione della scienza giuridica laica e della canonistica contemporanea*, in AA.VV., *Lex et Iustitia nell'Utrumque ius: radici antiche e prospettive attuali*, Città del Vaticano, 1988, 369-371; M.F. POMPEDDA, *Il processo canonico di nullità di matrimonio: legalismo o legge di carità?*, in *Ius Ecclesiae*, I (1989), 435-437; I. ZUANAZZI, *La funzione del processo e la natura della giustizia nella Chiesa*, cit., 204-206; P. MONETA, *La giustizia nella Chiesa*, cit., 15-21.

(17) E.T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, I, Milano, 1984⁴, 134; M. TARUFFO, *Il diritto alla prova nel processo civile*, in *Rivista di diritto processuale civile*, XXXIX (1984), 74-120; E.F. RICCI, *Su alcuni aspetti problematici del «diritto alla prova»*, *ivi*, 158-162; G. TARZIA, *Problemi del contraddittorio nell'istruzione probatoria civile*, *ivi*, 634-658; G. VERDE, *Prova (teoria generale e diritto processuale civile)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXVII (1988), 590-594; S. PATTI, *Prova (diritto processuale civile)*, in *Enciclopedia Giuridica*, XXV (1991), 2-3. Per l'ordinamento canonico si veda: A. STANKIEWICZ, *Le caratteristiche del sistema probatorio canonico*, cit., 572-574.

zio⁽¹⁸⁾, dato che la negazione della facoltà di provare con appositi mezzi la verità dei presupposti favorevoli alla propria tesi equivale in concreto al rifiuto o ad una grave limitazione della stessa possibilità di ottenere una giusta tutela.

Il termine «*ius ad probationes*» designa in realtà una posizione giuridica complessa che include al suo interno una pluralità di articolazioni complementari, tutte egualmente necessarie e funzionalmente collegate a perseguire l'obiettivo finale di difesa delle parti. Nell'ambito di questa garanzia globale rientrano sia le situazioni giuridiche attinenti alla produzione in sé degli strumenti probatori, sia quelle riguardanti il metodo per la loro acquisizione, che deve essere regolato nel costante rispetto del contraddittorio, come unico sistema valido a mettere davvero in grado gli interessati di esercitare un'efficace attività di intervento e un adeguato controllo sul materiale progressivamente raccolto nel corso della causa. La forza di protezione del sistema discende dall'adeguato combinarsi delle sue diverse espressioni sostanziali e formali, secondo quelle istanze intrinseche di giustizia che, si è visto, costituiscono la struttura deontica del *munus iudicandi in Ecclesia*.

Secondo i principi generali del processo, si ritiene innanzi tutto indispensabile assicurare a coloro che partecipano al procedimento il diritto di proporre gli strumenti di prova per dimostrare l'obiettiva consistenza dei fatti rilevanti per la decisione, sia quelli che sono stati allegati in proprio⁽¹⁹⁾, sia quelli che sono stati sollevati dall'avversario o d'ufficio⁽²⁰⁾. *Ex adverso* la garanzia implica il diritto di conoscere i mezzi istruttori adottati dagli altri soggetti o disposti *motu pro-*

(18) Per questo viene fatto rientrare nel diritto fondamentale ed inviolabile alla difesa previsto nell'art. 24 della Costituzione italiana. La garanzia del diritto alla prova è sancita espressamente nell'art. 6, n. 3, lett. d) della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo, relativamente all'imputato nel processo penale, ma la dottrina ritiene che abbia valore anche per il processo civile (cfr. M. TARUFFO, *Il diritto alla prova nel processo civile*, cit., 77, nt. 9).

(19) Can. 1526, § 1. In questo caso il soggetto viene gravato da un vero onere della dimostrazione, sanzionato dal rigetto della domanda nell'ipotesi che non sia riuscito a fondare il convincimento del giudice sul punto.

(20) Can. 1452, § 2. Anche la parte cui non incombe giuridicamente l'onere, infatti, potrebbe avere interesse a fornire la prova di determinati eventi per contribuire alla formazione di una retta decisione da parte del giudice, al fine di confermare le proprie asserzioni o contestare quelle delle controparti. Costituirebbe pertanto una lesione al diritto di difesa il rigetto delle sue iniziative istruttorie per il solo rilievo che non ne risulta

prio dal giudice⁽²¹⁾, al fine di potervi contraddire e di dedurre la prova contraria. In questo modo viene consentito ai soggetti di esercitare un controllo anche sulla legittimità o sulla importanza delle iniziative di controparte, cui si collega la possibilità, qualora ne ricorrano i presupposti, di chiedere la loro esclusione o ricusazione⁽²²⁾, ovvero di insistere per l'assunzione se chi le ha sollecitate vi abbia poi rinunciato⁽²³⁾.

Allo scopo di promuovere la più ampia possibilità di indagare la realtà di quanto è accaduto, l'ordinamento della Chiesa consente alle parti di addurre tutti gli strumenti di cui possono disporre, purché siano leciti e utili alla risoluzione della causa⁽²⁴⁾. Siffatto principio di libertà dei mezzi istruttori, che vige da sempre nella tradizione ecclesiale, risulta pienamente consentaneo con l'impostazione generale del processo matrimoniale canonico, per il quale la ricerca della verità sostanziale non può essere ostacolata da limiti legali o vincoli puramente formali⁽²⁵⁾. Il requisito cui si guarda per l'ammissione di una prova concerne esclusivamente l'attinenza al tema della lite ed il contributo che in concreto può dare all'accertamento giudiziale.

Di conseguenza, l'«*index probationum*» contenuto nel Codice non ha valore tassativo ma solo esemplificativo⁽²⁶⁾, potendo essere dedotte prove di qualsiasi genere, già preconfezionate o da acquisire in un apposito sub-procedimento⁽²⁷⁾, sia che corrispondano agli ar-

onerato. Questa posizione viene espressa da S. PATTI, *Prova (diritto processuale civile)*, cit., 3.

(21) Si vedano i canoni 1544 (sulla facoltà di esame dei documenti), 1554 (sull'obbligo di comunicazione dei nomi dei testimoni alla controparte), 1575 (sulla consultazione delle parti per la nomina del perito).

(22) Cann. 1555 e 1576.

(23) Can. 1551.

(24) Can. 1527, § 1.

(25) P.A. BONNET, *Prova (diritto canonico)*, cit., 685; S. GHERRO, *Sul processo matrimoniale canonico: «pubblicazione degli atti» e dibattimento*, in *Il diritto ecclesiastico*, CV (1994), I, 487; A. STANKIEWICZ, *Le caratteristiche del sistema probatorio canonico*, cit., 593-597.

(26) Rispetto al Codice del 1917 è stato omesso il giuramento nelle diverse forme: suppletorio (can. 1829), estimatorio e decisorio (cann. 1829-1835).

(27) Riguardo al modo di deduzione si distingue tra prove precostituite, quali i documenti, che si formano fuori e solitamente prima del processo, in cui entrano attraverso un semplice atto di esibizione o produzione, e prove costituenti, quali quelle orali, che invece si formano nel corso del processo, a seguito di una specifica attività istruttoria.

chetipi previsti nel catalogo normativo, sia che consistano in misure atipiche⁽²⁸⁾. Neppure sussistono preclusioni *a priori* circa l'uso di un particolare strumento di dimostrazione, in modo assoluto o in relazione a determinate materie, a motivo della minore affidabilità della fonte o della difficoltà di valutazione che comporta⁽²⁹⁾. Al giudice viene infatti lasciato, a seconda delle circostanze della fattispecie, l'apprezzamento positivo in merito all'attendibilità e alla rilevanza degli esiti di qualunque prova⁽³⁰⁾.

⁽²⁸⁾ Per quanto attiene alle prove non regolate espressamente dalla legge, si evidenzia il problema di quale rilevanza si possa loro ricondurre. Secondo STANKIEWICZ, i mezzi atipici possono essere impiegati nel processo canonico sia attraverso l'analogia con le prove tipiche, sia tramite le presunzioni semplici dedotte «*ex facto certo et determinato*» (can. 1586). Nondimeno, a questo tipo di prova non si può attribuire il valore di dimostrazione piena, ma solo di argomenti di prova, di fonti di presunzione semplice o di elementi indiziari (*Le caratteristiche del sistema probatorio canonico*, cit., 595-597), vale a dire *ad complendum*, non *ad constituendum probationes*.

Anche nell'ordinamento italiano, benché si discuta in dottrina sull'esistenza o meno del principio di tipicità delle prove, i mezzi atipici sono considerati generalmente ammissibili, pur con un'efficacia probatoria limitata. Peraltro, da alcuni autori si sottolinea l'importanza di subordinare il loro accoglimento alla condizione che siano state rispettate comunque nelle modalità di redazione e produzione le fondamentali garanzie del contraddittorio, con esclusione quindi degli strumenti «costituendi» formati fuori del processo *inaudita altera parte*, giacché «non è la garanzia di un contraddittorio posticipato alla formazione della prova, e quindi tardivo, quella che può legittimare l'introduzione della fonte atipica di prova nel processo. È la formazione della prova che deve avere luogo nel contraddittorio delle parti» (G. TARZIA, *Problemi del contraddittorio nell'istruzione probatoria civile*, cit., 639-643). Sul punto si veda pure M. TARUFFO, *Il diritto alla prova nel processo civile*, cit., 101-102.

⁽²⁹⁾ Le differenze principali con il processo civile concernono la possibilità di ricorrere sempre alla testimonianza (can. 1547) e il valore di mezzo di prova della deposizione delle parti, che non abbia contenuto di confessione (can. 1530). Nei paesi di *civil law* sono frequenti regole dirette ad escludere la prova testimoniale, data la minore affidabilità, e favorire l'acquisizione di quella documentale, soprattutto in materia negoziale. Norme di limitazione della prova testimoniale sono previste persino nei sistemi di *common law*, in quanto comporta maggiori rischi di valutazione da parte della giuria (si veda ad esempio la c.d. *hearsay rule*) (cfr. M. TARUFFO, *Prova (diritto comparato e straniero)*, in *Enciclopedia Giuridica*, XXV (1991), 2 e 4). Riguardo alla deposizione delle parti, nel diritto italiano, a differenza di altri ordinamenti, è esclusa la testimonianza dei partecipanti alla lite (art. 246 c.p.c.), mentre il libero interrogatorio degli interessati, sempre disponibile dal giudice (art. 117 c.p.c.), ha efficacia solo sussidiaria e integrativa della valutazione di altre prove.

⁽³⁰⁾ Nel can. 1608, § 3 viene sancito il principio di libera valutazione delle prove da parte del giudice, con il limite peraltro delle disposizioni sull'efficacia di alcune prove legali. Si tratta di regole che vincolano l'apprezzamento del magistrato ad attribuire a

Un'analogha flessibilità di disciplina per un più esteso accertamento dei fatti di causa vige nel processo canonico riguardo al momento di presentazione dei mezzi probatori⁽³¹⁾. Normalmente la raccolta avviene dopo la contestazione della lite⁽³²⁾, e a tale scopo il giudice deve lasciare alle parti un congruo periodo di tempo per addurre nuovi mezzi probatori o completare quelli già presentati con gli atti introduttivi o nella stessa udienza di concordanza del dubbio⁽³³⁾. Non sono stabiliti tuttavia rigidi termini di decadenza per l'esercizio di questo diritto, in quanto risulta sempre possibile nel corso dell'istruttoria integrare, modificare o risentire le misure già richieste. Anche a seguito della pubblicazione degli atti, il giudice deve prevedere un apposito intervallo, per consentire agli interessati di completare la documentazione⁽³⁴⁾. L'istruttoria può essere riaperta pure successivamente alla *conclusio in causa*⁽³⁵⁾, e persino dopo una prima riunione per la discussione della sentenza, allorché il tribunale disponga di differire la decisione per approfondire il materiale di supporto⁽³⁶⁾. In queste due ultime ipotesi, tuttavia, l'ammis-

determinati strumenti la forza di prova piena sul fatto, se posseggono i requisiti stabiliti dalla legge (cann. 1536, § 1, 1540, §§ 1-2 e 1541, 1585), oppure per altri mezzi, al contrario, a non considerare raggiunta tale intensità di dimostrazione se non con il concorso di ulteriori elementi probatori (cann. 1536, § 2, 1542, 1573). Per un esame più approfondito si rinvia ad A. STANKIEWICZ (*Le caratteristiche del sistema probatorio canonico*, cit., 588-593), il quale rileva come, nonostante la dottrina comune e la giurisprudenza affermino la natura eccezionale delle prove legali, «non sembra tuttavia che nel nuovo Codice rimangano assai numerosi i mezzi di prova demandati alla valutazione pienamente libera del giudice, senza alcuna limitazione legale, giurisprudenziale o da parte del magistero pontificio» (*op. cit.*, 587).

(31) J. CORSO, *Le prove*, cit., 605.

(32) Per cause gravi, «*ne pereant probationes*», il giudice può anticipare l'assunzione delle prove anche prima della *contestatio litis* (can. 1529). Un'analogha disposizione era stabilita nel Codice del 1917 al can. 1730.

(33) Cann. 1516 e 1504, n. 2.

(34) Can. 1598, § 2.

(35) Can. 1600, § 1, nn. 2-3 e § 2. La riapertura dell'istruttoria dopo la conclusione in causa può essere disposta a precise condizioni: nelle cause di bene pubblico è necessario che siano udite le parti e che il motivo sia grave. Alcune delle ragioni che legittimano il supplemento di prove vengono tipizzate nei paragrafi seguenti: la probabilità che si giunga ad una sentenza ingiusta *ex can.* 1645, § 2, nn. 1-3, se non venga ammessa la prova; l'impossibilità di produrre in precedenza un documento, non imputabile a colpa dell'interessato. Sul tema si veda C. GULLO, *La pubblicazione degli atti e la discussione della causa*, in AA.Vv., *Il processo matrimoniale canonico*, cit., 686-687.

(36) Can. 1609, § 5, che richiama il can. 1600.

sione delle prove nelle cause matrimoniali viene subordinata alla presenza di una ragione grave e all'osservanza di opportune cautele per rimuovere ogni pericolo di subornazione dei testimoni o di frode processuale di una parte a danno dell'altra⁽³⁷⁾.

Se constano le condizioni prescritte dalla legge in ordine alla qualità dei mezzi e alla maniera di produrli, le parti perfezionano il diritto all'ammissione delle prove e alla loro effettiva assunzione nel giudizio⁽³⁸⁾. Senza questa dimensione di realizzazione concreta, lo *ius ad probationes* resterebbe un'aspettativa illusoria e non costituirebbe una garanzia idonea a conseguire efficacemente l'interesse dei coniugi di dimostrare la verità delle proprie asserzioni e di contestare quelle dell'avversario. L'attuazione di queste legittime pretese viene rimessa peraltro all'*officium* del giudice, cui compete di accogliere gli strumenti proposti e di emanare i provvedimenti adatti a regolare la corretta produzione o formazione delle prove. Qualora l'istruttore decida di rigettare un'istanza per carenza dei requisiti prescritti⁽³⁹⁾, gli interessati possono esperire avanti al collegio un ricorso per la revoca del diniego, aprendo così una questione incidentale che viene definita *expeditissime*, senza possibilità di ulteriore reclamo contro la decisione⁽⁴⁰⁾. La parte che si sente gravata, potrà cu-

(37) Il fenomeno più ricorrente è l'ostruzionismo di una parte che cerca di impedire che si arrivi alla sentenza, proponendo innumerevoli istanze pretestuose, dirette solo a protrarre all'infinito la causa. Per ulteriori riflessioni si rinvia a C. GULLO, *Ostruzionismo processuale e diritto di difesa*, in AA.VV., *Iustus Iudex. Festgabe für Paul Wesemann zum 75. Geburtstag von seinen Freunden und Schülern*, Essen, 1990, 491 ss.

(38) Sul punto si veda A. STANKIEWICZ, *Le caratteristiche del sistema probatorio canonico*, cit., 596. Alla realizzazione di questo diritto possono opporsi anche ostacoli di fatto che impediscono la concreta acquisizione delle prove, ad esempio il rifiuto a comparire dei testimoni, che non può essere ovviato con il ricorso a mezzi coercitivi.

(39) In merito ai limiti all'esclusione delle prove, si deve notare come il can. 1527, § 1 del nuovo Codice lasci al giudice maggiore discrezionalità di valutazione sulla utilità e liceità dello strumento, rispetto alla corrispondente disposizione del can. 1749 del Codice del 1917 (cfr J. CORSO, *Le prove*, cit., 604).

(40) Can. 1527, § 2 e 1629, n. 5. In ordine all'identificazione del giudice legittimato a decidere il ricorso, non precisato nel can. 1527, § 2, la giurisprudenza ha sostenuto, nel caso di organo non monocratico, che la competenza spetta al collegio, sia ragionando per analogia dal can. 1505, § 4, sia richiamando la prassi interpretativa esistente con la normativa precedente (art. 69 *instructio Provida Mater*, art. 96 *Normae Sacrae Romanae Rotae*, del 29 giugno 1934) (si veda soprattutto il *decretum* c. Stankiewicz, *Rbeginen.*, 12 marzo 1987, in *Monitor ecclesiasticus*, CXII (1987), 301, nn. 7-9). Se il giudice è unico, l'istanza viene presentata avanti allo stesso. Le attuali *Normae Rotali*

mulare l'impugnazione della conferma del collegio con l'appello alla sentenza definitiva.

Per quanto attiene al metodo, le parti hanno diritto all'osservanza del contraddittorio nel sistema di acquisizione delle prove, così da essere messe in grado di esaminare e discutere ogni dato oggetto della decisione. I cardini essenziali per una corretta dialettica contenziosa consistono nel garantire, da un lato, una conoscenza reciproca e tempestiva delle iniziative istruttorie e, dall'altro, una parità di condizione e di poteri processuali per svolgere le opportune difese e deduzioni probatorie. Tali esigenze sono efficacemente protette unicamente se possono essere attuate nel momento preciso in cui si provvede alla raccolta e alla formazione del materiale. Al contrario, un riconoscimento limitato alla sola fase successiva di dibattito sugli esiti dell'istruttoria ridurrebbe le possibilità di tutela e renderebbe «peggiore» la posizione degli istanti, che si troverebbero a dover confutare *ex post* un risultato già acquisito agli atti⁽⁴¹⁾.

Nel processo matrimoniale canonico la dialettica contenziosa viene sufficientemente assicurata relativamente ai mezzi probatori già precostituiti, quali ad esempio i documenti, mediante la produzione dell'originale con il deposito in cancelleria⁽⁴²⁾ e la possibilità offerta agli avversari di prenderne visione anche prima della pubblicazione integrale degli atti⁽⁴³⁾. Riguardo agli strumenti cosiddetti «costituendi», invece, vale a dire da formarsi nel corso del giudi-

del 1994 prevedono espressamente all'art. 73 il ricorso al Turno contro i provvedimenti di rigetto della prova emessi dal ponente (per approfondimenti si rinvia ad A. STANKIEWICZ, *Le caratteristiche del sistema probatorio canonico*, cit., 596-597; ID., *Rilievi procedurali nel nuovo «Ordo iudiciarius» della Rota Romana*, in *Ius Ecclesiae*, VII (1995), 77).

(41) Per essere effettiva la garanzia del contraddittorio deve essere assicurata in modo tempestivo, nel corso della stessa formazione della prova, non tardivo nel successivo dibattito sui risultati. In questo senso si vedano M. TARUFFO, *Il diritto alla prova nel processo civile*, cit., 102; G. TARZIA, *Problemi del contraddittorio nell'istruzione probatoria civile*, cit., 643.

(42) Can. 1544.

(43) 1678, § 1, n. 2. Il diritto di esaminare gli atti nel corso dell'istruttoria, secondo una coerente interpretazione, dovrebbe essere riconosciuto anche alle parti che agiscono in proprio, dato che il can. 1678, § 2 esclude solo che possano assistere agli interrogatori. Tale conclusione viene affermata da C. GULLO, *Il diritto di difesa nelle varie fasi del processo matrimoniale*, in AA.VV., *Il diritto alla difesa nell'ordinamento canonico*, cit., 41.

zio⁽⁴⁴⁾, nella disciplina codiciale si assicurano di norma alle parti i diritti di essere informati sulle misure proposte e di partecipare al procedimento per l'assunzione della prova⁽⁴⁵⁾. Contemporaneamente, però, si prevedono incisive attenuazioni alla regola della pubblicità, che possono comportare un rilevante indebolimento del principio di difesa⁽⁴⁶⁾.

Le restrizioni del contraddittorio sono state determinate dalla preoccupazione sorta nel corso dei lavori di riforma, circa possibili utilizzazioni distorte della documentazione o delle notizie pertinenti alla lite, che avrebbero potuto essere sfruttate per fini diversi da una legittima tutela e risultare pregiudizievoli ad altri valori ritenuti degni di considerazione nella giustizia ecclesiale: la riservatezza delle questioni trattate, la serenità dei rapporti tra coniugi, l'incolumità fisica e morale dei testimoni e dei periti, la buona fama delle persone implicate nel giudizio, la protezione dell'attività dei tribunali da ingerenze *ad extra* della giurisdizione secolare⁽⁴⁷⁾. Per evitare simili pe-

(44) Tali sono gli interrogatori delle parti, le testimonianze, le perizie, le investigazioni, ecc.

(45) Cann. 1559 e 1678, § 1, n. 1 (circa l'assistenza dei patroni all'interrogatorio delle parti, alle deposizioni dei testimoni e all'esame dei periti); can. 1581, § 2 (sulla partecipazione del consulente privato all'esecuzione della perizia); can. 1582 (in merito alla necessità di concordare con le parti le modalità per eseguire l'accesso e l'ispezione giudiziaria). Benché quest'ultimo canone non preveda espressamente l'assistenza delle parti al procedimento, la dottrina ritiene ugualmente che abbiano diritto di essere presenti (cfr. L. DEL AMO, *Le prove, sub can. 1582*, in *Codice di diritto canonico, edizione bilingue commentata*, Roma, 1987, 1145-1146).

(46) Negli ordinamenti statuali, invece, il principio di piena pubblicità è comune a tutti i sistemi processuali, e le udienze sono sempre e inderogabilmente aperte alla partecipazione degli interessati (cfr. M. TARUFFO, *Prove (diritto comparato e straniero)*, cit., 1). «Un'istruttoria segreta, nell'assenza delle parti o di una di esse, sarebbe palesemente nulla; né varrebbero giustificazioni di carattere psicologico (*metus reverentialis* del teste o possibilità di ritorsioni) a giustificarla» (G. TARZIA, *Problemi del contraddittorio nell'istruzione probatoria civile*, cit., 645).

(47) Le *animadversiones* sono state espresse particolarmente «*contra publicacionem actorum quae in canone praecipitur sub poena nullitatis. Talis publicatio videtur periculosa quia difficiliores reddit relationes inter partes ..., quia etiam testibus exinde damna obvenire possunt, et quia in regionibus ubi iurisdictio Ecclesiae non agnoscitur deferri possunt ad tribunale civile, tamquam calumniose, depositiones factae a partibus vel a testibus. Quandoque acta processus ecclesiastici adhibentur ad promovendam actionem poenalem contra partem vel testes apud tribunal civile*» (*Communicationes*, XI (1979), 134). Tali considerazioni condussero alla redazione del testo della norma in forma sostanzialmente corrispondente all'attuale can. 1598, § 1.

ricoli la nuova normativa ha adottato varie cautele. In presenza di determinate condizioni, i diritti di agire e di avere gli strumenti di conoscenza non sono concessi direttamente ai soggetti privati, ma vengono attribuiti ai loro procuratori o avvocati, il cui comportamento offre maggiori garanzie di correttezza e di affidabilità in ragione del rapporto di fiducia che li lega al tribunale⁽⁴⁸⁾. Per altre attività, invece, le facoltà di esame e di risposta sono rimandate alla fase successiva a quella di assunzione della prova. Anche le forme di imposizione sono diverse: in certi casi queste misure sono disposte necessariamente dalla legge, mentre in altre ipotesi, sempre tassativamente previste dal Codice, le preclusioni possono essere ordinate in via eccezionale dal giudice, se lo ritenga opportuno per le contingenze della fattispecie concreta.

Una prima limitazione concerne la prerogativa a presenziare agli interrogatori, che l'ordinamento conferisce ai soli patroni delle parti private, oltre che ai pubblici funzionari, mentre per i coniugi stabilisce un divieto assoluto di assistervi⁽⁴⁹⁾. Tale disposizione delinea un trattamento deteriore delle parti nel giudizio matrimoniale rispetto sia al rito ordinario, dove il can. 1559 consente la presenza degli interessati alle deposizioni su concessione specifica del giudice, sia alle cause celebrate anteriormente alla riforma del Codice sotto il vigore dell'*instructio Provida Mater*, che all'art. 128 prevedeva un'analogo deroga. Questa esclusione di una partecipazione personale dei coniugi all'attività istruttoria, se indubbiamente pregiudica il loro diritto al confronto diretto con l'avversario, i testimoni o il perito, senza l'intermediazione del procuratore, in alcuni casi impedisce persino il contraddittorio pieno e tempestivo, qualora gli stessi soggetti agiscano nel processo da soli e privi dell'ausilio tecnico dell'avvocato⁽⁵⁰⁾.

⁽⁴⁸⁾ S. GHERRO, *Sul processo matrimoniale canonico: «pubblicazione degli atti» e dibattito*, cit., 496.

⁽⁴⁹⁾ Can. 1678, § 2. Nei lavori di riforma del Codice, la commissione incaricata ha escluso la proposta di introdurre il diritto delle parti di essere presenti agli interrogatori, con la motivazione: «*Presentia partis in omnibus interrogatoriis aliquo modo libertatem testis coarctat*» (*Communicationes*, XVI (1984), 66).

⁽⁵⁰⁾ Si registra un'insanabile contraddizione tra il can. 1481, § 3, che ammette i soggetti ad agire da soli nelle cause matrimoniali, e le disposizioni che restringono le facoltà di difesa per chi è privo di patrono (cann. 1598, § 1, 1678, §§ 1-2), discriminando quindi le posizioni processuali delle parti a seconda del diverso modo di costituzione.

Il diritto dei patroni di intervenire alle udienze probatorie, peraltro, può subire una restrizione ad opera del provvedimento del giudice che decida di procedere *sub secreto*, in base a ragioni di eccezionale gravità riferentisi alle circostanze di cose e di persone⁽⁵¹⁾. In questo modo viene preclusa la facoltà delle parti di ribattere durante l'escussione per provocare una confessione, una resipiscenza o un approfondimento con un controinterrogatorio immediato⁽⁵²⁾, in quanto il contraddittorio viene posticipato al momento in cui è consentito di prendere visione del verbale delle dichiarazioni, con la conseguenza di rendere più difficoltosa, se non impossibile, la deduzione di prove contrarie⁽⁵³⁾. Oltretutto, se il decreto limitativo viene adottato solo nei confronti delle parti private e non dei funzionari pubblici, viene pregiudicato pure il principio di eguaglianza nella dialettica di difesa e risulta alterato a danno dei soggetti sostanziali della lite l'equilibrio delle posizioni processuali⁽⁵⁴⁾.

Una riduzione ancora maggiore al diritto di conoscere le prove discende dalla scelta del giudice di non notificare i nomi dei testimoni prima degli interrogatori, con la conseguente preclusione per gli interessati pure di intervenire all'udienza di assunzione⁽⁵⁵⁾. Il provvedimento può essere adottato quando, secondo la prudente valutazione del magistrato, non sia possibile effettuare la comunicazione « senza gravi difficoltà », con l'unica condizione che le identità delle persone esaminate siano rese note almeno anteriormente alla pubblicazione delle deposizioni. Oltre alle rilevanti conseguenze sulla tutela delle parti, comuni alle precedenti limitazioni, questa disposizione rende in aggiunta incerta l'attuabilità dello *ius reprobandi*

⁽⁵¹⁾ Can. 1559 richiamato da can. 1678, § 1, n. 1.

⁽⁵²⁾ Attraverso la richiesta al giudice di porgere le domande all'interrogato, dato che nel processo canonico, a differenza dei sistemi di *common law*, è il giudice a porre le domande (can. 1561). Per la deposizione dei coniugi, la parte avversa può presentare i punti sui quali desidera che verta l'interrogatorio (can. 1533).

⁽⁵³⁾ La prova contraria risulterà di fatto impossibile se la parte non ha altri mezzi disponibili oltre al controinterrogatorio, che potrebbe non essere esperibile successivamente, per il rifiuto a presentarsi di nuovo del teste o della controparte. A ciò si devono aggiungere anche le complicazioni esposte *supra* circa la maggiore difficoltà di un contraddittorio tardivo, costretto a confutare *ex post* una prova già acquisita.

⁽⁵⁴⁾ Sulla necessità di conservare l'equilibrio tra le posizioni processuali, si rinvia a I. ZUANAZZI, *Le parti e l'intervento del terzo*, cit., 360-363.

⁽⁵⁵⁾ Can. 1554, che riprende l'art. 126, § 2 dell'*instructio Provida Mater*.

testium, dato che la richiesta di esclusione, in base alla riforma della nuova legislazione, deve essere presentata prima delle escussioni⁽⁵⁶⁾.

Un altro corollario fondamentale dello *ius ad probationes* richiede che sia stata oggetto di valutazione e discussione tra le parti la totalità degli elementi di fatto su cui il giudice deve fondare la sentenza⁽⁵⁷⁾. In vista di ciò il Codice sancisce a pena di nullità il principio di conoscibilità degli atti di causa, prescrivendo che al termine della raccolta delle prove il giudice con proprio decreto permetta alle parti di prendere visione degli elementi non ancora noti⁽⁵⁸⁾. Tale massima viene rafforzata nel giudizio matrimoniale, dove si riconosce ai patroni il diritto di vedere i documenti e i verbali dell'istruttoria anche prima della pubblicazione finale⁽⁵⁹⁾.

Con lo stesso provvedimento, il tribunale deve lasciare alle parti un congruo periodo di tempo per esaminare gli atti, per richiedere le ulteriori prove stimate opportune⁽⁶⁰⁾ e, successivamente, per sottolineare nel dibattito conclusivo le risultanze e gli argomenti ritenuti adeguati a convincere il giudice della credibilità della propria

⁽⁵⁶⁾ Nel Codice del 1917, giusta il combinato disposto dei cann. 1764, § 4 e 1783, n. 1, la *reprobatio* poteva essere fatta dopo la notifica dei nomi e prima della pubblicazione delle deposizioni. Perplessità sulla nuova normativa vengono manifestate da J.J. GARCÍA FAILDE, *Nuevo derecho procesal canónico*, Salamanca, 1984, 126.

⁽⁵⁷⁾ «Il diritto alla difesa esige di per sé la possibilità concreta di conoscere le prove addotte sia dalla parte avversa sia *ex officio*» (GIOVANNI PAOLO II, *Allocuzione alla Rota Romana del 26 gennaio 1989*, cit., 742, n. 6). Si vedano anche le osservazioni svolte in sede di revisione del codice: «*Ius partium inspiciendi acta intime conectitur cum iure defensionis*» (*Communicationes*, XVI (1984), 68).

⁽⁵⁸⁾ Can. 1598, § 1. Già prima della nuova disposizione, pur senza che il can. 1858 del vecchio Codice stabilisse un'esplicita sanzione, la pubblicazione degli atti era ritenuta a pena di nullità, dato lo stretto collegamento con il diritto di difesa. Sotto il profilo formale, l'invalidità era dedotta in base al can. 1680 (mancanza di un elemento essenziale del processo) e al richiamo per analogia del can. 1861, § 2, che richiedeva *ad validitatem* la pubblicazione del supplemento d'istruttoria. Per il dibattito dottrinale e giurisprudenziale, si rinvia a G. ERLEBACH, *La nullità della sentenza giudiziale «ob ius defensionis denegatum» nella giurisprudenza rotale*, cit., 258-264.

⁽⁵⁹⁾ Can. 1678, § 1, n. 2.

⁽⁶⁰⁾ Can. 1598, § 2. La pubblicazione del supplemento di istruttoria viene disposta dal giudice con un nuovo decreto «*si ... necessarium duxerit*». In giurisprudenza è stata ritenuta superflua tale formalità quando «*elapsum nondum sit tempus utile iam priori decreto statutum*» (*decretum*, c. Davino, *Mecblinien.-Bruxellen.*, p.n. 15398, in *Ius canonicum et iurisprudencia rotalis*, cit., n. 8). Data la facoltà potenziale della convenuta di esaminare gli atti presso il tribunale, non si considera leso il suo diritto di difesa per la mancata iterazione del provvedimento.

tesi⁽⁶¹⁾. L'adeguatezza dell'intervallo a disposizione delle parti per presentare le petizioni integrative, prima, e per redigere le defensionali, dopo, deve essere misurata secondo criteri pratici, che assicurino la possibilità reale di esercitare questi diritti, tenuto conto della difficoltà della causa, delle condizioni personali e del luogo di abitazione dei singoli protagonisti⁽⁶²⁾.

Circa le modalità concrete di attuazione del diritto di conoscenza, peraltro, la legge discrimina di nuovo tra la prerogativa dei pubblici ufficiali e degli avvocati, di poter ricevere una copia integrale della documentazione⁽⁶³⁾, e l'onere invece imposto ai coniugi

⁽⁶¹⁾ Can. 1601. Sul diritto delle parti a sostenere la propria tesi di verità con ragionamenti e valutazioni a margine delle risultanze istruttorie si veda S. GHERRO, *Sul processo matrimoniale canonico: «pubblicazione degli atti» e dibattito*, cit., 490).

⁽⁶²⁾ In dottrina si veda A. STANKIEWICZ, *Le caratteristiche del sistema probatorio canonico*, cit., 596. In giurisprudenza si ritiene invalido il decreto di pubblicazione sia quando abbia sottratto totalmente alle parti lo spazio di esercizio del diritto, sia quando abbia talmente ristretto i termini da renderlo moralmente impossibile: «*sententiam insanabiliter nullam esse ob iuris defensionis denegationem, si termini pro exhibitione probationum et argumentorum illustratione* "siano stati totalmente sottratti alle parti" ... *aut tam coarctata, ut parti conventae moraliter impossibile fuerit suas probationes exhibere*» (decisio c. Faltin, *Olomucen.*, 27 giugno 1991, cit., 149, n. 8). Si consultino anche i decreti c. Burke, *Ruremunden.*, 16 novembre 1989, in *Monitor ecclesiasticus*, CXV (1990), 268, nn. 6-8; c. Colagiovanni, *Sancti Antonii*, 11 dicembre 1990, p.n. 15.836, in *Ius canonicum et iurisprudencia rotalis*, cit., n. 5; c. Davino, *Ruremunden.*, 16 maggio 1991, in *Il diritto ecclesiastico*, CII (1991), II, 174, n. 6. Per garantire l'esercizio effettivo di questo diritto, si afferma anche il dovere di permettere l'esame degli atti presso il tribunale nella cui circoscrizione la parte convenuta ha il domicilio, qualora le sue condizioni economiche non le permettano di sostenere un viaggio troppo lungo (*decretum* c. Burke, *Angelorum in California*, 14 dicembre 1989, p.n. 15.685, in *Ius canonicum et iurisprudencia rotalis*, cit., nn. 8-9).

⁽⁶³⁾ Il can. 1598, § 1 prevede che gli atti siano consegnati ai patroni su una loro specifica *petitio*, mentre nella prassi questa non viene di regola richiesta e il sommario viene sempre fatto pervenire d'ufficio. Secondo GHERRO sussisterebbero i presupposti per sostenere la formazione di una *consuetudo contra legem*, giusta la quale gli atti spettano all'avvocato di diritto (*Sul processo matrimoniale canonico: «pubblicazione degli atti» e dibattito*, cit., 494). Al contrario GULLO ribadisce la lettera del canone, per cui i patroni non hanno diritto a pretendere la copia (*La pubblicazione atti e la discussione della causa*, cit., 680). Quest'ultima posizione viene confermata dalla giurisprudenza: «*Advocati autem, ut aptam defensionem clientium apparare valeant, actorum insuper exemplar petere possunt, etsi facultas id obtinendi eis non competit, cum traditio exemplaris actorum sit in potestate iudicis et a prudenti eius discretionem omnino pendeat*» (*decretum* c. Stankiewicz, *Arundellien.-Brichtelmestunen.*, 28 luglio 1994, in *Periodica de re canonica*, LXXXIV (1995), 556, n. 3).

che agiscono da soli di doversi recare nella cancelleria del tribunale a studiarla, con evidenti maggiori difficoltà e disagi per apprestare una completa e puntuale difesa⁽⁶⁴⁾. Per giunta, al giudice è consentito di contrarre ancora più intensamente il contraddittorio con la decisione di non rendere noto a nessuno il contenuto di qualche atto⁽⁶⁵⁾. Non dimeno, a norma dello stesso canone, una simile deroga al principio generale di pubblicità deve essere contenuta entro limiti rigorosamente precisati e da interpretare in senso stretto⁽⁶⁶⁾. Innanzi tutto, non può essere esclusa dalla pubblicazione l'intera attività istruttoria, ma solo qualche singola parte, quantitativamente e qualitativamente marginale, e che non abbia un'importanza decisiva ai fini della soluzione della causa⁽⁶⁷⁾. Inoltre, le motivazioni a sostegno del provvedimento devono essere gravissime, connesse all'esigenza di evitare pe-

(64) Ben diverso è avere il testo sott'occhio, che doversi affidare alla memoria o a brevi appunti. Lo schema di riforma del 1978, al can. 257, prevedeva la facoltà sia delle parti, sia dei patroni, cumulativamente, di avere copia degli atti. Tale disposizione è stata modificata dalla Commissione, in seguito alle preoccupazioni manifestate nel dibattito circa il pericolo di abusi ad opera dei soggetti privati (*Communicationes*, XI (1979), 134-135). GHERRO propone di lasciare al giudice la possibilità, secondo la propria valutazione discrezionale, di far avere copia degli atti anche alle parti che agiscono in proprio (*Sul processo matrimoniale canonico: « pubblicazione degli atti » e dibattito*, cit., 495-496). GULLO, invece, in considerazione dei lavori di riforma, afferma che le parti non solo non hanno il diritto, ma non possono mai ricevere la copia degli atti (*La pubblicazione degli atti e la discussione della causa*, cit., 679).

(65) «...in causis vero ad bonum publicum spectantibus iudex ad gravissima pericula evitanda aliquod actum nemini manifestandum esse decernere potest, cauto tamen ut ius defensionis semper integrum maneat » (can. 1598, § 1). Una simile eccezione non era prevista nel Codice del 1917, mentre l'*instructio Provida Mater* aveva disposto la facoltà del giudice, per gravi ragioni, di non rendere noto il nome di un teste, con la sola pubblicazione successiva del testo della deposizione (art. 130, § 2).

(66) « Riguardo alla menzionata possibile eccezione è doveroso osservare che sarebbe uno stravolgimento della norma nonché un grave errore d'interpretazione, se si facesse della eccezione la norma generale. Bisogna perciò attenersi fedelmente ai limiti indicati nel canone » (GIOVANNI PAOLO II, *Allocuzione alla Rota Romana del 26 gennaio 1989*, cit., 742, n. 6). Conforme la giurisprudenza: « *Omnes exceptiones in iure, praesertim cum agatur de iuribus personalibus limitandis, stricte interpretari debent* » (*decretum* c. Burke, *Camden.*, 21 giugno 1990, p. n. 15.780, in *Ius et iurisprudencia rotalis*, cit., n. 7).

(67) La sentenza che si poggia su atti rimasti segreti è insanabilmente nulla: « *Quoties enim probationes in toto ad normam legis ... non publicantur aut alteri parti, praeter culpam, etiam partialiter secretae manserint, sententia in eis fundata vitio nullitatis ex defectu legitimae defensionis laborat* » (*decretum* c. Gianecchini, *Venetiarum seu Vicentina*, 26 marzo 1987, in *Monitor ecclesiasticus*, CXIII (1988), 310, n. 2).

ricoli straordinari molto seri, reali e determinati, non meramente supposti, vaghi, generici o normalmente connessi alla dialettica processuale⁽⁶⁸⁾. Infine, il giudice deve garantire comunque alle parti la possibilità reale di esercitare i diritti di difesa⁽⁶⁹⁾.

È evidente, tuttavia, come sussista una radicale incompatibilità tra la conservazione di un minimo di facoltà di ribattere e la prescrizione *quod actum nemini manifestandum*⁽⁷⁰⁾. L'applicazione alla lettera del testo codiciale riuscirebbe quindi irragionevole, se non impossibile⁽⁷¹⁾, e per questo la dottrina e la prassi hanno introdotto l'uso di alcune misure precauzionali per attenuare la preclusione e rendere operante in qualche modo l'ultima clausola a tutela dei diritti degli interessati. Secondo le predette regole prudenziali, l'atto *sub secreto* dovrebbe essere quanto meno posto a conoscenza del patrono, pur con l'obbligo di non parlarne al suo assistito, né di farne menzione in alcuno scritto⁽⁷²⁾. Al coniuge privo di avvocato, dunque, il giudice sarebbe tenuto a nominarne uno *ex officio*⁽⁷³⁾, per as-

(68) In giurisprudenza si consultino i decreti c. Burke, *Camden.*, 21 giugno 1990, cit., n. 7; c. Davino, *Ruremunden.*, 16 maggio 1991, cit., 173, n. 4.

(69) Da garantire non in astratto ma in concreto. Si vedano le osservazioni critiche del decreto c. Burke, *Angelorum in California*, 14 dicembre 1989, cit., n. 8, perché il tribunale non usò tutti i mezzi permessi dalla legge per mettere la convenuta in grado di esercitare efficacemente i suoi diritti.

(70) Analoghe considerazioni critiche si trovano in C. GULLO, *La pubblicazione degli atti e la discussione della causa*, cit., 683.

(71) GHERRO parla di applicazione marginale e pressoché trascurabile (*Sul processo matrimoniale canonico: «pubblicazione degli atti» e dibattimento*, cit., 498).

(72) «*Si illud actum reapse momentum habet in ordine ad sententiam ferendam, et in actis causae manet, necessarium videtur ut idem cognoscere possit Patronus — si casus ferat, ex officio constituendus — partis vel partium, cui vel quibus ex Iudicis decreto idem actum celatum manere debet, saltem si eius vel earum positioni processuali de facto nocet. Qui patronus, uti patet, tali in casu non “pro forma” habetur, sed partem re vera defendere tenetur*» (F. DANEELS, *De iure defensionis. Brevis commentarius ad allocutionem Summi Pontificis diei 26 ianuarii 1989 ad Rotam Romanam*, in *Periodica de re canonica*, LXXIX (1990), 257). Tale testo viene ripreso alla lettera nei *decreta* c. Stankiewicz, 26 ottobre 1990, p.n. 15.657, in *Ius canonicum et iurisprudencia rotalis*, cit., n. 13; c. Davino, 16 maggio 1991, in *Il diritto ecclesiastico*, CII (1992), II, 173-174, n. 4. L'informazione dovrebbe concernere non solo gli atti ritenuti importanti per la sentenza, ma ogni documento, dato che risulta impossibile valutare pregiudizialmente l'importanza di una prova, prima della decisione effettiva.

(73) Al preside si riconosce il potere di nominare un avvocato d'ufficio, senza una previa istanza di parte, «*si necessariam aut opportunam aestimaverit huiusmodi nominationem ad efficacioris partis defensionem, eam decernit proprio actu insindacabili*» (de-

sicurare i presupposti di difesa e salvaguardare la parità di condizione tra contendenti. In aggiunta a ciò, si richiederebbe che i patroni, benché costretti al vincolo del silenzio, siano messi in grado di svolgere quelle essenziali attività di verifica dell'attendibilità delle fonti e di deduzione dei dati contrari, che costituiscono il nucleo inderogabile per un valido contraddittorio⁽⁷⁴⁾.

Ma nonostante siano osservati questi od altri accorgimenti, non sembra che un sistema così congegnato possa sufficientemente surrogare la negazione totale del diritto di essere informati da parte dei titolari sostanziali del rapporto matrimoniale. L'esclusione di un confronto aperto, infatti, anche solo su una parte della documentazione, riduce indubbiamente la capacità dei difensori di trovare le argomentazioni idonee a confutare gli esiti dell'istruttoria⁽⁷⁵⁾. Per di più, appare chiaramente in contrasto con la dignità della persona il fatto di privarla del diritto di conoscere notizie che la riguardano direttamente o abbiano comunque incidenza sulla sua vicenda coniugale ed impedirle di esprimere sulle stesse le osservazioni che reputa convenienti per sostenere la propria tesi di verità⁽⁷⁶⁾.

È importante ribadire come la garanzia di un'effettiva difesa implichi che i soggetti interessati possano prendere visione di tutto il materiale posto a base della decisione, per riuscire a svolgere una replica completa e particolareggiata. Per questo, oltre a quanto detto prima, si ritiene parimenti indispensabile che siano resi noti pure gli elementi di giudizio che il giudice non abbia tratto dalle affermazioni delle parti, ma di cui voglia ugualmente tenere conto di propria iniziativa. Tali possono essere le eccezioni sollevate d'ufficio su circo-

cretum c. Clementi, *Jannen.*, 18 luglio 1975, p.n. 11.263, in *Ius canonicum et iurisprudenzia rotalis*, cit., n. 13). Si vedano i can 1655, §§ 2-3 del Codice del 1917, l'art. 43, §§ 1-3 dell'*instructio Provida Mater*, il can. 1481, § 3 del Codice del 1983.

(74) Secondo GULLO l'avvocato può accettare il segreto solo se ha la possibilità di controllare la verità delle affermazioni e di controrribattere, pur senza parlare con il suo assistito, altrimenti è costretto a rigettare il segreto e a pretendere che l'atto venga reso pubblico oppure espunto dalla documentazione (*La pubblicazione degli atti e la discussione della causa*, cit., 684, con indicazione della giurisprudenza). Per GHERRO, deve essere consentito al patrono di svolgere le necessarie deduzioni sull'atto rimasto segreto, presentandole in una defensionale a parte (*Sul processo matrimoniale canonico: «pubblicazione degli atti» e dibattimento*, cit., 499).

(75) Argomenti che possono essere pienamente indicati solo dai diretti interessati.

(76) Senza contare, magari, che l'atto è stato posto sotto segreto proprio per la delicatezza delle accuse mosse verso la stessa persona, per gli scrupoli del testimone.

stanze pregiudiziali, integrative o contrastanti con i fatti allegati dalle parti⁽⁷⁷⁾, le presunzioni semplici desunte come conseguenze probabili da dati certi⁽⁷⁸⁾, altre prove atipiche formate al di fuori di quel determinato processo⁽⁷⁹⁾, ovvero ogni altra conoscenza che il magistrato abbia appreso direttamente o indirettamente sulle circostanze della causa⁽⁸⁰⁾. Secondo il principio del «*quod non est in actis non est in mundo*»⁽⁸¹⁾, il giudice è tenuto ad inserire queste fonti nell'incartamento ufficiale e a metterne al corrente quanti partecipano alla lite prima della decisione finale, mediante deposito dei relativi documenti, se disponibili, ovvero tramite una dichiarazione di scienza appositamente verbalizzata, o in qualsiasi altra forma ritenuta efficace⁽⁸²⁾. Il rispetto di siffatta regola di pubblicazione integrale consente di evitare giudizi «a sorpresa»⁽⁸³⁾, costruiti su presupposti sconosciuti alle parti, o sui quali non abbiano potuto dedurre le annotazioni critiche idonee a contrastarli⁽⁸⁴⁾.

(77) Can. 1452, § 2.

(78) Cann. 1584-1586. La presunzione sorge per lo più *in mente iudicis* al momento della decisione, con la conseguenza di disattendere generalmente il contraddittorio.

(79) Ad esempio atti di altri processi.

(80) Si vedano gli esempi citati da S. GHERRO, *Sul processo matrimoniale canonico: «pubblicazione degli atti» e dibattimento*, cit., 499-500. A norma del can. 1604, § 1 è proibito dare al giudice informazioni che restino fuori dagli atti di causa.

(81) Il convincimento deve essere desunto *ex actis et probatis* (can. 1608, § 2). Sui limiti oggettivi della decisione si rinvia per approfondimenti a J. LLOBELL, *La genesi della sentenza canonica*, in AA.VV., *Il processo matrimoniale canonico*, cit., 697-705.

(82) Per evitare la sostituzione della certezza processuale con la certezza soggettiva. Sul punto si veda anche C. GULLO, *Il diritto di difesa nelle varie fasi del processo matrimoniale*, cit., 83-84.

(83) «Si tratta in altri termini di situazioni nelle quali la decisione non deriva dal contraddittorio delle parti sulle prove, ma da autonome scelte del giudice, sottratte a qualunque previa discussione o contestazione delle parti. ... Al riguardo mette conto di rilevare che in realtà il vizio non sta tanto nel fatto che il giudice scelga come più attendibile una versione dei fatti controversi che non coincide né con quella proposta dall'attore, né con quella proposta dal convenuto (il che è da ritenersi perfettamente lecito), bensì nel fatto che tale scelta si fondi su elementi non previamente noti alle parti (o non previamente noti come rilevanti ai fini della decisione), sui quali quindi esse non hanno potuto svolgere difese e deduzioni probatorie» (M. TARUFFO, *Il diritto alla prova nel processo civile*, cit., 103). Conforme pure G. TARZIA, *Problemi del contraddittorio nell'istruzione probatoria civile*, cit., 654.

(84) Dal combinato disposto dei cann. 1600, § 1, n. 2, 1608, § 2 e 1620, n. 7, si può desumere il vincolo del giudice canonico a pronunciarsi solo su ciò che sia stato

Da ultimo, è importante ricordare che il momento terminale e lo scopo fondamentale del diritto alla prova si concentrano nella possibilità di influire efficacemente sull'accertamento dei fatti, attraverso la ricostruzione della realtà ricavabile dal complesso dei mezzi istruttori proposti, sia diretti che contrari. Il giudice naturalmente rimane libero di scegliere la versione che considera più convincente, ma per formare il proprio giudizio è tenuto a valutare previamente tutte le prove e le argomentazioni prodotte dalle parti, per vagliarne secondo coscienza l'efficacia dimostrativa e selezionare quelle che stima maggiormente attendibili e tali da condizionare in un senso o nell'altro la decisione⁽⁸⁵⁾. Per rendere conseguibile l'obiettivo, la motivazione della sentenza dovrebbe dare riscontro della completezza degli esiti probatori ed indicare analiticamente le ragioni che inducono ad accogliere alcune risultanze e a rigettare quelle opposte⁽⁸⁶⁾. In questo modo sarebbe possibile controllare, anche in sede di appello, se il ragionamento del collegio sia stato fondato logicamente sulle prove, o se al contrario sia stato desunto da posizioni aprioristiche, giustificate solo *a posteriori*, con una opportuna estrapolazione degli elementi confacenti dal materiale a disposizione.

In definitiva, si può concludere questa disamina sulle articolazioni del contraddittorio nella fase istruttoria, sottolineando come la soddisfazione dello *ius ad probationes* discenda dal rispetto di un complesso sistema di garanzie e di precauzioni, tanto intrinsecamente correlate e reciprocamente dipendenti che la negazione di un

oggetto di contraddittorio tra le parti, e, di conseguenza, a provocare il dibattito difensivo su tutto ciò che ritiene rilevante ai fini della decisione.

⁽⁸⁵⁾ Can. 1608, § 3. « In proposito bisogna anzi osservare che il diritto alla difesa viene effettivamente rispettato e reso operante laddove le valutazioni sui fatti che le parti operano nelle loro memorie defensionali — nei rituali *restricti* — vengano effettivamente prese in considerazione dal giudice » (S. GHERRO, *Sul processo matrimoniale canonico: « pubblicazione degli atti » e dibattimento*, cit., 493).

⁽⁸⁶⁾ « Si tratta di un punto di centrale importanza: giacché il richiamo totale e indiscriminato alle risultanze probatorie, come fondamento della decisione, rischia di vanificare completamente il controllo sull'osservanza della garanzia fondamentale del contraddittorio nel procedimento probatorio » (G. TARZIA, *Problemi del contraddittorio nell'istruzione probatoria civile*, cit., 655). « Il principio del libero convincimento non può essere efficacemente invocato in senso contrario, poiché esso implica la libertà del giudice nella determinazione dell'efficacia delle prove, ma non la libertà di trascurare prove potenzialmente efficaci per l'accertamento dei fatti » (M. TARUFFO, *Il diritto alla prova nel processo civile*, cit., 111).

singolo aspetto può pregiudicare il funzionamento dell'intero meccanismo di tutela. La coscienza del delicato equilibrio della dialettica processuale dovrebbe indurre il giudice canonico ad usare con la massima prudenza i propri poteri discrezionali, al fine di non precludere alle parti la legittima attuazione dell'inviolabile diritto di difesa.

3. *L'incidenza dei poteri del giudice sui diritti delle parti.*

Com'è noto, il regime processuale canonico viene qualificato di carattere «misto», in quanto combina la prevalenza del principio dispositivo nell'ambito sostanziale con la supremazia di quello inquisitorio sul piano processuale, con una ulteriore accentuazione delle possibilità d'iniziativa d'ufficio nelle cause, come quelle matrimoniali, considerate d'interesse pubblico. Nella fase istruttoria spettano al giudice poteri molto estesi di direzione dell'intera attività, che possono incidere profondamente sulle modalità di esercizio del diritto alla prova dei partecipanti alla lite. Si tratta infatti di attribuzioni non solo di natura strumentale, volte a stabilire i tempi e le forme di trattazione, ma anche di indole materiale, dirette a limitare, correggere o completare gli elementi su cui dovrà pronunciarsi la decisione, pur senza modificare i termini essenziali della controversia determinati dalle parti.

L'organo procedente è dotato, in via ordinaria, della competenza generale a moderare *in toto* la raccolta delle prove. A guisa di breve elencazione, si può ricordare che il magistrato incaricato dell'istruzione deve controllare gli strumenti adottati per ammettere quelli utili e leciti e rigettare gli altri (can. 1527, § 1); può sempre disporre l'interrogatorio delle parti se lo ritenga opportuno per scoprire la verità (can. 1530); dirige l'assunzione delle testimonianze (can. 1547); può ridurre il numero dei testi quando gli appaia eccessivo (can. 1553); richiede la prova peritale ogniqualvolta lo prescrive il diritto (can. 1680) o reputi necessario avere il parere di un esperto (can. 1574) e definisce con proprio decreto i quesiti da rivolgere (can. 1577, § 1); allorché gli sembri opportuno per la definizione della causa, può stabilire di recarsi in qualche luogo o d'ispezionare qualche cosa (can. 1582); può servirsi di testimoni sulla credibilità delle parti per valutare la loro deposizione (can. 1679); dichiara chiusa l'istruttoria quando la considera sufficientemente approfondita (can. 1599, § 2). Come norma di completamento del sistema, si prevede persino il potere del giudice di supplire alla negligenza de-

gli interessati e di assumere d'ufficio prove di qualsiasi tipo, nel caso che ciò risulti indispensabile per evitare una sentenza gravemente ingiusta (can. 1452, § 2) ⁽⁸⁷⁾.

In linea di principio, non sussiste incompatibilità tra i poteri istruttori del giudice ed il diritto alla prova delle parti ⁽⁸⁸⁾. Le iniziative d'ufficio svolgono anzi una funzione positiva, in quanto contribuiscono ad un accertamento più esteso della verità della causa, purché non si impongano come un monopolio esclusivo delle fonti di dimostrazione, ma lascino agli interessati una adeguata possibilità di far assumere gli strumenti idonei a suffragare la propria tesi. La garanzia degli interessi di tutela, in questa fase del processo, non si fonda soltanto sulla disponibilità della proposizione dei mezzi difensivi ⁽⁸⁹⁾, quanto soprattutto la realizzazione di un effettivo contraddittorio nei singoli momenti operativi di ammissione, assunzione e valutazione degli argomenti di prova. Unicamente l'assicurazione di questi diritti procedurali consente alle parti di partecipare concretamente alla precisazione della base materiale del giudizio e di influenzare realmente con la propria attività la formazione della decisione ⁽⁹⁰⁾. In tal modo, il diritto di difesa viene garantito non solo come possibilità teorica di rispondere alle deduzioni della controparte, ma nello stesso sistema pratico di esercizio, che ne assicuri l'efficacia dei risultati.

⁽⁸⁷⁾ «*Firmis praescriptis can. 1600*» (can. 1452, § 2). Sulla natura straordinaria di questa disposizione e sulla sua efficacia in ordine all'estensione della base materiale del giudizio, si rinvia a I. ZUANAZZI, *Le parti e l'intervento del terzo*, cit., 350-353.

⁽⁸⁸⁾ Anche nel diritto dello Stato sono previsti nell'ambito istruttorio complementari poteri inquisitori del giudice, in senso processuale (cfr. M. TARUFFO, *Prova (diritto comparato e straniero)*, cit., 1). Sulla distinzione tra inquisitorio in senso materiale e inquisitorio in senso processuale, si vedano R. BERTOLINO, *La tutela dei diritti nella Chiesa*, cit., 129-133; I. ZUANAZZI, *Le parti e l'intervento del terzo*, cit., 342-343.

⁽⁸⁹⁾ Il principio dispositivo da solo non consente di garantire pienamente la tutela degli interessi delle parti, se non è rafforzato dal contraddittorio nel momento operativo. Tali considerazioni sono espresse da M. TARUFFO, *Il diritto alla prova nel processo civile*, cit., 117-120.

⁽⁹⁰⁾ Queste legittime pretese delle parti possono essere eluse dal comportamento del giudice che abusando del potere di libero convincimento sui fatti, rigetti come inutili gli strumenti richiesti, o rifiuti di assumere quelli già ammessi in precedenza decidendo di chiudere anticipatamente l'istruttoria, ovvero non provochi il confronto dialettico sulle informazioni apprese d'ufficio, oppure nell'elaborare le conclusioni non tenga conto degli esiti oggettivi raggiunti con le prove di parte.

Di conseguenza, i poteri discrezionali conferiti al giudice per regolare la raccolta delle prove ed apprezzarne in seguito i risultati, non possono essere usati secondo criteri arbitrari e insindacabili, poiché restano necessariamente vincolati al rispetto delle precise prerogative processuali possedute dai soggetti della lite. Gli eventuali provvedimenti limitativi delle istanze di parte, quindi, dal momento che dispongono sull'esercizio di legittime pretese, non possono essere qualificati di carattere meramente ordinatorio, ma sono di natura veramente decisoria, e pertanto tenuti ad esporre in forma circostanziata le cause che fondano l'adozione di una determinata restrizione⁽⁹¹⁾. Tale motivazione, in definitiva, deve dimostrare di aver ponderato le diverse esigenze di difesa, da un lato, e di economia processuale, dall'altro, e di averle bilanciate alla luce sia del principio di ragionevolezza, che guarda alla rilevanza della richiesta in ordine all'esito del giudizio, sia di quello di eguaglianza, che prescrive la parità di trattamento tra i soggetti della dialettica contenziosa⁽⁹²⁾. In difetto di simile giustificazione, l'interessato può esperire la querela di nullità dell'atto, sia presso lo stesso giudice, sia avanti al collegio insieme con il ricorso volto a chiederne la revoca⁽⁹³⁾.

Sotto il profilo dell'incidenza sullo *ius ad probationes*, appare particolarmente delicata la decisione del giudice di accogliere o meno le prove prodotte dalle parti, dato che può condizionare il corso dell'istruttoria ed implicare già, in tutto o in parte, la decisione della causa. L'ammissione è subordinata ad un giudizio di utilità dei mezzi stessi, diretto a verificare il rapporto di inferenza oggettiva tra le informazioni ricavabili dalla fonte e l'accertamento di elementi essenziali della fattispecie, cosicché, se tali circostanze dovessero risultare suffragate, si darebbe un contributo decisivo alla risoluzione della controversia⁽⁹⁴⁾. Si tratta tuttavia di una valutazione prognos-

(91) Can. 1617. In questo senso, si veda A. STANKIEWICZ, *Le caratteristiche del sistema probatorio canonico*, cit., 596.

(92) Benché si rilevi che lo « *ius testes inducendi* » sia « *sub iudicis moderamine* », tuttavia si afferma: « *Certo res non inconsiderato vel inconsulto iudicis arbitrio relinquatur: idem prudentia, obiectivitate ac aequitate duci debet, praeiudicata remota mente, ne finis consequendus, acquisitio nempe veritatis et partium iurium tuitio praepediatur* » (*decisio* c. Funghini, *Piscarien.-Pinnen.*, 17 giugno 1992, in *Il diritto ecclesiastico*, CIV (1993), II, 285, n. 13).

(93) Cann. 1624-1625. Il ricorso può essere proposto a norma del can. 1527, § 2.

(94) Principio di rilevanza dei fatti: « *Frustra probatur quod probatum non relevat* ». Sul rigetto di prove che non attengono all' *obiectum litis*, si veda il *decretum* c.

stica che deve essere espletata in via ipotetica, prescindendo, cioè, dal possibile esito concreto della prova, e guardando invece alla idoneità astratta degli strumenti proposti a rappresentare il *thema probandum* ⁽⁹⁵⁾. Il giudice, quindi, non è abilitato a svolgere un esame preventivo sull'efficacia reale della dimostrazione, perché altrimenti verrebbe ad anticipare *a priori* un apprezzamento critico che è in grado di compiere solo *a posteriori*, dopo aver acquisito il materiale.

Analogamente, il pericolo di una preclusione pregiudiziale al diritto di difesa si riscontra anche nel caso in cui il giudice, per evitare l'inutile protrarsi del processo, disponga la riduzione delle prove superflue, sia che lo decida al momento della loro proposizione ⁽⁹⁶⁾, sia che lo stabilisca successivamente nei confronti di mezzi preliminarmente ammessi ma poi apparsi inutili in relazione all'esito di altre informazioni, e ordini perciò la chiusura d'ufficio dell'istruttoria ⁽⁹⁷⁾. Pure tale provvedimento presuppone un giudizio prognostico del magistrato sulla incapacità dello strumento a influenzare la formazione della propria decisione. Nondimeno, si può affermare con buona sicurezza l'irrelevanza di una prova soltanto se miri a dimostrare un fatto notorio o già pienamente assodato ⁽⁹⁸⁾, di modo che la richiesta appare ispirata esclusivamente da intenti dilatori ⁽⁹⁹⁾. In merito invece a prove che intendono contestare le risultanze precedentemente assunte o fornire una nuova versione della vicenda, non si può giungere con eguale evidenza alla medesima conclusione. Dato che il convincimento del giudice non raggiunge mai il grado della certezza assoluta, sarebbe illogico escludere che possa essere modificato da ulteriori rivelazioni ⁽¹⁰⁰⁾. Una basilare regola di prudenza esigerebbe invece che le istanze istruttorie siano ac-

Pompedda, *Suessana*, 27 aprile 1989, in causa *Iurium*, p.n. 14.800, in *Ius canonicum et iurisprudencia rotalis*, cit.

⁽⁹⁵⁾ «... il giudice non è autorizzato a valutare se il mezzo probatorio sortirà effetto positivo, ma è tenuto a sindacare se, dato per scontato il risultato positivo della prova, questa sia utile per la formazione del suo convincimento» (G. VERDE, *Prova (teoria generale e diritto processuale civile)*, cit., 620-621).

⁽⁹⁶⁾ Ad esempio, a norma del can. 1553, si riduce il numero troppo grande dei testimoni.

⁽⁹⁷⁾ Can. 1599, § 2.

⁽⁹⁸⁾ Sul rigetto di testimonianze su fatti già noti, si veda il *decretum* c. Pinto, *Matriten.*, 14 marzo 1983, in causa *Separationis et iurium incidentium*, p.n. 11.135, in *Ius canonicum et iurisprudencia rotalis*, cit., n. 17.

⁽⁹⁹⁾ Sul rigetto delle prove che sono motivate solo da intenti dilatori si veda la *decisio* c. Funghini, *Piscarien.-Pinnen.*, 17 giugno 1992, cit., 284-285, n. 13.

⁽¹⁰⁰⁾ In questo senso, M. TARUFFO, *Il diritto alla prova nel processo civile*, cit., 97-

colte e soddisfatte qualora sussista anche il minimo dubbio che siano potenzialmente idonee a integrare l'accertamento della verità, per non privare le parti del legittimo *ius ad probationes*.

Oltre ai poteri ordinari di direzione dell'attività, si è visto nel paragrafo precedente che al giudice canonico sono conferite pure facoltà straordinarie di limitare il contraddittorio, al fine di prevenire pericoli molto seri relativi al corretto e pacifico svolgimento del processo, nonché alla salvaguardia dei diritti delle persone. È bene notare, peraltro, che queste attribuzioni si fondano su circostanze eccezionali, e come tali da contenere nelle ipotesi specificamente previste, sulla base dei requisiti stabiliti⁽¹⁰¹⁾ e da sottoporre ad interpretazione stretta. Inoltre, considerata la profonda incidenza sulle prerogative di difesa delle parti, è necessario che i decreti restrittivi non solo contengano la motivazione particolareggiata della disposizione, da cui si evinca la presenza dei presupposti richiesti dalla norma⁽¹⁰²⁾, ma che le ragioni indicate siano proporzionalmente adeguate alla gravità delle conseguenze⁽¹⁰³⁾. Bisogna pertanto che il provvedimento trovi fondamento sull'effettiva comparazione critica svolta dal magistrato tra gli opposti interessi, pubblici e privati, che possono entrare in contrasto in una particolare situazione, e la specifica misura adottata essere giustificata dal confronto e dalla relazione equilibratrice tra i costi imposti e i benefici ricavabili, alla stregua di una scala d'importanza dei valori in gioco.

Sotto il profilo assiologico, non v'è dubbio che lo *ius ad probationes* con i suoi corollari rappresenti un ideale assoluto del giudizio,

98; G. VERDE, *Prova (teoria generale e diritto processuale civile)*, cit., 621-622; S. PATTI, *Prova (diritto processuale civile)*, cit., 3.

⁽¹⁰¹⁾ Can. 1554 (circa la non comunicazione dei nomi dei testimoni): «*si id, prudenti iudicis existimatione, fieri sine gravi difficultate nequeat, saltem ante testimoniorum publicationem fiat*»; cann. 1559 e 1678, § 1, n. 1 (sull'esclusione dei patroni dall'assistenza alle deposizioni): «*propter rerum et personarum adiuncta*»; can. 1598, §§ 1e 2 (sulla omessa pubblicazione di qualche atto): «*ad gravissima pericula evitanda... cauto tamen ut ius defensionis integrum maneat*».

⁽¹⁰²⁾ Tali decreti non possono essere considerati meramente ordinatori, quanto meno nella parte che decide sui diritti delle parti (cfr. S. VILLEGGIANTE, *Le questioni incidentali*, in AA.Vv., *Il processo matrimoniale canonico*, cit., 643-648). A norma del can. 1617, può essere esperita la querela di nullità contro il decreto privo di motivazione.

⁽¹⁰³⁾ Sull'obbligo di una esposizione circostanziata dei motivi seri che giustificano il provvedimento, si vedano i *decreta* c. Burke, *Camden.*, 21 giugno 1990, cit., n. 7; c. Doran, *Sancti Antonii*, 3 maggio 1990, p.n. 15.781, in *Ius canonicum et iurisprudencia rotalis*, cit., n. 11; *Litoris Palmen.*, 29 novembre 1990, p.n. 15.838, *ivi*, n. 9.

a causa della pertinenza all'inviolabile imperativo di difesa⁽¹⁰⁴⁾, e di conseguenza ad esso si deve riconoscere una rilevanza prioritaria rispetto ad altre esigenze strumentali di sicurezza o di economia processuale. Questi argomenti di carattere strettamente tecnico possono influire sulle modalità di attuazione del contraddittorio nella fase istruttoria, ma non certamente pregiudicare nella sostanza la garanzia assicurata alle legittime facoltà delle parti.

Neppure costituisce una ragione idonea l'intento di impedire le ripercussioni delle affermazioni delle parti o dei testimoni sui rapporti interpersonali con le persone interessate, dato che sono connaturali alla normale attuazione della dialettica processuale⁽¹⁰⁵⁾. Da un lato, si tratta di effetti che pur con la necessaria riservatezza del procedimento rispetto ai terzi estranei, nei confronti dei coniugi in causa non potrebbero essere evitati se non eliminando ogni forma di conoscenza e quindi abolendo del tutto il contraddittorio⁽¹⁰⁶⁾. Dall'altro, non sembra che sia giusto coprire con la totale immunità gli scrupoli o i timori di implicazioni giuridiche che fanno parte dell'ordinaria assunzione di responsabilità in capo a chiunque renda dichiarazioni nel processo⁽¹⁰⁷⁾.

La compressione delle facoltà di difesa può essere tollerata soltanto nelle ipotesi, peraltro eccezionali e residuali, in cui vi sia una concreta e alta probabilità che diritti di pari valore delle persone coinvolte nel giudizio siano messi a repentaglio dall'abuso dei propri poteri da parte di uno dei protagonisti del processo⁽¹⁰⁸⁾. Pure in

(104) «... il pieno rispetto per il diritto alla difesa ha una sua particolare importanza nelle cause per la dichiarazione di nullità del matrimonio, sia perché esse riguardano così profondamente ed intimamente la persona delle parti in causa, sia perché trattano dell'esistenza o meno del sacro vincolo matrimoniale» (GIOVANNI PAOLO II, *Allocuzione alla Rota Romana del 26 gennaio 1989*, cit., 743, n. 8).

(105) Quali fastidi nei rapporti interpersonali, o, nei casi più gravi, azioni di rivalsa in sede civile o penale.

(106) «Innanzitutto deve essere ben chiaro che la "pubblicità" del processo canonico verso le parti non intacca la sua natura riservata verso tutti gli altri» (GIOVANNI PAOLO II, *Allocuzione alla Rota Romana del 26 gennaio 1989*, cit., n. 8). Sulla subordinazione delle aspettative di riservatezza all'esterno dei testimoni rispetto al diritto di difesa delle parti, si veda il *decretum* c. Burke, 11 giugno 1992, in *Studia canonica*, XXVI (1992), 492-494, nn. 8-14.

(107) «D'altronde una persona deve avere il coraggio di prendere la propria responsabilità per ciò che dice, e non può avere paura, se ha davvero detto la verità» (GIOVANNI PAOLO II, *Allocuzione alla Rota Romana del 26 gennaio 1989*, cit., 743, n. 8).

(108) Analoghe considerazioni sono in C. GULLO, *La pubblicazione degli atti e la discussione della causa*, cit., 683.

queste circostanze, nondimeno, si deve prima verificare che non siano sufficienti o non possano essere praticati rimedi alternativi meno lesivi dei diritti processuali⁽¹⁰⁹⁾. In ogni caso, si può imporre solo una riduzione, non una completa preclusione del diritto alla prova. Il giudice, quindi, è tenuto ad adottare, oltre alle cautele prescritte dalla norma, qualsiasi legittimo accorgimento, anche straordinario o atipico, per assicurare nella massima estensione possibile l'interesse delle parti ad intervenire direttamente sull'attività istruttoria, e non solo in quell'espressione minima di dibattito sui risultati pubblicati che, come si è esposto nel precedente paragrafo, non sempre consente un'adeguata possibilità di azione.

4. *La rilevanza delle restrizioni allo ius ad probationes in ordine alla violazione del diritto di difesa.*

Per valutare l'effettiva tutela dello *ius ad probationes* nei processi canonici è necessario svolgere un riscontro concreto di come la giurisprudenza interpreti le norme attributive delle prerogative delle parti, quali condizioni ponga alla loro legittima attuazione, quali conseguenze riconduca all'eventuale violazione. L'analisi della prassi giudiziaria, purtroppo, mostra l'esistenza di una concezione molto riduttiva del diritto alla prova con i suoi indispensabili corollari, con un riconoscimento limitato delle garanzie di difesa.

A livello teorico si afferma generalmente la pertinenza dello *ius ad probationes* all'essenziale struttura dialettica del processo⁽¹¹⁰⁾, ma non tutte le sue espressioni sono considerate rilevanti ai fini dell'attuazione delle garanzie fondamentali del contraddittorio, così che la loro violazione possa condurre alla invalidità del processo per difetto di fattori costitutivi⁽¹¹¹⁾. La fattispecie di negazione del diritto di difesa si ritiene

⁽¹⁰⁹⁾ Tramite l'imposizione del segreto verso l'esterno a tutti coloro che intervengono nel processo «*quoties natura causae vel probationum talis sit ut ex actorum vel probationum evulgatione aliorum fama periclitetur, vel praebeatur ansa dissidiis, aut scandalum aliudve id genus incommodum oriatur*» (can. 1455, § 3, si veda anche il can. 1602, § 2) ovvero attraverso il controllo disciplinare nei confronti degli avvocati e procuratori (cann. 1470, § 2, 1487).

⁽¹¹⁰⁾ «*certo ipso naturali iure ius habent partes ad suas probationes, exceptiones et defensiones afferendas, quibus sane ipsa sententia definitiva inniti debet*» (decisio c. Heard, 28 luglio 1938, in S.R.R. *Decisiones*, XXX, 474, n. 3).

⁽¹¹¹⁾ Ragionando in base al can. 1680 del precedente Codice (che corrisponde sostanzialmente al can. 124 del testo ora vigente), una sentenza del Supremo Tribunale

realizzata solo nelle ipotesi in cui sia stato compromesso il « nucleo sostanziale » dei poteri di agire e di resistere in giudizio ⁽¹¹²⁾, con un conseguente pregiudizio reale sofferto dalle parti nella possibilità di far valere le proprie ragioni ⁽¹¹³⁾. Non configura invece un *vulnus irrepara-*

della Segnatura Apostolica (c. Sabattani, 17 gennaio 1987, in *Il diritto ecclesiastico*, CXIII (1988), II, 267-282), dichiarava: « *non omnis negatio legitimae defensionis importat iudicii atque sententiae nullitatem, sed solummodo illae quae eiusdem iudicii substantiam afficiunt* » (ivi, 272, n. 13). « *Ad substantiam instructionis processus pertinent probationes necessariae et defensiones legitimaе ... In concreto, ius defensionis seu contradictorium iudiciale consistit praecipue: a) in facultate inducendi probationes in iudicio; b) in facultate cognoscendi probationes a parte adversa adductas; c) in facultate exhibendi proprias deductiones, allegationes et defensiones; d) in facultate respondendi, saltem semel, deductionibus, allegationibus et defensionibus partis adversae.*

Unde, si possibilitas concreta exercendi omnes praedictas facultates denegetur, deest revera contradictorium iudiciale, ideoque processus est nullus quia in eo deficit id quod processum essentialiter constituit (can. 1680), idest contradictorium, quamvis singulae omissiones illorum actuum non secumferant nullitatem processus utpote non requisitorum sub poena nullitatis » (ivi, 273-274, nn. 13-14). Queste conclusioni vengono riprese dal *decretum* c. Giannecchini, Trib. reg. *Flaminii*, 23 maggio 1989, in *Monitor ecclesiasticus*, CXVII (1992), 499-507.

⁽¹¹²⁾ « *Sententia potius tantum est nulla quantum denegatio de qua agitur afficit eiusdem iudicii substantiam* » (decisio c. Doran, *Corporis Christi*, 28 aprile 1987, in *Il diritto ecclesiastico*, XCIX (1988), II, 27, n. 9).

⁽¹¹³⁾ In risposta ad una querela di nullità della sentenza di primo grado, sollevata d'ufficio, un *decretum* c. Pompedda (*Suratthamen.*, 17 giugno 1985, in *Il diritto ecclesiastico*, XCVI (1985), II, 271-276) ha sostenuto che le irregolarità pur gravi del procedimento (« *in casu defuerunt dubii concordatio, publicatio actorum, conclusio in causa et defensiones* ») non possono essere rilevate se non hanno determinato un concreto pregiudizio alle parti, in quanto « *canones ... positos fuisse haudquaquam ad meram processus sollemnitatem, verum ad rectam evolutionem causae servandam ...* » (ivi, 273, n. 14). Nella fattispecie non si riscontrava invece un interesse dei coniugi a far valere l'invalidità del giudizio, dato che « *partes iustitiae tribunalis certo certius se remittere voluisse conici debet; sua quidem iura in interrogatorio eadem defendere valuerunt; de facto sententiam sibimet utriusque favorabilem coniuges obtinuerunt* » (ivi, 274, n. 15). « *Concludendum quapropter est defuisse quidem iudicii sollemnitates sed essentialia processus ... tecta servata fuisse, atque ideo processus nullitatem nullomodo sustineri* » (ivi, 274, n. 16). Sulla necessità di dimostrare un pregiudizio concreto per sostenere la violazione del diritto di difesa, si pronunciano anche i *decreta* c. Serrano, *Romana*, 15 marzo 1985, n. 3 (in *Il diritto ecclesiastico*, XCVI (1985), II, 277) e c. Bruno, *Brooklynien.*, 31 ottobre 1986, p.n. 13.966 (in *Ius canonicum et iurisprudencia rotalis*, cit., n. 8).

Se appare equo considerare il bene concreto dei coniugi per non arrecare loro un ulteriore danno, non si può non sottolineare l'importanza di assicurare agli stessi il diritto ad un metodo legittimo di trattazione della causa, quale garanzia di una ricerca più approfondita della verità oltre che della giustizia della soluzione. Inoltre, è dubbio che ai giudizi matrimoniali, relativi anche al bene pubblico, possa essere applicata

bile la sola omissione di singole facoltà che in se stesse non sono ritenute una componente indispensabile della tutela, ma semplicemente un ulteriore, e preteribile, perfezionamento⁽¹¹⁴⁾. Il pregiudizio del diritto alla prova conduce pertanto alla dichiarazione di nullità insanabile della sentenza *ex can. 1620, n. 7* unicamente quando si inserisca nei vizi più gravi di carenza di un *minimum* di contraddittorio⁽¹¹⁵⁾ o di mancanza totale della fase istruttoria⁽¹¹⁶⁾.

Al di fuori delle fattispecie di preclusione radicale della dialettica contenziosa, l'inosservanza di particolari formalità poste a garanzia dei diritti delle parti può condurre all'invalidità degli atti processuali per una duplice causa: sotto il profilo virtuale, quando non si compiono neppure gli elementi che costituiscono la sostanza dell'operazione istruttoria e consentono l'esplicazione della sua specifica funzione all'interno del giudizio⁽¹¹⁷⁾; sotto il profilo testuale, se il

la regola che rimette il riscontro o la sanatoria degli atti processuali invalidi all'interesse dei privati (can. 1619).

⁽¹¹⁴⁾ «*Alia adhuc habentur, quae hanc facultatem sese defendendi faciliorem reddere possunt quaeque tamen, nisi sub nullitatis sanctione statuta sint, nullitatem nec actus nec sententiae secumferunt*» (decretum c. Davino, *Theatina seu Lancianen.*, 15 gennaio 1990, cit., 250, n. 7).

⁽¹¹⁵⁾ Si tratta di casi eclatanti in cui è stato negato radicalmente alla parte convenuta il diritto di conoscere gli stessi capi di nullità, oltre che di essere sentita in tribunale, di esaminare gli atti, di produrre prove ed in genere di controdedurre: «*Quare substantiali iure defensionis habetur is certo spoliatus, qui nec actioni a parte adversa in iudicium adductae contradicere valet propter agendi rationem ipsius Tribunalis, nec probationes tempore instructionis collectas impugnare, nec propriam declarationem iudicalem facere, nec argumenta exhibere quoad factum circa quod iudicium versatur*» (decisio c. Stankiewicz, *Portlanden. in Oregon*, 20 gennaio 1983, in *Monitor ecclesiasticus*, CIX (1984), 249, n. 8); «*Defensionis ius importat, ... tum facultatem probationes ab adversario allatas cognoscendi eiusdemque respondendi, cum potestatem proprias probationes ferendi necnon proprium constituendi advocatum. Ubi, ex parte tribunalis, haec omnia praetermissa fuerint certo certius adest in iudicio nullitas substantialis...*» (decisio c. Doran, *Corporis Christi*, 28 aprile 1987, cit., 26, n. 8). Si vedano anche i *decreta* c. Pinto, *Meien.*, 24 maggio 1985, in *Monitor ecclesiasticus*, CXIII (1988), 314-319; c. Serrano, *Ruremunden.*, 1 luglio 1988, in *Il diritto ecclesiastico*, C (1989), II, 425-432; c. Corso, *S. Sebastiani Fluminis Januarii*, 16 gennaio 1990, in *Monitor ecclesiasticus*, CXVI (1991), 314-318; c. Bruno, *Trib. reg. E. seu A.*, 15 luglio 1993, *ivi*, CXIX (1994), 329-340.

⁽¹¹⁶⁾ In questa causa il giudice, in aggiunta ad altre gravi irregolarità, non aveva neppure svolto la rituale istruttoria, ritenendo sufficienti per la decisione le investigazioni fatte in modo informale prima dell'inizio del processo: «*Nullitas sententiae igitur sive ex defectu totius processus sive ex denegato iure defensionis prorsus evincitur*» (decretum c. Di Felice, *Portlanden. in Oregon*, 9 maggio 1984, in *Monitor ecclesiasticus*, CIX (1984), 435, n. 5).

⁽¹¹⁷⁾ *Ad mentem* can. 124, § 1: sugli elementi essenziali della deposizione si veda

Codice stabilisce un'espressa sanzione dirimente a seguito dell'inadempiamento di determinati requisiti⁽¹¹⁸⁾. In entrambe le evenienze, si deduce dal can. 1622, n. 5 la nullità sanabile del procedimento e della sentenza che si regga su presupposti irregolari⁽¹¹⁹⁾.

Riguardo invece alle prerogative riconosciute da disposizioni non altrimenti salvaguardate dalla norma positiva, si esclude che possano determinare l'invalidità degli atti compiuti in loro violazione, dato il divieto di interpretazione estensiva delle clausole irritanti⁽¹²⁰⁾. Sebbene venga condannato come deplorabile il mancato rispetto dell'ordine processuale, tuttavia la giurisprudenza non ritiene che irregolarità di questo tipo, quand'anche siano state numerose nel corso del giudizio ed attuate in modo sistematico dalla prassi di alcuni tribunali, risultino sufficienti ad inficiare l'intero procedimento e, in via derivata, la decisione finale⁽¹²¹⁾.

L'irrilevanza di simili trasgressioni sembra tuttavia contraddire il dovere imposto al giudice di adempiere con fedeltà e assoluto rigore le prescrizioni di legge⁽¹²²⁾, e finisce per attribuire di fatto allo

il *decretum* c. Davino, *Theatina seu Lancianen.*, 15 gennaio 1990, cit., 250 e *decretum* c. Funghini, *Theatina seu Lancianen.*, 21 novembre 1990, p.n. 15.806, in *Ius canonicum et iurisprudencia rotalis*, cit., n. 7. Sulla sostanza della pubblicazione degli atti si confronti il *decretum* c. Clementi, *Jannen.*, 18 luglio 1975, n. 9, p.n. 11.263.

⁽¹¹⁸⁾ Come viene prescritto nel can. 1598, § 1.

⁽¹¹⁹⁾ Si veda il *decretum* c. Stankiewicz, *Arundellien.-Brichtelmestunen.*, 28 luglio 1994, cit., 560, n. 6.

⁽¹²⁰⁾ «*Solius canonicae legis nullitatis sanctione carentis violatio actus nullitatem non secum fert*» (*decisio* c. Doran, *Corporis Christi*, 28 aprile 1987, cit., 26, n. 8); «*Nec praetereundum nullitatem rem esse odiosam, ideoque sicut normae irritantes, quae eam statuunt (can. 14), strictae interpretationi subiectam*» (*decretum* c. Serrano, *Romana*, 15 marzo 1985, in *Il diritto ecclesiastico*, XCVI (1985), II, 277, n. 3).

⁽¹²¹⁾ «*Non una tantum legum proceduralium violatio invenitur, in casu, quae autem violationes non omnes secumferunt nullitatem decisionum praecedentium. Semper autem significant animi in procedendo et in discernendo aliquam saltem negligentiam, ne dicamus deprecabilem praetermissionem iurium fidelium, quod longe gravius est ipsius nullitatis decisionis*» (*decretum* c. Boccafola, *Desmoinen.*, 26 ottobre 1989, p.n. 15.266, in *Ius canonicum et iurisprudencia rotalis*, cit., n. 9). «*... dicere cogimur minime commendandam esse agendi rationem tribunalis, quod, bona fide, ad celeriter tractandas causas formalitates iuris non paucas praetermisit, quae quamvis decisionum nullitatem non secumferant, tamen splendorem administrationis iustitiae in Ecclesia inquinare possunt*» (*decretum* c. Davino, *Arcis Vorthen.*, 19 ottobre 1989, p.n. 15.019, *ivi*, n. 5).

⁽¹²²⁾ «La fedele osservanza della normativa positiva al riguardo costituisce un grave obbligo per gli operatori della giustizia nella Chiesa» (GIOVANNI PAOLO II, *All'occasione alla Rota Romana*, 26 gennaio 1989, cit., 741, n. 4).

stesso il potere arbitrario di autodispensarsi dall'osservanza delle formalità di rito⁽¹²³⁾. Al contrario, non si può ammettere la libera discrezionalità del magistrato di calpestare i diritti delle parti, e poiché si deve pur ricondurre una conseguenza giuridica all'attestazione di precisi *iura ad probationes*, bisogna quanto meno concedere agli interessati la possibilità di rimediare all'eventuale lesione per mezzo della proposizione di un ricorso incidentale al collegio, volto a chiedere la revoca del provvedimento istruttorio e la *restitutio ad integrum* nelle proprie situazioni giuridiche⁽¹²⁴⁾.

Una posizione restrittiva della giurisprudenza, invece, considera le attribuzioni delle parti che non siano protette da una sanzione di nullità, come facoltà accessorie e condizionate, subordinate alla valutazione discrezionale del giudice circa il grado e le modalità di attuazione. In questa prospettiva, viene negato il carattere assoluto del diritto dei patroni di assistere all'esame dei coniugi, dei testimoni e dei periti, a causa del potere concesso dalla legge al magistrato di procedere *sub secreto* «*propter rerum et personarum adiuncta*», tanto da ammettere che possa essere dallo stesso escluso con una decisione non vincolata neppure all'obbligo di renderne le ragioni, né suscettibile di alcuna impugnazione⁽¹²⁵⁾. È evidente come in questo modo si giunga addirittura ad invertire il rapporto regola-eccezione stabilito dal combinato disposto dei cann. 1678, § 1 e 1559, in base al quale il principio ordinario è dato dall'esistenza di un vero diritto dei patroni a partecipare alle udienze⁽¹²⁶⁾, mentre evento straordinario resta la sua riduzione. In quanto deroga alla massima generale, invece, tale limitazione dovrebbe necessariamente indicare gli specifici motivi che la giustificano, nel rispetto dei confini rigorosamente prescritti dalla norma, ed essere subordinata al controllo del collegio, esperibile *ad instantiam partis*.

(123) Siffatto potere di dispensa è stato al contrario escluso dal Codice dalle competenze del Vescovo diocesano (can. 87, § 1).

(124) In proposito, si veda il commento di C. GULLO al decreto c. Serrano, *Romana*, 15 marzo 1985, cit., 276-277.

(125) «*Ergo de iure quodammodo vigilato et iudicis discretioni subiecto agitur, qui suae decisionis rationes adducere non tenentur et contra illius procedendi modum electum recursus non datur*» (decretum c. Funghini, *Theatina seu Lancianen.*, 21 novembre 1990, cit., n. 4). Si veda anche la *decisio* c. Funghini, *Piscarien.-Pinnen.*, 17 giugno 1992, cit., 285-286, n. 14.

(126) Si confronti la diversa terminologia del can. 1678, § 1 («*ius est*») rispetto a quella del can. 1559 («*assistere possunt*»).

L'irrelevanza della violazione dei corollari del diritto alla prova, sostenuta dalla giurisprudenza, discende in definitiva da un'impostazione concettuale che sminuisce il ruolo della dialettica di difesa nella fase istruttoria. Gli elementi essenziali del contraddittorio vengono infatti contratti nei soli poteri astratti di proporre le prove e di ribattere ai risultati di quelle altrui⁽¹²⁷⁾, mentre non viene riconosciuta l'importanza di garantire l'intervento diretto ed immediato delle parti nei singoli procedimenti di assunzione delle fonti, al fine di contribuire efficacemente alla precisazione del materiale da porre a base del giudizio⁽¹²⁸⁾. Non v'è dubbio, infatti, che il momento e le modalità di esercizio hanno una notevole incidenza sulla determinazione dell'intensità e della forza esplicative dai mezzi di tutela.

In merito al diritto di conoscere tempestivamente gli strumenti probatori e di assistere agli interrogatori per mezzo dei patroni, risultano significative di questa visione riduttiva le decisioni che hanno dichiarato pienamente valide le deposizioni del coniuge o dei testimoni, malgrado fossero state omesse, per pura negligenza del tribunale, le preve comunicazioni alla controparte dei nomi degli esaminandi e delle date delle udienze⁽¹²⁹⁾. I giudizi vengono fondati su una duplice motivazione. Da un lato, si rileva che le norme in materia non prescrivono le notificazioni a pena di nullità. Dall'altro, si ritiene che alla parte « dimenticata » non sia derivato un grave pregiudizio, in quanto è stata pur sempre messa in grado nel prosieguo del processo di esaminare gli atti, di richiedere ulteriori prove e di esporre

(127) « *Procul dubio radicaliter laeditur defensionis ius si pars vocata in iudicium specificum petitionis alterius partis obiectum plane ignoret, si suas probationes per testes et documenta adducere vetatur vel impeditur, si quae ab altera parte adducta sint prorsus ei abscondita remanserit. His necessitatibus satisfit per canones 1508, 1511, 1620, n. 4, 1598, § 1* » (decisio c. Funghini, *Piscarien.-Pinnen.*, 17 giugno 1992, cit., 284, n. 12). In sostanza si salvano il principio della domanda e il principio della conoscibilità *ex can.* 1598, § 1 (sancito *sub poena nullitatis*).

(128) Si vedano le annotazioni svolte *supra*, al § 3, sull'insufficienza del solo principio della domanda se non viene integrato da un pieno ed efficace contraddittorio.

(129) *Decretum* c. Serrano, *Romana*, 15 marzo 1985, cit., 277-278; *decretum* c. Davino, *Theatina seu Lancianen.*, 15 gennaio 1990, cit., 249-251, confermato sul punto dal *decretum* c. Funghini, *Theatina seu Lancianen.*, 21 novembre 1990, cit., nn. 4-6. Si nota innanzitutto come l'omissione in entrambe le cause è da imputare all'inavvertenza dell'istruttore, quindi non solo non c'è stato alcun decreto che la disponesse, ma non sussistevano neppure le ragioni che avrebbero potuto giustificarla a norma dei cann. 1554, 1559 e 1678, § 1, n. 1.

in generale gli argomenti a proprio favore⁽¹³⁰⁾. In proposito si ritiene applicabile per analogia il disposto del can. 1433, che mantiene validi gli atti processuali compiuti nonostante la mancata citazione del difensore del vincolo e del promotore di giustizia, qualora questi abbiano potuto egualmente svolgere il loro compito prima dell'emanazione della sentenza⁽¹³¹⁾. Se la sanatoria viene sancita per l'inadempimento della notifica nei confronti dei pubblici ufficiali, la cui presenza è richiesta per la validità del processo, *a fortiori*, secondo i citati decreti, deve essere estesa all'inosservanza di simili formalità verso le parti private, le cui prerogative non sono protette a pena di nullità.

Analoghe deduzioni vengono svolte da un'altra decisione rotale riguardo ad un caso in cui la convenuta non aveva avuto notizia del supplemento di istruttoria chiesto ed ottenuto dall'attore in grado di appello, e ne era rimasta all'oscuro sino alla divulgazione finale degli atti⁽¹³²⁾. Dato che pure in questa fattispecie la parte aveva avuto comunque la possibilità, dopo la lettura della documentazione, di chiedere ulteriori istanze probatorie per contraddire alle dichiarazioni ivi contenute, si nega che vi sia stata una lesione sostanziale dei suoi diritti⁽¹³³⁾.

Le conclusioni raggiunte dai menzionati provvedimenti, in ordine all'inesistenza di un rilevante pregiudizio al *munus* difensivo per il difetto di una puntuale comunicazione e la conseguente impossibilità di partecipare agli interrogatori, sembrano contrastare con una considerazione più globale ed efficiente del diritto al contraddittorio. Sicuramente, infatti, una contestazione tempestiva, attuata

(130) Nel caso in cui non sia stata citata la parte convenuta, si sostiene che le sue ragioni siano state comunque difese dalla presenza del difensore del vincolo (*decretum* c. Serrano, *Romana*, 15 marzo 1985, 277, n. 3 e). Al contrario, sulla insostituibilità del diritto di partecipazione personale dei coniugi, si vedano le osservazioni svolte *supra* al § 1.

(131) *Decreta* c. Davino, *Theatina seu Lancianen.*, 15 gennaio 1990, cit., 249, n. 5; c. Funghini, *Theatina seu Lancianen.*, 21 novembre 1990, cit., n. 5.

(132) *Decretum* c. Burke, *Neten.*, 9 maggio 1988, p.n. 12.890, in *Ius canonicum et iurisprudencia rotalis*, cit. In proposito la difesa di parte convenuta aveva denunciato la violazione delle formalità di cui ai cann. 1533, 1554, 1559, 1564, 1570 1570, 1678, § 1, n. 2.

(133) «*Cum autem acta publicata cognovisset, fas ei erat ... novum iudiciale examen petere, asserta in acta contradicere, suas quaestiones proponere, alios testes inducere. Quod si non fecit, patet loqui non posse de violato iure defensionis in substantialibus*» (*decretum* c. Burke ult. cit.).

prima o durante la deposizione, risulta assai più agevole ed incisiva di una risposta tardiva, costretta a cercare di contrastare risultati già acquisiti agli atti, con un aggravio dell'onere probatorio, se non con vere preclusioni di diritto o di fatto all'esercizio dei propri diritti⁽¹³⁴⁾. Tale restrizione diventa tanto più ingiusta in quanto venga realizzata nei riguardi di una parte sola, con violazione del principio di parità di trattamento, e senza il riscontro delle ragioni sostanziali idonee a giustificarla.

Un'interpretazione restrittiva delle garanzie delle parti si può riscontrare anche nei confronti del principio di pubblicazione finale degli atti di causa, che pure viene considerato un presupposto essenziale per la valida attuazione del contraddittorio⁽¹³⁵⁾. A tenore del can. 1598, § 1, si prevede la sanzione di nullità per lo stesso fatto che il decreto non sia stato emesso o risulti privo di qualche requisito costitutivo⁽¹³⁶⁾. Secondo la volontà del legislatore, quindi, si tratta di una formalità da rispettare in se stessa, comunque e integralmente, per la funzione indispensabile che svolge nella dinamica processuale, diretta non solo a far conoscere la documentazione sia ai patroni sia ai coniugi, ma altresì a rendere definitivi e certi i termini della base materiale del giudizio⁽¹³⁷⁾. Non ha rilevanza, invece, ai fini dell'im-pugnabilità del procedimento, la circostanza che tale irregolarità ab-

⁽¹³⁴⁾ Per quanto riguarda le preclusioni di diritto, basti ricordare che la facoltà di chiedere l'esclusione di un teste deve essere proposta prima della sua escussione (can. 1555). Dopo questo termine resta come unico rimedio la richiesta di cancellazione dagli atti della deposizione. In merito alla preclusioni di fatto, si può citare l'aggravio dato dalla necessità di chiedere il riesame del teste, che può anche rifiutare di ripresentarsi.

⁽¹³⁵⁾ In senso contrario una sentenza emessa sotto il vigore del precedente Codice, ha sostenuto che non fosse necessario pubblicare gli atti per il convenuto che si fosse rimesso alla giustizia del tribunale, poiché in questa ipotesi il contraddittore dell'attore era solo il difensore del vincolo (*decisio* c. Brennan, *Vestmonasterien.*, 27 novembre 1958, in *S.R.R. Decisiones*, L (1958), 661, n. 3). Il collegamento essenziale della pubblicazione con il diritto di difesa viene invece sottolineato dall'attuale giurisprudenza: si vedano per tutti i *decreta* c. Funghini, *Parisien.*, 11 maggio 1994, in *Monitor ecclesiasticus*, CXIX (1994), 527-530, nn. 2-4; c. Stankiewicz, *Arundellien.-Brichtelmestunen.*, 28 luglio 1994, cit., 554-555, nn. 2-3.

⁽¹³⁶⁾ La violazione della norma comporta la nullità sanabile della sentenza *ex* can. 1622, n. 5.

⁽¹³⁷⁾ Il principio del «*quod non est in actis non est in mundo*» stabilisce i limiti oggettivi da cui il giudice deve trarre il proprio convincimento per la soluzione della causa (can. 1608, § 2), ed anche i termini dell'esame da parte del tribunale superiore per controllare l'itinerario decisionale (cann. 1474, 1634, § 3, 1682, § 1).

bia inciso o meno sull'esercizio pratico del diritto di difesa⁽¹³⁸⁾. Nondimeno, se le parti e i loro patroni non abbiano avuto modo di conoscere *aliunde* il contenuto degli atti e quindi sia stata preclusa ogni possibilità di ribattere, si ritiene che alla invalidità testuale si accompagni anche la nullità sostanziale, per carenza di un elemento indispensabile del giudizio⁽¹³⁹⁾.

Nonostante l'assolutezza del vigente comando di rendere note le risultanze istruttorie, qualche decisione successiva al nuovo Codice continua a collegare l'opponibilità del difetto all'avvenuta violazione di fatto del diritto di difesa⁽¹⁴⁰⁾. Nella prassi giudiziaria, pertanto, il principio di pubblicità non viene sempre adempiuto in modo da permettere la massima informazione possibile sui dati raccolti, ma si ritiene sufficiente assicurare i requisiti minimi di conoscibilità degli elementi sostanziali della causa, che paiono necessari per una tutela fondamentale, sebbene non piena, degli interessi delle parti.

Le limitazioni possono riguardare innanzi tutto l'oggetto da sottoporre all'esame dei partecipanti alla lite. Sono stati così esclusi dall'obbligo di divulgazione gli atti già noti alle parti o che non aggiungono nulla di nuovo⁽¹⁴¹⁾, i documenti che non riguardano la materia

(138) «*Neque dicatur ius defensionis in tuto collocari ex facultate advocatis concessa inspiciendi acta instructionis: lex nullitatem actorum descendere edicit non e denegato iure defensionis sed ex sola denegata facultate partibus perlegendi chartulas et tabulas processuales; nam haec nullitas, praeter omnem quaestionem de denegato defensionis iure per hunc defectum publicationis rectae, est nullitas testualis, ex positiva legislationis dispositione*» (decretum c. Doran, *Litoris Palmen.*, 29 novembre 1990, p.n. 15.838, in *Ius canonicum et iurisprudencia rotalis*, cit., n. 9). Secondo la medesima impostazione, il decreto c. Faltin, *Olomucen.*, 27 giugno 1991 (cit., 151, n. 11) asserisce che il decreto di pubblicazione è necessario anche quando non sono stati fatti nuovi interrogatori.

(139) Costituendo una figura particolare di violazione del diritto di difesa, si deduce la nullità insanabile della sentenza ex can. 1620, n. 7. In questo senso i decreta c. Stankiewicz, *Toletana in America*, 26 ottobre 1990, p. n. 15.657, in *Ius canonicum et iurisprudencia rotalis*, cit., nn. 14-15; c. Stankiewicz, *Arundellien.-Brichtelmestunen.*, 28 luglio 1994, cit., 560-561, n. 6.

(140) Per la giurisprudenza anteriore al nuovo Codice si veda la decisio c. Anné, *Briocén.*, 13 febbraio 1968, in *S.R.R. Decisiones*, LX, 90, n. 2: «... *omissio publicationis, saltem materialis, quorundam documentorum in actis contentorum, nullitatem sententiae tantum secumfert si exinde graviter laedetur ius defensionis*». Per quella successiva: decreto c. Colagiovanni, *Sancti Antonii*, 11 dicembre 1990, p. n. 15.836, in *Ius canonicum et iurisprudencia rotalis*, cit., nn. 6-10; Decreto c. Davino, *Ruremunden.*, 16 maggio 1991, in *Il diritto ecclesiastico*, (1991), II, 173, n. 3.

(141) Si veda la decisio c. Huot, 27 maggio 1980, citata da G. ERLEBACH, *La nullità*

della lite⁽¹⁴²⁾ o sui quali non si fonda la sentenza⁽¹⁴³⁾, i pareri tecnici allegati alle defensionali⁽¹⁴⁴⁾. È evidente, tuttavia, come siffatta discriminazione tra gli elementi da pubblicare finisca per attribuire al giudice un inammissibile potere arbitrario ed insindacabile di stabilire *a priori* le prove che saranno rilevanti o meno per la decisione, valutazione invece che può essere legittimamente compiuta solo nel momento terminale del giudizio, sulla base anche della discussione tra le parti. La comprensione riduttiva degli atti da denunciare, inoltre, pregiudica la stessa funzionalità del principio di pubblicità del processo, sotto il duplice profilo della tutela del contraddittorio e della certificazione ufficiale degli estremi materiali del giudizio. In tale sistema di garanzie dovrebbero comprensibilmente rientrare pure gli strumenti che se pur non costituiscono mezzi diretti di dimostrazione dell'oggetto della lite, forniscono peraltro criteri di valutazione o di integrazione degli esiti istruttori, idonei ad influenzare il convincimento del tribunale⁽¹⁴⁵⁾.

della sentenza giudiziale «*ob ius defensionis denegatum*» nella giurisprudenza rotale, cit., 267, nt. 445.

⁽¹⁴²⁾ «... non agitur de defectu defensionis circa hanc rem ad caput nullitatis matrimonii non pertinentem» (decisio c. Wynen, *Monopolitana*, 16 febbraio 1957, in S.R.R. *Decisiones*, XLIX, 104, n. 7). Si confronti anche la sentenza c. Anné, *Briocен.*, 13 febbraio 1968, cit., 89, n. 2.

⁽¹⁴³⁾ «... tunc tantum invocari poterit sententiae nullitas, quando de facto, ex omnia actorum evulgatione, defensionis ius violatum fuisse, quod et certissime contingere dices ubi neglecta prorsus fuerit omnium actorum evulgatione vel praecise actorum illorum quibus forte sententia innitatur. ... si vero his actis non nitatur sententia, nec istiusmodi manat nullitas» (decisio c. Davino, *Massilien.*, 1 aprile 1976, in S.R.R. *Decisiones*, LXVIII, 161-162, n. 3). Richiamano questa posizione per conformarvisi i *decreta* c. Colagiovanni, *Tribunal Ligusticum seu Clavaren.*, p.n. 15.671, in *Ius canonicum et iurisprudencia rotalis*, cit., n. 10; c. De Lanversin, *Romana*, 18 dicembre 1986, p.n. 14.929, *ivi*, n. 8; c. De Lanversin, *Trib. reg. Flaminii seu Caesenaten.*, 15 giugno 1988, p.n. 15.348, *ivi* n. 4.

⁽¹⁴⁴⁾ Le consulenze tecniche allegate sono considerate atti privati pertinenti alla difesa della parte e non agli *acta causae*: *decretum* c. Palestro, *Romana*, 18 giugno 1986, in *Il diritto ecclesiastico*, XCVII (1986), II, 496-498, nn. 4-6, confermato dal *decretum* c. De Lanversin, 18 dicembre 1986.

⁽¹⁴⁵⁾ L'importanza dei dati esplicativi o di dibattito per chiarire le prove, farebbe rientrare nella stessa categoria di *acta causae* le defensionali con i loro allegati (in questo senso M. LEGA - V. BARTOCETTI, *Commentarius in iudicia ecclesiastica*, Romae, 1950, II, 903). Tali elementi non pubblicati potrebbero rientrare nel divieto di dare e assumere informazioni *extra acta causae*, ai sensi del can. 1604, § 1.

Si può peraltro notare, per inciso, che l'esenzione del giudice dal dovere di notificare gli allegati degli atti di parte corrisponde alla minimizzazione della dinamica contenziosa, operante persino nella fase di discussione. A fronte delle sentenze che riconoscono l'obbligo della comunicazione reciproca delle defensionali a carico dell'ufficio giudicante⁽¹⁴⁶⁾, altre decisioni affermano il solo dovere di inserirle nella documentazione della causa, senza scambiarle tra gli interessati⁽¹⁴⁷⁾. Secondo quest'ultima posizione, alle parti si impone l'onere di un controllo continuo presso la cancelleria, per venire a sapere quando la memoria viene depositata e chiederne copia: se non si attivano, si presume che abbiano rinunciato alla facoltà di replica⁽¹⁴⁸⁾.

Rispetto alle modalità di concessione dell'esame degli atti, si registra l'abitudine di alcuni tribunali locali di impedire o rendere più difficoltoso nella pratica ai coniugi l'accesso alla documentazione di causa, per timore che possano usare delle informazioni ricevute a scopi vendicativi o di ritorsione. Tali condizioni troppo restrittive sono state generalmente corrette dalla più accorta giurisprudenza rotale, che ha affermato la necessità di assicurare concretamente e integralmente lo *ius inspiciendi* delle parti. È stato quindi respinto il metodo di dare solo un resoconto orale e sommario della sostanza della documentazione, in quanto non assicura a sufficienza il diritto dei partecipanti alla lite di avere un accesso diretto e personale all'intero complesso dell'incartamento ufficiale⁽¹⁴⁹⁾. Analogamente, si è

(146) A norma del can. 1603, § 1. Secondo la *decisio* c. Funghini, *Piscarien.-Pinnen.*, 17 giugno 1992, cit., 287, n. 17, l'obbligo di comunicazione sarebbe limitato al domicilio entro la circoscrizione del tribunale.

(147) Si vedano i *decreta* c. Gianneccchini, *Venetiarum seu Vicentina*, 26 marzo 1987, in *Monitor ecclesiasticus*, CXIII (1988), 311, n. 3; c. Gianneccchini, *Trib. reg. Flaminii*, 23 maggio 1989, cit., 502, n. 4.

(148) Del resto, si argomenta in queste decisioni ex can. 1606: «*si iudex, quibusdam in casibus, legitimam sententiam ferre potest absque scripturis defensionalibus, patet illas ad essentiam iuris defensionis per se non pertinere, sed potius ad eius integritatem, perfectionem et complementum, quia nihil sine sua substantia existere potest*» (*decretum* c. Gianneccchini, *Trib. reg. Flaminii*, 23 maggio 1989, cit., 502, n. 4). Non vi è tuttavia chi non veda la differenza tra una rinuncia volontaria delle proprie facoltà ed una privazione della possibilità di esercitarle per l'imposizione di condizioni di eccessivo aggravio per esercitarle.

(149) «*... ius defensionis requirit ut unaquaeque certior fiat de argumentis ab altera allatis; possibilitas scilicet realis ad acta perscrutanda partibus praebenda est, ita ut, allegationibus perpensis, videant utrum quaedam indicia vel argumenta per iteratam testium excussionem infirmare valeant, vel acta, novis testibus inductis, documentis etiam novis ex-*

ritenuto non adempiere validamente al comando del Codice il decreto che pone a carico delle parti l'onere di presentare entro un termine perentorio la richiesta di poter esaminare gli atti, e subordina la concessione o meno della possibilità di prenderne visione alla valutazione discrezionale del giudice⁽¹⁵⁰⁾.

Una problematica più articolata ha dato luogo l'applicazione della clausola derogatoria al principio di pubblicità, sancita dallo stesso can. 1598 § 1, secondo la quale il giudice per evitare pericoli gravissimi può decidere di tenere *sub secreto* qualche atto, « *cauto tamen ut ius defensionis semper integrum maneat* ». Sono state già espresse *supra*⁽¹⁵¹⁾ serie perplessità sulla complessiva giustizia della normativa, soprattutto per quanto riguarda la difficoltà di conciliare il precetto « *quod actum nemini manifestandum* » con la garanzia del diritto alla prova, nonostante le misure precauzionali che il magistrato è tenuto ad adottare. A maggior ragione deve essere riprovata l'utilizzazione *contra legem* di questo inciso ad opera della giurisprudenza di alcuni paesi⁽¹⁵²⁾, che ne ha trasformata la natura da dispo-

bibitis, complere queant» (*decisio* c. Burke, *Ruremunden.*, 16 novembre 1989, in *Monitor ecclesiasticus*, CXV (1990), 267-268, n. 5). Questa sentenza interlocutoria è stata tuttavia riformata sul punto dalla *decisio* c. Funghini, *Ruremunden.*, 29 novembre 1990, in *Il diritto ecclesiastico*, CII (1991), II, 188, 10, che ha ritenuto egualmente garantiti i termini minimi della pubblicazione. Una posizione conforme alla prima decisione è stata invece ribadita in un'altra causa *Ruremunden.* dal *decretum* c. Davino, 16 maggio 1991, cit., 174, n. 6.

⁽¹⁵⁰⁾ « *Decretum igitur directam inspectionem actorum nec partibus permittit nec id eis denegat, declarans potius quod, si intra quindecim dies inspectionem petant, ius inspectionis, per alterum decretum, vel concedetur vel denegabitur. Decretum igitur, in eo quod partes attinet, sicut decretum publicationis ad normam can. 1598, § 1, nequaquam considerari potest* » (*decretum* c. Burke, *Stocktonien.*, 15 novembre 1990, in *Monitor ecclesiasticus*, CXVI (1991), 412, n. 20).

⁽¹⁵¹⁾ Si vedano le osservazioni svolte al § 2.

⁽¹⁵²⁾ Si ricordano, in particolare, i moduli procedurali osservati da molti tribunali in Francia, negli Stati Uniti d'America e in Canada. Per l'analisi di questi sistemi ed il dibattito in dottrina, si vedano: T.J. GREEN, *Marriage nullity procedures in the schema De processibus*, in *The Jurist*, XXXVIII (1978), 394-396; Id., *The revision of the procedural law schema: implications for Tribunal practice*, *ivi*, XL (1980), 366-369; J.G. PROCTOR, *Procedural change in the 1983 Code: the experience of the ecclesiastical provinces of California*, *ivi*, XLIV (1984), 468-485; E.J. DILLON, *Confidentiality of testimony - An implementation of canon 1598*, *ivi*, XLV (1985), 289-296; L.G. WRENN, *Publications of the Acts, Conclusion of the Case and Discussion of the case (cann. 1598-1606)*, in J.A. CORIDEN, T.J. GREEN, D.E. HEINTSCHHEL, *The Code of Canon Law: A Text and Commentary*, New York, 1985, 991-992; Id., *Procedures*, Washington, 1987², 59-62; J.G. JOHNSON,

sizione eccezionale a regola generale⁽¹⁵³⁾. La limitazione dell'accesso dei coniugi alle risultanze probatorie viene motivata principalmente dalla preoccupazione che questi possano esperire presso le autorità giudiziarie dello Stato un'azione penale contro le affermazioni ivi contenute, ritenute lesive della propria buona fama, e chiedere altresì il risarcimento dei danni nei confronti della parte avversa, dei testimoni, dei periti o dello stesso tribunale ecclesiastico. Per evitare questo rischio, viene preclusa ai diretti interessati la lettura di tutti gli atti della causa o delle deposizioni in cui i testimoni abbiano chiesto che fosse mantenuta la riservatezza⁽¹⁵⁴⁾, mentre se ne consente la visione ai soli patroni e al difensore del vincolo⁽¹⁵⁵⁾.

Alcune decisioni rotali hanno dichiarato legittima quest'interpretazione estensiva del divieto di esame rivolto a tutti gli atti di

Publish and be damned: the dilemma of implementing the canons on publishing the acts and the sentence, in *The Jurist*, XLIX (1989), 210-240; A. FARRET, *Publication des actes et publication de la sentence dans les causes de nullité de mariage*, in *Studia Canonica*, XXV (1991), 115-138; M.R. MOODIE, *Fundamental Rights and Access to the Acts of a Case*, *ivi*, XXVIII (1994), 123-154.

⁽¹⁵³⁾ Per quanto riguarda gli Stati Uniti, si nota come la persistenza di simile prassi sia dovuta anche al fatto che sia stata influenzata dalle previgenti *Normae speciales* concesse il 28 aprile 1970 alla Conferenza Episcopale degli Stati Uniti dell'America Settentrionale con rescritto del Consiglio *pro Publicis Ecclesiae Negotiis*, e prorogate con lettera dello stesso Consiglio il 25 maggio 1974. Tali disposizioni attribuivano al giudice un potere più ampio, rispetto al dettato del can. 1598, § 1, di negare alle parti l'esame degli atti di causa qualora «*periculum adsit violandi iura secreti*» (art. 18). Inoltre, all'art. 22 stabilivano una sanatoria automatica dei vizi di nullità degli atti che non fossero stati contestati prima dell'emanazione della sentenza. «*Indulgentia concessa, tunc, forsitan in modo largiore quam una sana prudentia consuluerit, experientia testante in hoc ac in multis aliis casibus, veresimiliter contribuit levitati et incuriae in legibus proceduralis obtemperando quae a multis tribunalibus americanis postea demonstrata fuit, ob factum quod facile sanationis automaticae pro mendis iudicialibus remedium semper praesto adfuit*» (decretum c. Boccafolo, *Desmoinen.*, 26 ottobre 1989, cit., n. 7). Si veda anche M.R. MOODIE, *Fundamental Rights and Access to the Acts of a Case*, cit., 125.

⁽¹⁵⁴⁾ Nei tribunali di molte diocesi degli Stati Uniti la lettera di convocazione viene accompagnata da un apposito documento, in cui si chiede al testimone se desidera o meno che la sua deposizione venga fatta conoscere alle parti (c.d. *issue of confidentiality*). Questa precauzione dovrebbe servire a rassicurare e indurre a presentarsi le persone che possono paventare conseguenze negative dalla divulgazione delle proprie affermazioni. Sul «*Confidentiality of Testimony of Witness*», si veda: E.J. DILLON, *Confidentiality of Testimony ...*, cit., 290-292.

⁽¹⁵⁵⁾ Sui diversi gradi o livelli di segretezza seguiti di solito dai tribunali di alcune province americane, si veda J.G. PROCTOR, *Procedural change in the 1983 Code: the experience of the ecclesiastical provinces of California*, cit., 474.

causa, secondo la motivazione che, da un lato, si tratterebbe di una prassi ormai consolidata, dall'altro, il diritto di difesa resterebbe comunque garantito dalla concessione dello *ius inspiciendi* ai legali⁽¹⁵⁶⁾. Tale usuale interpretazione sarebbe in definitiva giustificata dalle peculiari condizioni politiche, sociali e giuridiche della nazione, che inducono a valutare in modo diverso e più ampio il pericolo dei gravi danni derivanti alla giustizia dalla divulgazione delle notizie relative al processo⁽¹⁵⁷⁾.

È evidente peraltro come una simile argomentazione conduca ad un'applicazione della clausola al di fuori dei presupposti stabiliti dal can. 1598, § 1. Difatti, proprio in quanto riconosciuto abituale, quest'ordine di procedere diviene una regola di comportamento da seguire di consueto, non soltanto in circostanze anomale, e per giunta sulla base di una presunzione generale di una situazione oggettiva del paese potenzialmente temibile, non in ragione di emergenze reali e puntualmente comprovate nella fattispecie⁽¹⁵⁸⁾. Oltre-

⁽¹⁵⁶⁾ «*Si conventae negatum est ius inspiciendi acta causae ... hoc factum fuit iuxta praxim servatam in Statibus Foederatis ad normam cuius plerumque acta vident solummodo partium advocati, quatenus sic servaretur substantia legitima defensionis*» (decisio c. Pinto, *Xilopolitanen.*, 9 novembre 1984, in *Monitor ecclesiasticus*, CX (1985), 319, n. 6). Conclusioni analoghe contengono i *decreta* c. Bruno, *Dallasen.*, 3 luglio 1987, p.n. 14.854, in *Ius canonicum et iurisprudencia rotalis*, cit., n. 2; c. Serrano, *Corporis Christi*, 10 marzo 1989, *ivi*, n. 7. Successivamente la posizione è stata ripresa dal decreto c. Colagiovanni, *Trib. reg. Halifaxien.-Edmunstonien.*, del 30 marzo 1993 (in *Monitor ecclesiasticus*, CXIX (1994), 535-544) che ha posto termine in terza istanza alla questione incidentale di nullità della sentenza di primo grado. Può destare meraviglia il fatto che lo stesso ponente in un precedente provvedimento abbia decisamente condannato tale pratica come contraria al diritto di difesa: «*Improbanda autem omnino est haec veluti praxis aliquorum Tribunalium ecclesiasticorum Americae Septentrionalis decidendi in damnum, quod iniustum certe constituit, alterius partis, vel utriusque, cum denegetur cor et fundamentum processus iudicialis in dialectica contradictorii fundati*» (*decretum* c. Colagiovanni, *Sancti Antonii*, 11 dicembre 1990, cit., n. 9).

⁽¹⁵⁷⁾ «*Ergo illa exceptio vel restrictio canonis 1598, § 1 quoad publicationem actuum, peculiaritate et diversimode verificari et applicari poterit iuxta diversas realitates iuridicas, politicas et sociales unde possit damnum grave provenire nedum oeconomicum, verum etiam sociale, et ideo pastorale, Ecclesiae vel communitati ecclesiali locali ...*» (*decretum* c. Colagiovanni, *Trib. reg. Halifaxien.-Edmunstonien.*, 30 marzo 1994, cit., 539, n. 14). Nella stessa decisione i *paventata damna* vengono indicati nella possibile subordinazione del processo canonico al giudizio delle autorità secolari, «*in illis nationibus ubi strictissima viget sic dicta "separatio Status et Ecclesiae vel cuiuslibet denominationis religiosae"*» (*ibidem*, 538, n. 10).

⁽¹⁵⁸⁾ Dalla lettura della motivazione *in facto* del *decretum* c. Colagiovanni risulta

tutto, il sistema sembra congegnato per scoraggiare invece che tutelare la partecipazione attiva delle parti⁽¹⁵⁹⁾, tanto che il giudice non si considera neppure vincolato a verificare se in concreto i coniugi siano in grado di accedere alle informazioni tramite l'ausilio di un patrono di fiducia, e, nel caso ne fossero privi, a nominarne loro uno d'ufficio⁽¹⁶⁰⁾.

Di contro alla tendenza a dilatare l'eccezione al principio di pubblicità, la maggioranza della giurisprudenza rotale ha ribadito fermamente le rigide condizioni stabilite dallo stesso canone per attuare la restrizione dello *ius inspiciendi*. Innanzitutto, si afferma che l'esclusione dall'esame può essere ammessa solo per qualche atto, specificamente determinato, non a tutti gli atti, né tanto meno a quelli essenziali per la decisione della causa⁽¹⁶¹⁾. Inoltre, si sottolinea che la limitazione deve essere adeguatamente motivata in forma cir-

che le presunte minacce della convenuta « *se actionem instituere velle adversus Ecclesiae* » (decretum, 30 marzo 1993, cit., 542, n. 20), in realtà erano una legittima rivendicazione del proprio diritto ad essere informata degli atti processuali, la cui violazione sarebbe stata altrimenti rilevata avanti alla corte statale (*ibidem*, 541, n. 17). Il tribunale ecclesiastico non avrebbe avuto quindi nulla da temere a rispettare le norme processuali, ma anzi sarebbe stato soggetto a critiche se le avesse trasgredite.

⁽¹⁵⁹⁾ Tale tendenza viene riscontrata anche nell'indagine svolta da J.G. PROCTOR, *Procedural change in the 1983 Code: the experience of the ecclesiastical provinces of California*, cit., 474.

⁽¹⁶⁰⁾ Mentre nella causa decisa dalla sentenza c. Pinto i giudici avevano avuto l'accortezza di nominare un avvocato d'ufficio alla convenuta (decretum 9 novembre 1984, cit., 318, n. 6), invece in quella considerata dal decreto c. Colagiovanni la convenuta è rimasta senza patrono: « *Sed hoc eidem est tribuendum ... eidem imputanda est culpa vel negligentia... Eidem ergo ius defensionis denegatum non fuit neque tribunalis officium erat eidem constituendo patronum ex officio* » (decretum 30 marzo 1993, cit., 543, n. 20). Per altre cause in cui è stato concesso lo *ius inspiciendi* solo ai patroni, malgrado che una o entrambe le parti fossero senza avvocato o procuratore, si vedano i *decreta* c. Doran, *Torontina*, 19 maggio 1988, p.n. 14.950, in *Ius canonicum et iurisprudencia rotalis*, cit., n. 12; c. Doran, *Edmontonen.*, 18 maggio 1989, p.n. 15.180, *ivi*, n. 10; c. Boccafola, *Neo-Eboracen.*, 25 luglio 1989, cit., n. 16.

⁽¹⁶¹⁾ « *Possibilitas impediendi ut partes quarum interest integra acta inspiciant percipio modo in canone circumscribitur: omnino oportet ut sit ob motiva exceptionaliter gravia ... quibus pensis iudex decernere potest ut aliquod actum nemini manifestetur. Hoc singulare verbum — aliquod — clare manifestat canon non contemplari, sed potius excludere, possibilitatem quod iudex impediatur ut pars vel partes ad integra acta accedant* » (decretum c. Burke, *Stocktonien.*, 15 novembre 1990, in *Monitor ecclesiasticus*, CXVI (1991), 408, n. 10). « *Quibus vocibus videntur indicari ea omnia quae ex instructione causae fundamentum constituunt pro sententia definitiva in iudicio ferenda! Unde ipso decreti tenore ius defensionis de quo in can. 1620, n. 7 necessario violatur!* » (decretum c. Doran,

costanziata, in merito ai danni gravi che concretamente e positivamente si teme possano derivare dalla conoscenza delle dichiarazioni svolte nel giudizio⁽¹⁶²⁾. Per questo, si invitano i tribunali a far uso della riserva di «*confidentiality*», per indurre qualche teste a deporre, solo se sia giustificata da un rischio obiettivo di un serio e probabile pregiudizio alla persona⁽¹⁶³⁾. Infine, si ritiene contraria alla legge la prassi di permettere la visione degli atti esclusivamente agli avvocati e non anche alle parti, giacché il testo del can. 1598, § 1 attribuisce espressamente tale diritto ai patroni e ai loro clienti, in modo cumulativo e non alternativo⁽¹⁶⁴⁾. Anzi, si è sottolineato come

Sancti Antonii, 3 maggio 1990, p.n. 15.781, in *Ius canonicum et iurisprudencia rotalis*, cit., n. 13).

⁽¹⁶²⁾ «*Tale esset periculum criminale iudicium subeundi, non vero coniectura iudicis timentis nullum testem deponere velle, si scit declarationem suam a parte cui nocet inspiciendum esse*» (decisio c. Pinto, Meten., 24 maggio 1985, in *Monitor ecclesiasticus*, CXIII (1988), 315, n. 2). «*... quatenus necessaria sit ad gravissima pericula, quae clare in decreto indicantur, vitanda. Tale est periculum criminale iudicium subendi pro aliquo teste, vel periculum revelationis anteaetorum horribilium in ruinam alicuius vel aliquorum absque ratione. Non vero coniectura iudicis timentis ne quis testis deponere velit, si scit declarationem suam illi cui nocet inspiciendam esse*» (decretum, c. Doran, Torontina, 19 maggio 1988, cit., 13). «*In canone, motivum exceptionis specificè indicatur: "ad gravissima pericula vitanda". Uti patet, ipsa pericula exceptionalia esse oportet; iudex insuper aliquomodo naturam periculi, eiusque gravitatis rationem, indicare debet. Insignis abusus foret si iudex modo arbitrario in hac materia egisset*» (decretum c. Burke, Camden., 21 giugno 1990, p.n. 15.780, in *Ius canonicum et iurisprudencia rotalis*, cit., n. 7).

⁽¹⁶³⁾ «*"Confidentialitas" ... invocari tamen a iudice ... legitime licet tantum cum testis in casu, si eius depositio nota fiat, periculo obiectivo gravis damni exponatur. Testibus autem non facile concedenda est licentia confidentialitatem invocandi; minus ad hoc eis suggerere vel insinuare iudici licet. Qui enim privatur scientia alicuius testimonii contra se allati, privatur simul possibilitate id refutandi; quod hoc eius iuris defensionis grave damnum inferre possit, nemo est qui non videat*» (decretum c. Burke, Angelorum in California, 14 dicembre 1989, cit., n. 7). «*Sedulo etiam vitari debent modulæ scriptæ ("forms"), vel indicationes orales, talibus in terminis redactæ ut testes ad "confidentialitatem" invocandam facile inducerentur*» (decretum c. Burke, Camden., 21 giugno 1990, cit., n. 7) Si veda anche la decisione c. Burke, 11 giugno 1992, in *Studia Canonica*, XXVI (1992), 492-494, nn. 9-14.

⁽¹⁶⁴⁾ «*Si aliquis voluerit decretum citatum, in adiunctis particularibus, iustificare, recordetur: partes ipsas nativum et independens ius habere ... et quidem ab ipso canone 1598 explicite preservatum, acta causae inspiciendi, iuribus distinctis advocatorum a canone recognitis nonobstantibus*» (decretum c. Boccafolo, Neo-Eboracen., 25 luglio 1989, cit., n. 16). «*...iudex debet sive partibus sive earum patronis permittere inspectionem actorum. Lex non dicit: partibus vel earum advocatis, sed et. Unde simpliciter non sufficit ut patroni tantum perlegere possint acta causae*» (decretum c. Doran, Litoris Pal-

la norma sia da interpretare proprio nel senso di garantire la difesa personale dei coniugi, dato che l'interesse dei patrocinatori può essere già soddisfatto dalla facoltà di vedere le risultanze probatorie prima della pubblicazione finale⁽¹⁶⁵⁾.

Attenersi al dettato letterale del canone significa certamente rispettare l'ordine gerarchico dei valori coinvolti nel giudizio, che la norma rispecchia e vuole tutelare attraverso un delicato equilibrio di rapporti: l'interesse privato a partecipare attivamente all'*iter* di accertamento del proprio matrimonio, il fine pubblico di verità e di giustizia, il desiderio di riservatezza dei testimoni. Questi beni non rivestono tuttavia lo stesso grado di importanza. Il diritto di difesa delle parti, infatti, ha natura assoluta e prioritaria, in quanto corrisponde ad un attributo inviolabile della persona e costituisce un elemento essenziale della struttura contenziosa del processo. Il carattere confidenziale delle deposizioni, invece, viene sancito e protetto soltanto in via eventuale, in subordine al riscontro di precise condizioni, e purché si possa assicurare comunque la facoltà di ribattere dei diretti interessati⁽¹⁶⁶⁾.

Invero, non sembra giusto riconoscere alle persone interrogate in giudizio il diritto a chiedere che venga conservato il segreto sul contenuto

men., 29 novembre 1990, cit., n. 9). Si tratta di un'obbligazione testuale ulteriore alla semplice tutela dei presupposti minimi del diritto di difesa, se le parti sono assistite dai patroni: « ... *ambitus dictae obligationis publicationis ... iuris defensionis confines interdundum exsuperat. ... Licet enim in casu huiusmodi partes iure se defendendi practice non priventur, cum earum nomine advocati defensionem ad normam iuris efficaciter exercere valeant, nihilominus id genus exclusio graviter laedit ius invisendi acta, quod sub poena nullitatis norma canonica partibus et earum advocatis cumulative cognoscit, non vera alternative tantum* » (*decretum* c. Stankiewicz, *Arundellien.-Brichtelmestunen.*, 28 luglio 1994, cit., 560, n. 7). Se il patrono rappresenta la parte come procuratore, è sufficiente la sola notificazione all'avvocato: « ... *tribunal legem adimplere si tantum avvocato, qui sit et procurator, significet vel notificet quae partibus et avvocato sunt notificanda* » (*decretum* c. Funghini, *Parisien.*, 11 maggio 1994, cit., 533, n. 79).

⁽¹⁶⁵⁾ « *De partibus imprimis agitur, quia patroni (quorum tamen facultas heic confirmatur) iam ex can. 1678 ius acta inspiciendi habent. Intentio can. 1598 ... in eo sistere videtur ut ipsae partes, praecisione facta ab eodem iure patronis concesso, acta per seipsas inspicere possint ac earum ius defensionis servare queant* » (*decretum* c. Burke, *Camden.*, 21 giugno 1990, cit., n. 6; si veda anche dello stesso ponente il *decretum*, 11 giugno 1992, cit., 491, n. 4). A maggior ragione tale formalità deve essere adempiuta se la parte agisce da sola (cfr. *decretum* c. Stankiewicz, *Toletana in America*, 26 ottobre 1990, cit., n. 16).

⁽¹⁶⁶⁾ Sulla prevalenza del diritto di difesa si vedano anche le considerazioni e le citazioni esposte *supra* al § 3.

delle loro affermazioni e ne sia interdetto l'esame ai partecipanti alla lite⁽¹⁶⁷⁾. Il Codice prevede esclusivamente la possibilità di essere esonerati dal dovere di rispondere a favore di coloro che sono tenuti al segreto d'ufficio⁽¹⁶⁸⁾ o di chi tema dalla propria testimonianza infamia, pericolosi maltrattamenti o altri gravi mali, per sé o per il coniuge o i consanguinei o gli affini più vicini⁽¹⁶⁹⁾. Questa è la sola misura stabilita dalla legge per proteggere i terzi dagli inconvenienti molto seri potenzialmente derivanti dal fatto di aver deposto⁽¹⁷⁰⁾, ed è altresì l'unica soluzione che risulta compatibile con un'effettiva garanzia del diritto di difesa delle parti, in quanto appare senz'altro più equo, dal punto di vista del contraddittorio, che il teste non venga affatto sentito, piuttosto che sia negato alle parti il diritto di conoscere le sue dichiarazioni e di potervi controdedurre⁽¹⁷¹⁾. Ma se non sussistono le valide ragioni richieste dalla norma, i convocati sono obbligati a riferire quello che sanno e ad assumersi tutte le responsabilità, anche penose, di quanto hanno esposto⁽¹⁷²⁾.

⁽¹⁶⁷⁾ Il segreto come diritto della persona è sostenuto da S. VILLEGIANTE, *Il diritto di difesa delle parti nel processo matrimoniale canonico*, Roma, 1984, 42-43; A. FARET, *Publication des actes et publication de la sentence dans les causes de nullité de mariage*, cit., 116-127.

⁽¹⁶⁸⁾ Can. 1548, § 2, n. 1. Peraltro, il segreto sulle notizie conosciute in ragione del ministero, carica o professione, non protegge la riservatezza di chi le ha apprese, quanto piuttosto l'interesse di chi le ha fornite, che può però rinunciare al proprio diritto e liberare il teste dal divieto di parlare.

⁽¹⁶⁹⁾ Can. 1548, § 2, n. 2. Per i documenti vi è un'analogia disposizione nel can. 1546.

⁽¹⁷⁰⁾ Il Codice, pertanto, non riconosce alcun potere di opzione, né in capo al teste né al giudice, di scegliere tra l'essere esonerato ed il deporre con riserva di segreto, come invece afferma S. VILLEGIANTE, *Il diritto di difesa delle parti nel processo matrimoniale canonico*, cit., 43.

⁽¹⁷¹⁾ «It is clear that the fairness of a trial is less prejudiced by the absence of one such witness than by the inadequate protection of the rights of the parties themselves» (*decretum* c. Burke, 11 giugno 1992, cit., n. 14).

⁽¹⁷²⁾ Can. 1548, § 1. Pure l'ipotesi «Right of Confidentiality» nella giurisdizione degli Stati Uniti, che a parere di WRENN (*Procedures*, cit., 59) dovrebbe valere per tutte le dichiarazioni rese ad un sacerdote (c.d. *clergy privilege*), in realtà secondo l'analisi di MOODIE (*Fundamental Rights and Access to the Acts of a Case*, cit., 143-144) si applica solo per le informazioni rese «during a context of pastoral counseling», non nell'espletamento di altre funzioni ecclesiali, quali l'attività giudiziaria: «Witness testimonies enjoy a limited confidentiality — the acts of the case may only be disclosed to those permitted by law... It is unlikely, then, that a witness would have any firm legal basis for bringing suit against a tribunal because the witness's testimony was inspected by the parties. U.S. Supreme Court precedent favors the rules of ecclesiastical tribunals».

La segretezza non può essere ragionevolmente giustificata neppure nell'ottica di un maggiore incentivo all'accertamento della verità sulle vicende di causa, per il fatto che potrebbe rassicurare le persone e convincerle più facilmente a parlare. Al contrario, l'esclusione del controllo delle parti impedisce di verificare la sincerità e l'effettiva corrispondenza alla realtà delle affermazioni dei testi, potendo addirittura favorire le deposizioni mendaci⁽¹⁷³⁾. Per di più, un'immotivata riservatezza conferisce al processo un'apparenza di clandestinità, se non persino un sospetto di collusione tra i giudici ed uno dei soggetti della lite, che nuocciono irrimediabilmente al buon esito della giustizia⁽¹⁷⁴⁾.

La necessità di seguire un'interpretazione stretta della clausola limitativa dello *ius inspiciendi* contenuta nel can. 1598, § 1 si evince pure dall'analisi dei lavori di riforma del nuovo Codice. Nonostante le obiezioni sollevate da alcuni consultori proprio in relazione ai cennati timori di azioni di ritorsione⁽¹⁷⁵⁾, la Commissione incaricata non ha ritenuto di dover cambiare la formula della norma e di mitigare il precetto di pubblicazione, a causa della diretta connessione di questa regola con il diritto di difesa⁽¹⁷⁶⁾. I redattori, pertanto, hanno inteso trasfondere nel testo di legge la precisa volontà di garantire comunque le prerogative di conoscenza delle parti, malgrado i rischi che possono derivare alla comunità e dei quali il legislatore era piena-

⁽¹⁷³⁾ «*Immo qui scit neminem lecturum sua effata non raro liberius loqui solet quam veritas sinit; qui autem novit partes habere ius inspiciendi acta saepe veracior redditur*» (decretum c. Doran, *Torontina*, 19 maggio 1988, cit., n. 13).

⁽¹⁷⁴⁾ «*Oportet insuper iudices non immemores esse quod recursus ad confidentialitatem, cum hoc non plene iustificatur, tendit ad molestam auram clandestinitatis conferendam integro processui quo iustitia defenditur*» (decretum c. Burke, *Angolorum in California*, 14 dicembre 1989, cit., n. 7). Per analoghe osservazioni, si veda M.R. MOODIE, *Fundamental Rights and Access to the Acts of a Case*, cit., 153.

⁽¹⁷⁵⁾ Una prima modifica proponeva di aggiungere al testo la precisazione che alle parti si sarebbe data notizia degli atti «*nonnisi ad eundem generalem sensum communicandum*», mentre una seconda suggeriva di togliere dai documenti l'indicazione dei nomi dei dichiaranti ed ogni notizia atta ad identificarli (*Communicationes*, XVI (1984), 68). Il fatto che queste idee siano state rigettate come inique dalla Commissione, dovrebbe convincere dottrina e giurisprudenza a non riproporle di nuovo, o, peggio, ad applicarle.

⁽¹⁷⁶⁾ «*Admitti nequit. Canon sufficienter providit ultima clausola. Alia ex parte non potest regula generali hoc ius, quod intime conectitur cum iure defensionis, negari*» (*ibidem*).

mente consapevole⁽¹⁷⁷⁾. I termini letterali dell'eccezione rappresentano quindi i limiti massimi entro i quali è consentita una legittima restrizione del contraddittorio.

Ad estendere i confini di questa deroga non vale neppure invocare il motivo di una paventata ingerenza della giurisdizione dello Stato nell'amministrazione della giustizia ecclesiale, volta a sindacare l'eventuale violazione dei diritti civili dei cittadini nel corso del processo canonico⁽¹⁷⁸⁾. Pure nei Paesi ove vige il principio di separazione tra l'ordinamento secolare e quello religioso, la Chiesa gode di autonomia nell'organizzazione e nello svolgimento delle funzioni istituzionali, di modo che le decisioni rese a seguito di un regolare processo in materie di propria competenza debbono essere rispettate dalle corti statuali⁽¹⁷⁹⁾. I tribunali ecclesiastici dovrebbero invece

(177) Secondo un'opinione dottrinale, questa considerazione induce ad escludere che sia corretto eludere i confini della prescrizione per adattarla alla situazione reale in ossequio al principio di *epikeia* (se il legislatore avesse saputo, avrebbe stabilito diversamente): «*The drafting committee (and probably the legislator himself) took cognizance of the specific problems publication of the acts could engender, and canon 1598, § 1 is precisely the law they devised to respond to them*» (J.G. JOHNSON, *Publish and be damned: the dilemma of implementing the canons on publishing the acts and the sentence*, cit., 221).

(178) In Italia risultano alcune sentenze in tema di diffamazione, per il carattere lesivo dell'altrui reputazione di alcune circostanze riferite nelle deposizioni rese avanti ai tribunali ecclesiastici, che concludono per la non punibilità del reato, in applicazione dell'esimente di adempimento di un dovere prevista dall'art. 51 c.p. (Pretura Noteresco, 30 settembre 1969, in *Il diritto ecclesiastico*, LXXXII (1971), II, 161-165; Pretura Roma, 23 febbraio 1970, *ivi*, 166-180 e in *Foro Italiano*, XCVI (1971), 20-26), quanto meno in forma putativa (Pretura Roma, 11 aprile 1970, in *Il diritto ecclesiastico*, LXXXII (1971), II, 180-191 e in *Foro Italiano*, XCVI (1971), 15-20). Sulla possibilità di estendere anche ai giudizi ecclesiastici la scriminante di cui all'art. 598 c.p. (per offese contenute in scritti o discorsi emessi davanti all'autorità giudiziaria) si veda in senso contrario: Pretura Bari, 30 novembre 1951, in *Foro Italiano*, *Repertorio*, v. *Ingiuria*, n. 79 e Pretura Roma, 23 febbraio 1970, cit. In dottrina esprimono invece una posizione favorevole G. OLIVERO, *Diffamazione in giudizio ecclesiastico ed esimente dell'art. 598 cod. pen.*, in *Giurisprudenza Italiana*, (1951), II, 231-239; G. MANTUANO, «*Libertas convicii*» davanti ai tribunali ecclesiastici e diritto penale dello Stato, in *Il diritto ecclesiastico*, LXXXII (1971), II, 162-190.

(179) «*Conditionem iuridicam tribunalium ecclesiasticorum in Statibus Foederatis non tam differentem esse a conditione tribunalium ecclesiasticorum in multis aliis nationibus. Concesso quod sententiae ecclesisticae in illa natione ob principium separationis Ecclesiae a Statu effectos civiles minime habent, nihilominus, idem principium prohibet immixtionem Status et implicationem legum statalium cum materiis religiosis, visa prima emendatione documento constitutivo Statuum Foederatorum a. 1787, quae praecise in tecto servat liberum exercitium religionis*» (decretum c. Boccafola, *Neo-Eboracen.*, 25 lu-

maggiormente preoccuparsi del giudizio della società civile nel momento in cui non osservano le norme di procedura e impediscono l'esercizio dei diritti processuali delle parti, non solo sotto il profilo di una condanna⁽¹⁸⁰⁾, quanto di una disapprovazione morale e giuridica di un comportamento contrario ai valori di giustizia così acutamente sentiti dalla cultura scientifica e dalla mentalità comune del mondo contemporaneo⁽¹⁸¹⁾. È evidente, infatti, che se la soppressione della pubblicità viene disposta per prevenire un grave danno

glio 1989, cit., n. 17). Sul rispetto delle decisioni riguardanti controversie interne delle comunità religiose negli Stati Uniti, si vedano: W. BASSETT, *Christian Rights in Civil Litigation: Translating Religion into Justiciable Categories*, in *The Jurist*, XLVI (1986), 229-288; M.R. MOODIE, *Fundamental Rights and Access to the Acts of a Case*, cit., 144. In particolare vengono citati alcuni precedenti della Corte Suprema: «*In short, the First and Fourteenth Amendments permit hierarchical religious organizations to establish their own rules and regulations for internal discipline and government, and to create tribunals for adjudicating disputes over these matters...*» (*Serbian Orthodox Diocese v. Milivojevic*, 426 U.S. 696 (1976) 724); «*In the absence of fraud, collusion or arbitrariness, the decisions of the proper Church tribunal on matters purely ecclesiastical, although affecting civil rights, are accepted in litigation before the secular courts as conclusive...*» (*González v. Archbishop of Manila*, 280 U.S. 1 (1929) 16). Sul punto si confronti anche *Jones v. Wolf*, 443 U.S. 595 (1979).

⁽¹⁸⁰⁾ La stessa esperienza dimostra come anche negli Stati Uniti il rischio di azioni giudiziarie contro la parte avversa o i testimoni sia irrisorio: «*The report of civil involvement is minimal, only three or four cases being of even slight significance, and these cases apparently have been settled before any litigation whatsoever. Thus, many of the worries concerning confidentiality and civil entanglement have not yet been verified*» (J.G. PROCTOR, *Procedural change in the 1983 Code: the experience of the ecclesiastical provinces of California*, cit., 484).

⁽¹⁸¹⁾ «*Sed iam age: etiam ubi viget separatio illa inter Ecclesiam et Statum, Caesar aderat adest aderit, observantia prudenti tractandus cum non sit semper noster inimicus, haudquaquam tamen est ei serviendum obsequio vili cum sit raro magister noster, ne prodatur Veritas. Sed Caesar incitabitur ad tribunalia ecclesiastica violanda ubi primum suspicabitur ea fora non adamussim servatura proprias eorum leges canonicas, nominatim leges processuales, et magis in specie leges de personae individuae eiusque dignitatis defensione inter strepitus iudiciales. Pro tribunalis ecclesiasticis hodie est sicut semper erat: serva ordinem, et ordo servabit te*» (decretum c. Doran, *Sancti Antonii*, 3 maggio 1990, cit., n. 9). «*Proinde, cum agitur de dialogo cum civilibus iurisperitis, argumenta in lege naturali fundata adducentibus, perperam faciunt iudices ecclesiastici qui impressionem causant quod huiusmodi argumenta pro eis nullum momentum habent. Illi qui in hoc sensu imprudentes sunt, legis canonicae ac Ecclesiae tribunalium existimationem detrectant apud illos iurisperitos civiles pro quibus iustitia et authentica iura humana separanda non sunt*» (decretum c. Burke, *Stocktonien.*, 15 novembre 1990, cit., 410, n. 14). Uguali preoccupazioni esprimono W. BASSETT, *Christian Rights in Civil Litigation: Translating Religion into Justiciable Categories*, cit., 248; J.G. JOHNSON, *Publish and be damned: the dilemma of imple-*

economico e sociale, a maggior ragione dovrebbe essere evitato il deplorevole scandalo che la costante negazione delle garanzie di difesa provoca sia all'interno, sia all'esterno della comunità dei fedeli⁽¹⁸²⁾.

In conclusione, si può rilevare come la collaborazione richiesta dalla procedura canonica tra il giudice e le parti per giungere all'accertamento della verità sul matrimonio presupponga fondamentalmente la valorizzazione del ruolo specifico dei diversi soggetti nella dinamica contenziosa ed il rispetto delle situazioni giuridiche che consentono a ciascuno di prestare efficacemente il proprio contributo alla formazione della decisione finale. Per realizzare questo obiettivo bisogna, per quanto riguarda i coniugi e i loro patroni, che tengano un comportamento responsabile e leale, solerte nell'adempimento degli atti giuridici idonei alla prosecuzione della causa, senza maliziosi ostruzionismi⁽¹⁸³⁾. Per quanto attiene al magistrato, invece, conviene che non abbia pregiudizi ingiustificati o atteggiamenti aprioristici di sfiducia nei confronti delle parti, ma favorisca e promuova ogni iniziativa e partecipazione che siano utili al dibattito processuale e aiutino a far luce sulla validità o meno del consorzio nuziale⁽¹⁸⁴⁾.

menting the canons on publishing the acts and the sentence, cit., 240; M.R. MOODIE, *Fundamental Rights and Access to the Acts of a Case*, cit., 154.

⁽¹⁸²⁾ «... *minime probandum est propositum conventae recurrendi ad iudicem laicum contra gravamina decisionum tribunalium ecclesiasticorum... Sed pariter agnoscendum est verum scandalum... audire et nosse denegationem ipsius iuris naturalis necnon canonici ad sese defendendum in causa canonica coram aliquo tribunali ecclesiastico...*» (decisio c. Stankiewicz, *Portlanden. in Oregon*, 20 gennaio 1983, cit., 256, n. 17). «*Proinde, etsi illa exhortatio paulina ut fideles dissensiones suas apud auctoritates saeculares non deferant (I Cor. 6) morale pondus adhuc possidet, non tamen esset rationabile sperare ut christiani, si vident canonicos iurisperitos minus conscios esse quam saeculares naturalium iurium fidelium, huiusmodi pondus sentiant. Si hoc accidisset, quisne tunc affirmare poterit illegitimum esse pro parte apud tribunal civile recurrere ad remedium contra canonicam decisionem obtinendam? Ac quisne admiratione afficeretur si tribunal saeculare in eius favorem decidere?*» (decretum c. Burke, *Stocktonien.*, 15 novembre 1990, cit., 410, n. 16).

⁽¹⁸³⁾ In tal senso si veda S. GHERRO, *Sul processo matrimoniale canonico: «pubblicazione degli atti» e dibattito*, cit., 489.

⁽¹⁸⁴⁾ La propensione di alcuni tribunali a considerare e trattare come «ostili» le parti e soprattutto quella convenuta, è stata biasimata dal Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica in un decreto emesso il 14 maggio 1987 in una causa *Edmontonien.*: «(G)ravem perturbationem animi conventae... seu dolorem qui haud raro evenit apud catholicos matrimonium sancte colentes considerari non posse signum "hostilitatis" erga Ecclesiam eiusque tribunal matrimoniale nec puniri exclusionem a iuribus processualibus...» (provvedimento citato nel decretum c. Doran, *Edmontonien.*, 18 maggio 1989, cit., n. 9).

Giurisprudenza

Pagina bianca

TRIBUNALE DELLA ROTA ROMANA - *Interamnen.* - *Narnien.* - *Amerina* - Nullità del matrimonio - Esclusione della prole - Sentenza definitiva - 5 aprile 1995 - De Lanversin, *Ponente* (*).

Matrimonio - Consenso - Simulazione - Esclusione della prole - Prole *in suis principiis*.

Matrimonio - Consenso - Simulazione - Esclusione della prole - Distinzione tra diritto e uso del diritto - Esclusione temporanea e rimando della prole.

Matrimonio - Consenso - Simulazione - Esclusione della prole - Esclusione assoluta e perpetua - Principio di irrilevanza della esclusione *ad tempus* per accordo reciproco - Rilevanza della esclusione *ad tempus* unilaterale senza riconoscimento del diritto altrui.

Nella determinazione del contenuto della classica espressione « bonum prolis », dobbiamo mirare più la prole « in suis principiis » che la realtà della prole, mettendo l'accento sulla dimensione procreativa degli atti coniugali (cfr. nn. 5-6). Quando il contraente nella celebrazione del matrimonio rifiuta il diritto agli atti « per se aptos » alla generazione della prole e quindi non vuole assumere l'obbligo di dare il cosiddetto debito coniugale, distrugge l'ordinazione teleologica stabilita dal Creatore per il consorzio coniugale e perciò configura una unione nulla, che non è veramente coniugale, proprio perché un suo elemento essenziale od oggetto formale (cf. can. 1055, § 1), viene rifiutato con volontà positiva (cfr. n. 6).

La distinzione tra diritto ed esercizio del diritto andrebbe confermata, perché non sarebbe una distinzione artificiosa ma risponde alle reali possibilità psicologiche della persona: « Quae distinctio haud mere speculativa est cum ad modum agendi hominum pertineat ». Infatti, oggi non è infrequente che i contraenti arrivino al matrimonio con la decisione di rimandare la prole a un momento migliore e più sicuro, senza che questo implichi una volontà positiva contraria alla di-

(*) Sentenza pubblicata in RRDec. vol. LXXXVII (1995), pp. 252-259. Vedi nota di H. Franceschi F. alla fine delle due sentenze.

mensione procreativa degli atti coniugali. In questi casi, in linea di principio, siamo di fronte ad un abuso, non a una vera esclusione della prole (cfr. n. 7).

Si può parlare di tre diverse specie di esclusione del bene della prole che vanno analizzate per determinare, sempre alla luce dell'oggetto del consenso e del vero contenuto della volontà dei contraenti, quando siamo di fronte ad un consenso nullo: A. L'esclusione assoluta e perpetua, cioè di coloro che mentre pronunciano le parole del consenso, hanno un proposito fermo di escludere perpetuamente la generazione della prole. Questa volontà rende nullo il consenso (cfr. n. 8). Questa esclusione verrebbe provata dagli atti se constasse che: a) la procreazione è stata condizionata assolutamente ad un evento futuro la cui verifica fosse determinata o indeterminata nel tempo; b) il simulante per tutto il tempo della vita coniugale, anche se protratta per anni, pervicacemente e senza interruzione chiedesse o utilizzasse mezzi contraccettivi; c) la prole richiesta dall'altra parte è sempre denegata, o il simulante, scoperta la concezione casuale e inattesa, ha una reazione ostile ed esige o si sottomette all'aborto (cfr. n. 8). B. L'esclusione «ad tempus» della prole si dà quando per cause transitorie si esclude per un tempo determinato la prole, caso in cui saremmo dinanzi a un consenso valido. La semplice procrastinazione della prole, o esclusione «ad tempus» della prole, non intacca la «intentio prolis», senza la quale non potrebbe esserci il matrimonio, perché questa esclusione «ad tempus» non sovverte totalmente la intentio prolis ed è quindi componibile con il diritto coniugale rettamente donato ed accettato, non rendendo nullo il matrimonio. Il rimando della prole non è rifiuto del diritto, bensì «huius dispositio, compositio, hac moderatio, habita ratione omnium circumstantiarum, personarum, locorum, temporum» (n. 8). C. La terza possibilità riguarda una esclusione che si potrebbe ritenere temporale che, però, inficia la validità del consenso in quanto esclude lo stesso diritto. Sarebbe la situazione di colui che si riserva la decisione in futuro sulla possibilità di avere o meno dei figli, caso in cui si riserverebbe il diritto alla prole, che non verrebbe dato all'altro coniuge: «quando quis, astricta prolis generatione eventui futuro et quandoque incerto, statuit se in futurum initurum consilium esse de prole forte abenda» (n. 8).

(Omissis). — FACTI SPECIES. — 1. Alexius, actor in causa, catholicus, anno 1940 Florentiae natus, cum esset triginta quattuor annorum, anno 1974, intra fines dioeceseos Interamnensis, duxit uxorem

Albinam, domui addictam et partem conventam, catholicam, die 25 maii 1946, quae duotrigesimum annum agebat.

Partes se obviam habuerunt prima vice anno 1970, sed solummodo tres post annos consuetudinem incoeperunt quae, recte institutis sponsaliis, usque ad matrimonii celebrationem perduravit.

Consortium coniugale, nulla prole recreatum, decem per annos perrexit et infelicem assecutum est exitum ob difficultates indolis personalis inter partes ortas circiter ab anno 1979, additis problematibus indolis oeconomici. Quapropter ineunte anno 1985 partes ad definitivam separationem pervenerunt, quae a magistratu civili, die 30 iunii 1988, iudicialiter pronuntiata est.

2. Die 28 iunii 1987, per libellum Tribunali Ecclesiastico Regionali Umbro primi gradus exhibitum, Alexius nullitatem matrimonii sui accusavit «ob exclusum bonum prolis» ab utraque parte.

Rite concordato dubio sub hoc capite, iter processuale prosecutum est ad normam iuris usque ad publicationem actorum, dein breve supplemento inquisitionis ad instantiam Actoris peracto, peractisque omnibus ad normam iuris peragendis, tandem die 24 augusti 1988 sententia in primo iurisdictionis gradu lata est edicens constare de matrimonii nullitate in casu.

Parte convenuta appellante, causa ad superius Tribunal Ecclesiasticum Etruscum pervenit, ubi die 29 martii 1989 admissa fuit causa ad ordinarium examen secundi gradus. Denuo dubio concordato ac breve peracto instructionis supplemento per novum excusum partium; dein actis publicatis, die 23 ianuarii 1990, sententia lata fuit in altero iurisdictionis gradu, edicens non constare de matrimonii nullitate in casu.

3. Transmissis actis ad H.A.T., vir actor, die 12 augusti 1990 propriam voluntatem causae abrenuntiandi declaravit, qua de causa die 31 octobris 1990 decretum peremptionis causae latum est.

Transactis tribus annis, per instantiam diei 5 martii 1993, Actor suam voluntatem manifestavit causam reassumendi, quapropter decreto diei 10 martii 1993 reassumpta est causa concordatumque est dubium apud N.A.T. die 26 maii 1993, sueta sub formula: *An constet de matrimonii nullitate, in casu.*

Hac in sede peracta fuit nova suppletiva instructio, qua publicata, mulieri conventae Patrona «ex officio» data est, quae et illa aliud instructionis supplementum expetit et obtinuit.

Denique, actis rite publicatis, disceptatio, ad normam iuris, perfecta est per defensiones Patronorum utriusque partis et animadversiones vinculi Defensoris ad causam specialiter deputati.

His in adiunctis, Nobis iudicanda venit causa in tertio iurisdictionis gradu, dubioque uti supra concordato Nostrum est respondere uti respondemus.

IN IURE. — 4. Matrimonialis consensus cum sit voluntatis actus, inter personas iure habiles manifestatus, quo vir et mulier foedere irrevocabili mutuo sese tradunt et accipiunt ad constituendum matrimonium (can. 1057, § 2, CIC), a Deo conditum suisque legibus instructum, iura et officia quae ex eo, indole sua naturali, promanant, non ab arbitrio hominis, sed ab ipso Conditore naturae dependent (cf. Conc. Oec. Vaticanum II, Const. Past. *Gaudium et Spes*, n. 48).

In contrahendo matrimonio communiter nupturientes fovent intentionem seu animum assequendi coniugium cum eiusdem bonis et lex praesumit deesse simulationem etiam unius rei essentialis in manifestatione consensus ab utraque parte: «Ita actu humano, quo coniuges sese mutuo tradunt atque accipiunt, institutum ordinationis divina firmum oritur, etiam coram societate; hoc vinculum sacrum intuitu boni, tum coniugum et prolis tum societatis, non ex humano arbitrio pendet» (*ibid.*, n. 48); ideoque «indole sua naturali, ipsum institutum matrimonii amorque coniugalis ad procreationem et educationem prolis ordinatur iisque veluti suo fastigio coronatur» (*ibid.*).

5. Re quidem vera, generatio et educatio prolis pertinent ad ordinationem essentialem matrimonii, quod nempe est consortium permanens inter virum et mulierem ordinatum ad prolem (can. 1096, § 1, CIC). Haec autem luculente explanaverunt Romani Pontifices: «Duae sunt enim actus coniugalis significationes, quas Deus coniunctas indissolubili nexu voluit quem homini sua sponte infringere non licet: significatio unitatis et significatio procreationis» (Paulus PP. VI, Encycl. *Humanae vitae*, n. 12); itaque «fecunditas est fructus signumque amoris coniugalis, viva testificatio coniuges mutuo sese ac plene tradidisse» (Ioannes Paulus PP. II, Exh. Ap. *Familiaris Consortio*, n. 28). Qua de causa, traditio et acceptatio iuris ad actus coniugales est obiectum essentialis matrimonii a Deo instituti atque intrinsecis legibus ornati, quae a nulla humana potestate, sive civili sive religiosa, mutari possunt.

6. Consequenter, qui excludit ius ad actum « per se aptum ad prolis generationem ad quem natura sua ordinatur matrimonium et quo coniuges fiunt una caro » (can. 1061, § 1, CIC) positivo voluntatis actu, invalide contrahit ex expressa ditione can. 1101, § 2, CIC: « ...si alterutra vel utraque pars positivo voluntatis actu excludat matrimonium ipsum vel matrimonii aliquod essenziale elementum, vel essentialem aliquam proprietatem, invalide contrahit ».

Nam quoties contrahens in nuptiis ineundis ius ad actus per se aptos ad prolis generationem denegat quatenus obligationem reddendi debitum, quod vocatur, non vult assumere, teleologicam ordinationem consortii coniugalis a Creatore statutam foedat et nullum contractum vere coniugalem conficit praecise quia eius elementum essenziale (cf. can. 1055, § 1), seu obiectum formale, positiva voluntate reicit (coram Palestro, decisio diei 27 maii 1992, RRDec., vol. LXXXIV, pp. 283 ss., n. 6).

7. Bonum prolis distinctionem admittit inter ius et exercitium iuris. Tantum exclusio iuris ad veros actus coniugales ordinatos ad procreationem, quod consensum coniugalem ingreditur, matrimonium invalidum reddit, dum simplex exercitii iuris detrectatio, quae praesupponit abusum iuris concessi, ex agro consensus prorsus exulat.

At contrahentes, cum Codicis praescripta ignorent, non raro ad nuptias accedunt cum intentione procrastinandi generationem ad tempus, ut sibi et futurae prolis meliores condiciones praeparare possint, sed nullo modo de iuris reservatione cogitant et ideo matrimoniale consensum haud inficiunt.

Quae distinctio haud mere speculativa est cum ad modum agendi hominum pertineat. Aliud est enim ius tradere ad bonum prolis in suis principiis et aliud est ius illud comparti tradere cum intentione illam susceptam obligationem sive ad tempus determinatum sive ad tempus indeterminatum violandi seu non asequendi.

8. Quapropter in pertractando capite de prolis exclusionem in consensu contrahentium, tres species exclusionis semper prae oculis habendae sunt:

A) Exclusio absoluta et perpetua, illius scilicet qui dum verba consensum exprimentia profert, firmum gerit propositum in perpetuum excludendi prolis generationem. Hoc sane in casu invalide contrahit, et morali cum certitudine teneri potest ius ad prolem a contrahente exclusisse, si ex actis saltem constet:

a) procreationem eventui futuro absolute alligatam esse, cuius verificatio determinatum vel indeterminatum tempus implicat;

b) simulantem per totum tempus vitae coniugalis, saltem ad aliquos annos protractae, pervicaciter et sine interruptione usum contraceptivorum sollicitasse ac adhibuisse;

c) prolem, ab altera parte sollicitatam, mordicus denegatam fuisse, aut simulantem, fortuita ac invisita praegnantia detecta, hostilem reactionem manifestavisse et abortum vindicasse aut exigesse (coram Bruno, decisio diei 1 februarii 1991, *ibid.*, vol. LXXXIII, p. 68 ss., n. 5).

B) Exclusio ad tempus habetur, cum, ob causas natura sua transeuntes, per definitum tempus proles excludatur, quo in casu contrahens validum profert consensum. Nam mera procrastinatio procreationis, seu prolis « ad tempus » exclusio, non aufert intentionem prolis, sine qua matrimonium esse non potest, quia intentionem ex toto non subvertit, ideo illa exclusio cum iure coniugali recte tradito et acceptato componi potest et matrimonium invalidum non reddit (coram Stankiewicz, decisio diei 24 martii 1988, *ibid.*, vol. LXXX, p. 186, n. 6). Nam dilatio procreationis eadem non est ac denegatio iuris, sed potius huius dispositio, compositio hac moderatio, habita ratione omnium circumstantiarum, personarum, locorum, temporum.

C) Exclusio, denique, ad lubitum adest, quando quis, astricta prolis generatione eventui futuro et quandoque incerto, statuit se in futurum initurum consilium esse de prole forte habenda. Hac sane in hypothesi validitas matrimonii pessumdat, uti tenet iurisprudentia N.F. scilicet « qui sibi reservat, in contrahendo, iuris traditionem si et quatenus certa obveniant adiuncta in futuro, is procul dubio ius non tradit in actu celebrationis, ac proinde consensus obiectum coarctat » (coram Exc.mo Brennan, decisio diei 14 octobris 1996, *ibid.*, vol. LVIII, p. 724, n. 3; coram Ferraro, decisio diei 10 novembris 1981, *ibid.*, vol. LXXIII, p. 538, n. 5).

His principiis receptis, rotalis iurisprudentia constanter agnoscit prolis temporaneam exclusionem praesumptionem generare pro denegato tantummodo usu iuris ad actus per se aptos ad prolis generationem ex proprio coniuge, coniuncto cum proposito illo abutendi, nec ideo reservationem iuris coniugalis constituere (cf. coram Bruno, decisio diei 1 februarii 1991, *ibid.*, vol. LXXXIII, p. 69, n. 6; coram Stankiewicz, decisio diei 7 martii 1991, *ibid.*, p. 151, n. 8; coram Funghini, decisio diei 17 aprilis 1991, *ibid.*, p. 249, n. 6).

9. In casibus simulationis, maximi momenti est aestimatio credibilitatis praetensi simulantis, nam a iudicibus cribrandum est utrum confitens in iudicio revera tempore celebrationis mentitus erat ad consortem ac sacerdotem decipiendum, vel nunc in iudicio mentitur ad Tribunal decipiendum.

Exinde ad simulatum consensum probandum non sufficit mera partium ac testium confessio, sed apta ac proportionata causa simulationem inducens clare ex actis emergere debet, quae, a causa nubendi bene distincta, circumstantiis omnibus plane firmanda est, scilicet prae oculis habitis omnibus adiunctis existentialibus in quibus tunc versabatur.

Verificari dein debet extraiudicialis confessio simulantis circa aversionem in procreationem prolis, tempore quo elicita sit ista consideratio, rationes huius aversionis singillatim perpendendo, adiuncta antecedentia et concomitantia matrimonii celebrationem, pensitando iuxta asseverationes partium in iudicio deductas, atque a testibus fide dignis et documentis tempore non suspecto scriptis, comprobatas.

IN FACTO. — 10. Ad probandam nullitatem nec minus matrimonii ex capite ab Actore invocato, procedendum est modo distincto, quod spectat ad mulierem et quoad virum.

Re quidem vera nullitas matrimonii « ob exclusum bonum prolis ex parte mulieris conventae » videtur impossibilis probationis, cum ipsamet Conventa iudicialiter enixe negat se quomodocumque simulavisse consensum nuptialem; insuper etiam eiusdem thesim fulciunt testes ab eadem inducti in suis depositionibus; aliunde autem, ex dictis ipsius viri actoris et testium ab illo inductis, alii habentur affirmationes genericae de excluso bono prolis ex parte mulieris, alii reipsa nihil dicunt de intentione Conventae circa prolem in suo coniugio.

11. Ad causam simulandi quod attinet in consensu mulieris conventae, Alexius plurimique testes nihil asserere potuerunt, dum alia ex parte iidem indolem extroversam Albinae describunt.

Alii autem testes tanquam « causam simulandi » praebent rationes haud constantes, quae per se exclusionem peremptoriam prolis non postulant, exempli gratia: « Albina si sentiva molto moderna e considerava i figli solo come un peso e fastidio, inoltre teneva molto alla sua linea fisica che eventuali gravidanze avrebbero potuto deformare », vel etiam: « Albina si dimostrò consenziente col fidanzato,

aggiungendo che i figli eventuali sarebbero stati una limitazione alla sua libertà». *Alii autem contendunt illam tantum accessisse decisioni firmæ a sponso manifestatæ*: «ritengo che perché così aveva deciso Alessio».

12. Denique Albina coram Tribunali epistulam produxit ab Alexio scriptam et in iudicio recognitam, probabiliter in feriis aestivis a. 1981 scriptam, ubi legitur: «Forse nella tua vita, un figlio comincia a mancarti, forse la maternità è il completamento indispensabile alla femminilità». Ceterum, sese referens, uti videtur, «a questo periodo», soror Actoris, modo omnino generico, in primo vadimonio mentionem fecit de: «una prospettiva di rivedere la posizione rispetto all' avere figli», quam circumstantiam eadem minime acclarare valuit in novissimo vadimonio.

His in adiunctis, quamvis consensum simulatum sub hoc capite a muliere conventa excludendum omnino non sit, attestaciones et probationes in eum valde insufficientes se praebent et ad praesumptionem can. 1060 tenendum est.

13. Actor autem, qui ter iudicialiter interrogatus est et quidem multo tempore delapso inter singula vadimonia, constanter asserit, sub vinculo iusiurandi, se prolem exclusivisse absolute iam tempore nuptiarum et se nunquam recedisse ab hac intentione.

Ex ipsamet indole sua, pessimismo imbuta, Alexius habebatur alienus a filiis procreandis, quatenus ipse se dicebat haud idoneum ad eorum educationem curandam.

Insuper prolem omnino respuebat propter carentias affectus quas expertus erat ipse, inde a pueritia, in numerosa et haud serena familia originis, in qua, anno 1972, soror quindecim annorum, e vita discesserat ob morbum s.d. «anorexiae». Uti deponit idem: «Questo lasciarsi morire di mia sorella infatti ritenni di doverlo addebitare ad una certa trascuratezza affettiva dei miei genitori nei suoi confronti.

Quando dovetti decidere per le nozze ero sotto l'influsso negativo di questa situazione».

14. Actor praeterea haud semel iudicialiter asseruit se omnino oppositum esse ad prolem procreandam in suo matrimonio: «Questa mia determinazione nei confronti dell'esclusione della prole, la dichiarai apertamente ad Albina... Il nostro rapporto di escludere dal

matrimonio i figli, poteva configurarsi come un vero e proprio patto ».

In altera depositione coram Tribunali appellationis, post duos annos reddita, idem Actor declarat: « Riaffermo nel modo più categorico che prima di sposarci facemmo un patto esplicito di non avere figli ».

Denique hoc in ultimo gradu iurisdictionis, elapsis quinque annis, vir actor repetit: « Fin dall'inizio della nostra relazione, ho positivamente escluso di aver figli con lei. Questa mia volontà contraria alla prole fu condivisa da Albina e disponendoci al matrimonio la formulai come condizione che fu accettata dalla ragazza con reciproco patto. Con questa intenzione noi andammo a sposare. Noi abbiamo escluso la prole per sempre ».

Ad roborandam suam positivam intentionem, iudicialiter asserit idem quod hoc tempore haud serena iam erat relatio sponsalitia ob diversitatem indolum, ita ut ipse dubia coleret de exitu ipsius vitae coniugalis. Quod ceterum ipsa Albina admittit, inde ab itinere nuptiali, ortas esse difficultates quia: « Alessio mi confessò di non sentirsi capace di dialogo e di comunicazione, difficoltà che mi confidò aveva avuto da sempre ».

15. Ex depositione mulieris conventae eiusque testium, Alexius numquam positive ac concrete propositum maturavit filios procreandi, quamvis convictus coniugalis perduraverit per ultra decem annos, ita ut ipse, tempore separationis iam attigisset aetatis annum quadraginta quintum et mulier iam proxima esset ad quadagesimum annum aetatis, quando iam difficillime quis cogitare posset de prole procreanda.

Immo, asserentibus partibus in causa, media anticonceptionalia constanter adhibita fuerunt; dum vir actor sufficienter Iudicem instructorem edocuit quam significatione bis actus intimi positi sint sine certis praecautioibus.

Dein ipsa mulier conventa, non obstantibus propriis reticentiis, magnum auxilium praebet thesi actoreae quando asserit: « Prima del matrimonio vivemmo un tempo molto agitato »; atque postea addit: « Durante tutta la convivenza matrimoniale, non avendo raggiunto noi una comunione matrimoniale adeguata, non giungemmo mai a programmare la nascita di un figlio ».

Atque reapse Coventa numquam praegnans facta est; immo quando ipsa se gravidam esse dixit coram Actore (quod utique ve-

rum non erat), ipse respondit se minime certum esse de propria responsabilitate de asserta praegnantia, propter praecautiones contraeptivas adhibitas; consequenter ex his verbis idem uxorem valde offendit.

16. Efficacia autem « causae simulandi » ne minime quidem dissoluta est ab aliqua opposita « causa celebrandi matrimonium », quatenus saltem vir actor, attenta sua indole haud proclivi ad texendam profundam relationem interpersonalem, potius se conformavit ad decisionem nuptialem, ad quam sponsa urgebat.

Quapropter positivus, actualis, explicitus voluntatis actus prolis procreationi contrarius enixe affirmatur in vadimonio ab Actore ipso, comprobato etiam a parte conventa in hac causa reticenti atque, uti videbimus, a novem testibus ex scientia directa et praenuptiali confirmato.

17. Re quidem vera, testes ab Actore inducti iam perdurante prima instantia huiusmodi processus, quamvis locutionibus potius genericis expressi sint, testari videntur de positiva (immo et absoluta perpetuaque) intentione Alexii excludendi prolem, et non tantum de quadam eius generali non voluntate generandi filios.

Ceterum saltem dubium oritur num illa generica loquendi ratio fuerit propria horum testium, an potius in ratione qua ipse Iudex instructor testimonia scribenda complexus est atque Notario dictavit.

Reapse testes iidem, qui recenter ex mandato rogatorio N.A.T. excussi sunt, videntur magis definiti ac expliciti. Ita frater Actoris qui, primum, asseruerat: « Per quanto ho potuto capire, Alessio ha sempre manifestato volontà assoluta e perpetua a non voler figli ». Idem nuperrime suo testimonio addit: « Questa era la volontà che egli mi manifestava quando, decisosi finalmene a sposarsi, gli osservavo che si stava facendo una famiglia: "famiglia a due" precisava ».

18. Aliunde, amica viri actoris quae primum saepe opiniones praesentaverat « Penso che... È anche mia opinione... ecc. ». Denique magis definita se praebet et in aliquibus maioris momenti clara est in attestationibus suis: « Questa volontà contro i figli la conoscevo già prima che decidesse a sposarsi, per cui, nell'estate 1974, quando mi comunicò che si sposava, gli domandai se fosse ancora di quell'idea. Lui disse di "sì" senza alcuna esitazione ».

Alia autem puella quae virum actorem cognovit inde ab anno 1961, quam etiam Alexius sibi despondisse dicitur, iam antea testata

erat: « Riguardo alla prole, io ho sempre sentito Alessio esprimersi in maniera negativa ». Eadem plurima explanavit, praesertim quod Alexius « Era contrario all'Istituto matrimoniale in se stesso, perché non si sentiva all'altezza per poterlo condurre »; atque, eadem testante, haec aestimatio negativa instituti matrimonialis fundabatur in deterioribus relationibus parentum eius: « Per quanto mi risulta tra i suoi genitori esisteva una profonda disarmonia succeduta ad una grande attrattiva esterna »; et consequenter: « I figli non si sentivano amati e accettati ». Quod genuit in mente Alexii sensum aequiparationis prolis inter et infelicitatis: « Proveniva da una famiglia molto numerosa: tredici figli, di cui una, Cristina, morì di anoressia nel 1972... Tutto questo lo portava più o meno coscientemente a vedere la nascita di ogni figlio come quello di un infelice: equiparava la prole all'infelicità ».

19. Praecipue tandem amicus Alexii ac comes in officio, qui crebro cum illo collocutus est, uti saepe accidit inter iuvenes, iam in primo vadimonio asseruerat: « Circa la prole ha sempre manifestato un atteggiamento negativo »; in nuperrima depositione iudiciali, hoc in gradu iurisdictionis, explicavit quid intendebat cum praecedenti vaga locutione, indicans « tempus », nempe summa aestate a. 1974, atque « locus », scilicet « Aeroporto dell'Urbe », et obiectum discussionis: « Un giorno trovandoci insieme, mia moglie mia figlia ed io con Alessio e Albina ancora fidanzati. Quando ad un certo punto toccai l'argomento figli, Alessio si fece improvvisamente serio e con determinazione dichiarò che figli non ne avrebbe voluti in maniera assoluta ».

Alibi autem idem testis pressius indicat dispositionem mentis Actoris prolis adversam semper eadem permansisse « sia prima che dopo ».

20. Adest denique epistula viri, a muliere conventa Tribunali secundi gradus exhibita, quam Actor iudicialiter recognovit ac asseruit a se scriptam probabiliter vertente aestate anni 1981, ubi legitur quoad generationem prolis: « Per questo, e per riconoscere in me le caratteristiche di carattere che più giudicavo negative nei miei genitori, non ho mai considerato l'ipotesi di avere figli; essendo così generalizzata tra i miei fratelli, quest'idea può suonare come una condanna totale dell'educazione ricevuta, ed implicitamente non saprei negarlo: se non sono capace di dare felicità ad un adulto, come posso pensare di darla ad un essere tutto da plasmare?... ».

Hisce ex litteris clare patet, tempore non suspecto ac perdurante vita coniugali, virum actorem in forma mentis proli adversa strenue permansisse, saltem luce omnium testimoniorum iam uti supra acquisitorum.

21. Ad aestimandam causam hac in sede propositam, complexive prae oculis habenda sunt: confessiones iudiciales explicitae et constantes asserti simulantis; eiusdem confessiones extraiudiciales plus minusve explicitae relatae a testibus fide dignis ab Actore inductis.

Notatu quoque dignis est absentia probationum directe oppositarum thesi viri actoris, etiam ex parte mulieris conventae ac testium eius, non obstantibus tamen propriis reticentiis eiusdem mulieris in hoc processu; perpensa quoque valida « causa simulandi », remota et proxima, cui non obstitit gravis « causa celebrandi matrimonium ». Nec obliviscendum est contextus circumstantiarum quae concrete, uti patet, militant ad sustinendam thesim viri actoris.

22. Quibus omnibus in iure et in facto perpensis, Nos infra-scripti Auditores de turno sententiamus: *Affirmative, seu constare de nullitate matrimonii, in casu, ob exclusum bonum prolis ex parte viri dumtaxat, vetito tamen eidem viro transitu ad alias nuptias inconsulto Ordinario loci.*

Romae, in sede Rotae Romanae Tribunalis, die 5 aprilis 1995.

Bernardus de Lanversin, Ponens

Elias Jarawan

Ioannes Baptista Defilippi

TRIBUNALE DELLA ROTA ROMANA - *Colonien.* - Nullità del matrimonio - Esclusione della prole - Sentenza definitiva - 24 novembre 1995 - Huber, *Ponente* (*).

Matrimonio - Consenso - Simulazione - Esclusione della prole - Prole *in suis principiis* e *intentio prolis*.

Matrimonio - Consenso - Simulazione - Esclusione della prole - Atto positivo di volontà.

Matrimonio - Consenso - Simulazione - Esclusione della prole - Rifiuto dei figli e volontà abortiva.

Matrimonio - Consenso - Simulazione - Esclusione della prole - Prova dell'esclusione - Valore della dichiarazione delle parti - *Causa excludendi* - Circostanze antecedenti, concomitanti e susseguenti.

Si deve distinguere tra la prole come realtà e la prole «in suis principiis»: Il bene della prole «in suis principiis», cioè, la «intentio prolis», appartiene alla essenza del matrimonio, senza la quale il matrimonio non può esistere (S. Th. Suppl., q. XLIX, a. 3, c) (...) È pacifico che il «bonum prolis» deve essere misurato e qualificato con gli atti per se atti alla generazione della prole, cioè, con l'atto coniugale (c. Pompedda, 3 iulii 1990, n. 3) (cfr. n. 2).

Rimane pur sempre vero che contrae invalidamente colui che nel dare il consenso esclude l'intenzione di generare. La prole si considera esclusa quando il contraente, mediante un atto di volontà positivo e fermo, assoluto e prevalente, destituisce il matrimonio che intende contrarre dalla stessa possibilità dei figli (cfr. n. 4).

Se ci fossero dei figli, si dovrebbe accertare che questi sono nati malgrado tutte le precauzioni prese dai coniugi per evitarli e in seguito ad una volontà escludente che era già presente al momento delle nozze (cfr. n. 5). Lo stesso si deve affermare del fatto che la donna abbia fatto ricorso all'aborto: non è di per sé prova dell'esclusione, perché tante volte è frutto di cattivi consigli o di inadempimenti degli obblighi ma-

(*) Sentenza pubblicata in RRDec., vol. LXXXVII (1995), pp. 634-640. Vedi *nota* di H. Franceschi F., alla fine della sentenza.

trimoniali da parte del marito, che comunque sono circostanze sopravvenute al consenso (cfr. n. 6).

Riguardo alla prova della simulazione, la confessione del simulante sarebbe inizio di prova, che deve essere completata dai testimoni degni di fede e «insuspecti temporis», e dall'esistenza di una causa grave e proporzionata della simulazione, nonché dalle circostanze antecedenti, concomitanti e susseguenti al matrimonio (cfr. n. 7). Nel caso che il simulante neghi, la prova si rende più difficile ma non impossibile. Si dovrà tener conto delle circostanze, delle confessioni extragiudiziali, ecc. Bisognerà anche cercare di chiarire se nega per amore della verità o per altri motivi (cfr. n. 7).

(*Omissis*). — FACTI SPECIES. — 1. Post aliquot menses relationis amatoriae, ex qua mulier effecta est praegnans, Arcadius, vicesimum primum suae aetatis annum agens, et Aemilia, quattuor et viginti annorum, matrimonium canonicum celebraverunt die 27 decembris 1970.

Coniuges laeto animo nasciturum exspectaverunt. Mater autem facta, mulier prolem ulteriorem suscipere recusavit.

Quibus omnibus haud obstantibus, filiola anno 1978 nata est.

Vita communis per quattuordecim fere annos pacifice fluxit. Ex utriusque coniugis infidelitate convictus iugalis videtur fractus.

Anno 1987 uxor, a marito invitata, una cum filiis in Germaniam petiit, ubi cum viro cohabitare noluit ideoque proprium domicilium instauravit Bilefeldiae, intra fines archidioeceseos Paderbornensis.

Transacto anno a lege Germanica statuto, Tribunal civile coniugum separationem personalem die 11 septembris 1988 confirmavit utpote legalem consensualem.

Actor, sibi persuasum habens suum matrimonium esse nullum, libello, die 25 februarii 1991 Tribunali Coloniensi oblato, illud nullitatis accusavit ex capite exclusione boni prolis a parte mulieris.

Praescriptis iuris servatis, Tribunal aditum libellum admisit et caput accusatum in dubio posuit.

Instructione per auditionem Actoris necnon trium testium peracta, die 28 maii 1993 prodiit sententia negativa.

Quam adversus decisionem vir actor appellationem apud Romanam Rotam interposuit.

Defensionali opera commutata, Nobis hodie respondendum est dubio, die 23 ianuarii 1995 rite concordato: *An constet de matrimonii nullitate, in casu, ob exclusionem boni prolis ex parte mulieris conventae.*

IN IURE. — 2. Bonum prolis, quod «matrimonii essenziale ali-quod elementum constituit» (can. 1101, § 2, CIC 1983) dupliciter considerari potest: in suis principiis et in seipso.

Bonum prolis in suis principiis, id est intentio prolis pertinet ad matrimonii essentiam «sine qua matrimonium esse non potest» (S. Th. Suppl., q. XLIX, a. 3, c).

Bonum prolis in seipso pertinet ad matrimonii usum, per quem proles producitur. Matrimonium validum sine prole exsistere potest, quia esse rei non dependet ab usu suo.

Pacificum est bonum prolis «qualificari et commensurari semper debere cum actibus per se aptis ad prolis generationem, nempe cum actu coniugali» (coram Pompedda, decisio diei 3 iulii 1990, RRDec., vol. LXXXII, p. 583, n. 3). Hac sub ratione doctrina can. 1081, § 2, CIC 1917, novo Codice (cf. can 1061, § 1) non est mutata.

3. Ius ad actus proprie coniugales oritur in et ex momento, quo consensus matrimonialis elicitur. Hic consensus «est actus voluntatis, quo vir et mulier foedere irrevocabili sese mutuo tradunt et accipiunt ad constituendum matrimonium» (can. 1057, § 2, CIC 1983). Vox «irrevocabilis» significat consensum, semel praestitum, extra coniugum potestatem positum esse. Exinde consequitur voluntatis mutationem post nuptias contractas non exercere ullum influxum in consensum valide praestitum. Rebus sic se habentibus, novum consilium prolem excludendi in perpetuum ob gravia discidia, inter coniuges post nuptias orta, matrimonium non invalidat, quia in consensu emittendo seu quando nuptiae factae sunt, adfuit sufficiens prolis intentio.

4. Statuit can. 1086, § 2, CIC 1917: «At si alterutra vel utraque pars positivo voluntatis actu excludat matrimonium ipsum, aut omne ius ad coniugalem actum, vel essentialiam aliquam matrimonii proprietatem, invalide contrahit». Loco «aut omne ius ad coniugalem actum» can. 1101, § 2, CIC 1983 habet «vel matrimonii essenziale aliquod elementum». Uti supra memoravimus, ius ad actum coniugalem recensetur inter matrimonii essentialia elementa. Quapropter disparitas textus legis nihil mutat quoad bonum prolis eiusque relevantiam in ordine ad invaliditatem matrimonii causandam.

Semper verum manet eum invalide contrahere, qui in consensu praestando intentionem generandi excludit.

Censetur intentio prolis exclusa, cum id fiat positivo actu voluntatis ita firmæ, absolutæ et pravalentis, ut nonnisi destitutum filiis matrimonium quis inire intendat.

5. Haud raro accidit, ut matrimonium nullitatis accusetur, prole in lucem huius mundi edita. Nemo est, quin videat, hoc in casu difficillimam esse probationem absolutæ voluntatis anticonceptionalis. «Ut hæc firma maneat constare debet argumentis, quæ confutari vel repelli non possint, prolem occasionaliter et per accidens conceptam fuisse et quidem haud obstante pertinaci et vigilantu usu mediocri ad illam vitandam» (coram Funghini, decisio diei 16 aprilis 1986, RRDec., vol. LXXVIII, p. 260 ss., n. 11).

6. Frequenter in favorem nullitatis matrimonii ob exclusum bonum prolis adducitur abortus a matre patratu. Ad influxum talis facinoris in consensum emissum quod attinet, multa sunt perpendenda.

Quemadmodum Summus Pontifex commemorat, «constat nonnumquam consilium agendi abortus adferre matri ipsi dolorem acerrimum animique tumultum, quandoquidem voluntas abigendi conceptionis fructum non ex causi oritur solum egoismi cuiusdam aut commodi, sed inde potius quod alia magni momenti bona servare cupit, qualia sunt ipsa eius valetudo vel digna vitæ condicio reliquis familiae sodalibus» (cf. Ioannes Paulus II, Litt. Enc. *Evangelium vitæ*, AAS, vol. LXXXVII, p. 467, n. 58). Frequenter evenit, ut pater familias munera erga uxorem filiosque iam natos non adimpleat. Idcirco mulier censet in hac rerum condicione præstare ulteriorem prolem omnino non nasci. Talibus quidem in casibus patri familias in primis potest culpari.

Etsi abortus, qui est innocentis hominis occisio, actus sua natura illicitus est, tamen iuxta consolidatam iurisprudentiam Nostri Fori «parum probat relate ad intentionem nupturientium contra prolem in ipsa pactione foederis nuptialis, nisi peculiaribus adiunctis, attente cribrandis, determinetur» (coram de Lanversin, decisio diei 26 iunii 1991, RRDec., vol. LXXXIII, p. 424, n. 10).

7. Probatio exclusionis boni prolis facilis non est. «Simulantis confessio enim tantum initium et fundamentum constituit probationis, quæ dein ex depositione testium, qui sint fide digni et insuspecti temporis, atque ex existentia gravis et proportionatæ causæ ad in-

ducendam simulationem aptae, confirmari debet» (coram Bruno, decisio diei 31 maii 1985, *ibid.*, vol. LXXVII, p. 273, n. 5).

Deficiente adserti simulantis confessione, probatio impossibilis non est tenenda. Hisce in casibus maioris momenti est confessio extraiudicialis, quae ex allatis in iudicio elementis colligitur.

Aliae extraiudiciales declarationes praetensae partis simulantis, ubi dantur, procul dubio momentum suum retinent.

Si adsertus simulans simulationem denegat, videat iudex, utrum id faciat amore veritatis motus an potius aliis motivis compellatur.

Dein ponderanda est contrahendi causa, quae interdum reponitur in mulieris graviditate, quin absit amor inter sponso.

Praeterea, oportet cribrare simulandi causam, quae semper dimetienda est in aestimatione simulantis, seu subiective.

Tandem, attente consideranda sunt controversi matrimonii adiuncta antecedentia, concomitantia et subsequentia, quae probationi obstant vel probationem corroborant atque complent. Exclusio intentionis prolis praesertim ex pertinacia et perpetuitate servati propositi devitandi prolem evincitur.

Secundum Nostram iuris sapientiam vera contrahentis intentio praecipue dignoscitur «ex sinceritate et ex responsabilitatis sensu quocum quis ad nuptias — et in casu baptizatorum, ad sacramentum — accedit; etiam valde immutatis adiunctis et mente deinde subiecti, id quod tunc evenit magni ponderis constituit argumentum in favorem apti, et boni quoque, initi matrimonii» (coram Serrano Ruiz, decisio diei 13 ianuarii 1984, *ibid.*, vol. LXXVI, p. 12, n. 7).

IN FACTO. — 8. In primis adnotandum est instructionem processus pauperrimam esse. Misera causa haec nihil aliud videtur nisi conamen viri, a patria exulis, ut canonicas nuptias suscipiat post tempus disertionis obligationis familiaris erga legitimam sponsam et filios. His animadversis, non est mirandum, quod libellus litis introductorius in pluribus discrepat a declarationibus partis adversae scriptis consignatis.

Quidquid in actis dicitur de partium credibilitate, infrascripti Patres censent in hac quaestione argumento extrinseco seu ex informationibus deprompto non omnem vim tribuendam esse. In casu potius ad credibilitatem intrinsecam seu factorum attendi debet.

9. Si mentem convertimus ad Actoris confessiones iudiciales, difficulter videmus, quomodo probari possit praenuptialis actus voluntatis positivus Conventae bono prolis adversae.

Ait quidem vir: «Prima della celebrazione del nostro matrimonio Emilie ha detto che anche lei stessa avrebbe voluto avere ancora altri figli», et etiam: «Prima della celebrazione delle nozze lei aveva l'idea che sarebbe stato bene di avere una famiglia più grande», atque sedulo determinat: «Quando però ci è nato nostro figlio Cristoforo e il parto ha avuto lo svolgimento un poco più difficile, Emilie ha avuto paura di ulteriori nascite e non voleva avere più figli».

Ex his Actoris declarationibus indubie constat consilium non generandi a muliere post nuptias initum esse.

10. Conventa, infirma valetudinis, incapax fuit coram Iudice se sistere ad depositionem faciendam. At illa, defatigata ratione agendi mariti, dum simulationem reicit, declarans: «Rigetto l'asserzione della domanda giudiziale», prolis detrectationem postnuptialem aperte admittit: «La causa per la quale io con questo uomo non volevo avere più nessun altro figlio è quella seguente...: Non vi è stata pertanto alcuna base per poter avere una grande famiglia». Non est, cur fides denegetur parti conventae, cuius relata optime cum ceteris causae adiunctis concordant.

11. Attentis partium declarationibus, non est mirandum, si Actoris testes asserunt se tempore sponsalium numquam ream Conventam audivisse loquentem de prolis esclusione.

Ad mulieris propositum prolem respiciens quod attinet, speciali mentione digna sunt, quae socrus habet: «Io parto da questo punto, cioè che anche mia nuora abbia desiderato figli dal matrimonio». Ad suum vadimonium illustrandum, eadem testis referre valet factum concretum: «Durante il matrimonio Emilie ha una volta dichiarato che lei avrebbe voluto avere un figlio anche senza aver contratto il matrimonio ed educarlo e crescerlo grande come una madre sola educatrice».

Mulierem post filii nativitatem ulteriorem subolem non exoptasse viri familiares sciunt.

Refert enim soror: «Emilie, già, quella ha dichiarato che non avrebbe voluto più avere alcun figlio».

Deponit vero pater: «Soltanto dopo la nascita del primo bambino lei si è espressa dicendo che non voleva avere più alcun figlio».

Accedit quoque mater: «Dopo la nascita del primo figlio lei si è espressa in tale senso, che lei non desiderava avere più nessun altro figlio».

Iuxta testes, qui hac in quaestione Actorem plane probant, propositum mulieris ulteriorem prolem excludendi originem ducit a negativa in filii partu experientia. Hoc autem exclusionis motivum a muliere numquam est confirmatum. Etenim illud periclitatur depositione patris, qui nempe confitetur se a medico didicisse « che il parto non si sarebbe svolto in modo difficile ». Adsertus Conventae timor partus etiam ex filiae nativitate contradicitur, quidquid testes de medici suasionem asserunt.

12. Causam contrahendi quod spectat, Actor in argumentum ducit mulieris praegnantiam. Attamen ex actis processus eruitur veram matrimonii causam fuisse amorem tum temporis inter iuvenes vigentem.

Ipse vir affert: « In quel periodo di tempo noi non avevamo alcuna lite e ci potevamo anche sopportare abbastanza bene ». Addit deinde: « Perfino io stesso anche gioivo per il fatto, che sarei diventato padre ». Et infra refert: « Emilie disse allora che mi amava ». Demum patefacit: « Veramente lei non mi ha mai detto chiaramente, di aver voluto sposarsi a causa del bambino nascituro ».

Cum his declarationibus congruit sororis iudicium: « A quanto posso giudicare io, direi che tra loro due sia esistito un amore ed affetto sincero prima ed anche dopo la celebrazione delle nozze ». Repetit alio in loco: « Mio fratello ha certamente sposato Emilie perché egli l'amava, ed io penso che anche Emilie abbia sposato mio fratello perché lei lo amava ». Rebus sic se habentibus, testis in mulieris praegnantia invenit tantummodo concausam, quae « probabilmente » virum movit ad mulierem sibi matrimonio iungendam.

Sine negotio viri mater de ambarum partium animo testatur: « Entrambi erano giovani ed innamorati e volevano contrarre il matrimonio ».

Quam cum hisce testimoniis asseverationes Actoris incongruentes sint, ante omnium oculos est. Ille enim coram Iudice fatetur se in uxorem duxisse Conventam solummodo propter eiusdem praegnantiam atque se mulierem numquam amore prosecutum esse.

13. Deficit causa simulandi remota. Non est dubium, quin mulier rectam notionem de matrimonio eiusdemque essentia necnon proprietatibus habuerit.

Ipse Actor cogitur in iudicio admittere: « Prima della celebrazione delle nozze non abbiamo parlato di divorzio dal matrimonio ». Et mentem suam aperit: « Io partivo dal presupposto che anche mia

moglie avesse voluto un matrimonio fino a quando la morte non ci avrebbe separati». Postea rotunde affirmat: «Quando contraevamo il matrimonio nel 1970 volevamo prometterci reciprocamente la fedeltà».

14. Nec causa simulandi proxima ulla demonstratur in actis, cum praeter praegnantiam praenuptialem omnia rite fuissent facta.

Significans est Alinae narratio: «Entrambe le parti mi hanno a suo tempo dichiarato di sposarsi per motivi ragionevoli e di sperare che con l'andare del tempo più tardi sarebbe nato pure l'amore. In prima linea loro si sposavano a causa della gravidanza». Forte fuerunt nuptiae ob graviditatem praecipites, sed hoc nihil commune habet cum prolis exclusione.

Verum est mulierem uti causam exclusionis attulisse instabilem agendi rationem viri quoad opus necnon eiusdem ebrietates. Revelat: «L'attore non si è mai dedicato ad un lavoro regolare». Insuper adiungit «che l'attore era alcolizzato (dipendente da alcool) e perciò doveva andare a curarsi». Ast talia prolem excludendi motiva vim probativam retinent solummodo pro tempore postmatrimoniali. Ex tabulis processualibus enim non patet motiva adducta iam ante matrimonium radicatus inveterata in Actore insedissee. De quibus non tantum silent Actor eiusque testes, iisdem verum etiam opponitur nativitas filii, qui, praesuppositis causis, prius et potius reiciendus fuisset. Ad summum igitur videtur exstitisse initium vitiorum praematrimoniale.

15. Matrimonii circumstantiae contra Actoris assumptionem militant.

Mulier in familia catholicam et serenam educationem accepit. Ad rem fatetur vir: «La mia precedente moglie era religiosa e partecipava alla messa domenicale».

Matrimonium partibus a nemine est impositum nec illis dubium de felici coniugii exitu adfuit. «Io avevo tanto pochi dubbi — ait Actor — quanto pochi ne aveva manifestato allora Emilie». Immo, iuvenes de nuptiis appropinquantibus gavisii sunt, testante Actoris sore: «Entrambi aspettavano con gioia la celebrazione delle nozze». Concinit praecedentis testis mater: «In quel periodo di tempo loro due andavano bene d'accordo. Non ci sono stati allora dissidi seri». Et infra: «In quel tempo loro tutti e due volevano celebrare le nozze».

Consilium matrimonium ineundi cum consensu familiarium est conceptum. Ait vir: «I nostri reciproci genitori sono stati d'accordo che noi due ci saremmo sposati».

Sine ulla haesitatione Actoris mater de Conventa dicit «che lei ha desiderato la celebrazione ecclesiastica delle nozze». Et alibi in-stat: «Come già detto sopra, a mia nuora non bastava la celebrazione delle nozze con il rito civile. Lei aveva il desiderio di sposarsi anche in chiesa».

Quod status animi sponsorum die nuptiarum fuit optimus, a testibus redditur.

Fili nativitas etiam matri, adsertae simulanti, gaudium dedit. Deponit quidem pater: «Noi ne gioviemo entrambi».

Satis ex actis emergit coniuges non disiunxisse unitatis et procreationis significationes, quae ambae actui coniugali insunt. Si virum audis, «esistevano delle possibilità per un altro figlio», quia «non è stata usata alcuna prevenzione del concepimento».

Effectiva binae prolis procreatio procul dubio prolis exclusioni non favet, quidquid ab Actore dicitur de prolis recusatione ex parte mulieris. Certum enim est, quia duorum filiorum nativitas id probat, mulierem conventam viro actori non denegasse ius ad actus per se aptos ad prolis generationem. Ad abortus post nuptias mulieri attributos quod attinent, dicendum est de his in actis non adesse nisi implicitam admissionem. Infrascripti Patres una cum omnibus, qui in processu interverunt, vitae extinctionem habent crimen nefandum. Attamen, in primis culpam debet pater, qui obligationes erga suos non adimplevit, fatente muliere: «Io in Polonia e fino ad oggi da sola dovevo nutrire la mia famiglia». Et non sine amaritudine addit: «La Chiesa non avrebbe nutrito i miei figli e in Polonia non esisteva alcun ufficio di assistenza sociale». Si mulier post matrimonium adeo facile ad abortum recurrerit — uti Actor eiusque testes censent —, non esset amplius recursura ante nuptias?

Convictus iugalis diu protractus est per septendecim fere annos, saltem per tredecim annorum spatium coniuges pacifice eodem in loco vixerunt.

Neque causa ruinae coniugii ullam relationem habet cum capite accusato. Scribit reapse Conventa: «Il mio precedente marito aveva al mio arrivo in Germania già un'altra relazione e voleva il divorzio dal matrimonio», et iterum: «Quando io sono arrivata in Germania, l'attore però aveva già un'amante ed ha chiesto la separazione». Nec aliud habetur in litteris Servitii Socialis Evangelici ad Vicarium iudi-

cialem Coloniensem missis. Tandem, ipse vir non negat sive infidelitatem sive petitionem divortii.

16. Actor, qui mulieris praegnantiam tamquam causam contrahendi affert, laetum matris animum nuntiat, copulas rite peractas confirmat, de abortibus ab uxore patratris certus non videtur et post nuptias ulteriorem praegnantiam admittit, eo ipso ostendit mulieris conventae voluntatem proli adversam nec absolutam nec pertinacem nec perpetuam fuisse.

17. Quibus omnibus in iure et in facto perpensis, Nos infra-scripti Auditores de turno sententiamus: *Negative, seu non constare de matrimonii nullitate, in casu, ob exclusionem boni prolis ex parte mulieris conventae.*

Romae, in sede Rotae Romanae Tribunalis, die 24 novembris 1995.

Iosephus M. Serrano Ruiz
Franciscus Bruno
Iosephus Huber, Ponens

L'esclusione della prole nella giurisprudenza rotale recente.

1. La crisi nella comprensione del matrimonio e il suo rapporto con il fenomeno simulatorio.

Uno dei motivi di nullità del matrimonio più frequentemente invocato presso i tribunali ecclesiastici è la simulazione del consenso matrimoniale. In particolare, l'esclusione del bene della prole, l'esclusione dell'indissolubilità e l'esclusione del *bonum fidei*. Nell'ultimo volume delle decisioni rotali ci sono una trentina di cause che riguardano questi capi di nullità, con una chiara prevalenza dell'esclusione della prole o dell'indissolubilità. Senz'altro questo è un fatto che deve far pensare alla necessità di un rinnovato sforzo nella preparazione al matrimonio ⁽¹⁾. Senza negare la forza ordinatrice del-

(1) Nel suo recente discorso alla Rota Romana il Pontefice ribadisce la necessità di una accurata preparazione alle nozze: « Mi limito a sottolineare la grave responsabilità che incombe ai Pastori della Chiesa di Dio di curare una adeguata e seria preparazione dei nubendi al matrimonio: solo così, infatti, si possono suscitare nell'animo di coloro che si apprestano a celebrare le nozze le condizioni intellettuali, morali e spirituali, ne-

l'amore coniugale e la *inclinatio naturae* al matrimonio, che tante volte riescono a correggere le idee e le inclinazioni sbagliate che potrebbero portare i contraenti alla manifestazione di un consenso che non è veramente matrimoniale, non possiamo non dire che la forte presenza di modelli anti-matrimoniali nella nostra società, nella quale esiste una cultura contraccettiva che cerca di imporsi contro una visione della sessualità legata alla responsabilità e alla fecondità; e la presenza di una nozione di libertà che si oppone radicalmente alla stessa possibilità di impegni per tutta la vita, rende più difficile la formazione del vero consenso matrimoniale. Di fronte a queste culture, la famiglia si trova tante volte senza le armi per difendere la propria verità, ed è quindi necessario che tutta la Chiesa — pastori e fedeli — facciano uno sforzo per riscoprire la verità sul matrimonio e la famiglia. Oggi, più che mai, è necessaria la preparazione al matrimonio come una vera catechesi che porti i fidanzati, come attraverso un cammino vocazionale, alla vera donazione coniugale che è fedele, indissolubile e feconda. Anche in questo senso, a nostro avviso, è necessario un maggior collegamento tra pastorale e diritto, tra l'operato dei tribunali e l'azione delle diverse strutture pastorali che si dedicano alla famiglia. L'identificazione dei più ricorrenti difetti nella formazione del consenso matrimoniale può senz'altro giocare ad una efficace funzione di prevenzione delle anomalie consensuali che deve essere fatta in sede di preparazione al matrimonio.

Dinanzi al fenomeno della simulazione, i fedeli dobbiamo prendere coscienza della necessità di uno sforzo aggiuntivo nella difesa della verità del matrimonio, ma non come concetto ideologico o come contenuto di fede, ma come realtà veramente umana, intendendo per questo che il matrimonio riguarda la persona umana e la sua caratteristica essenziale di essere immagine di Dio sin della sua creazione all'inizio dei tempi, perché il matrimonio, come l'essere umano, essendo lo stesso nella sua essenza, è passato per i diversi momenti della storia della umanità: creazione, caduta e redenzione. È necessaria una riscoperta del matrimonio quale unione fedele, feconda e indissolubile, come patrimonio di tutti gli uomini, non soltanto dei cristiani. Perciò, pensiamo che la soluzione alle nul-

cessarie per realizzare la realtà naturale e sacramentale del matrimonio» (GIOVANNI PAOLO II, *Discorso alla Rota Romana*, 21 gennaio 1999, n. 7, in *L'Osservatore Romano*, 22 gennaio 1999, p. 5).

lità e alle crisi matrimoniali — che non sono la stessa cosa — non si può trovare nel riservare a un ceto più ristretto e sufficientemente provato la celebrazione del matrimonio in chiesa, come se soltanto chi desse prova di una fede solida potesse accedere al matrimonio cristiano. La soluzione — nel rispetto della vocazione al matrimonio della stragrande maggioranza degli uomini, fondamento dello *ius connubii* — la dobbiamo trovare nello sforzo per ricostruire una vera cultura della vita e dell'indissolubilità, trovando dei modi culturalmente comprensibili per rispiegare agli uomini la perenne verità sulla dimensione veramente personalistica della sessualità umana che, per essere vera e degna dell'uomo, non può non tener conto delle diverse dimensioni della complementarità uomo-donna e della coniugalità che ne scaturisce. Il ricupero della relazione inscindibile tra matrimonio e famiglia come cammino per spiegare la fecondità, l'indissolubilità e la fedeltà come dimensioni intrinseche del patto coniugale e della relazione coniugale, può senz'altro giovare al conseguimento di questi scopi essenziali⁽²⁾.

Riguardo all'esclusione della prole in particolare, ci sembra importante ribadire, in primo luogo, l'*unitarietà* del vero consenso matrimoniale di fronte alla dispersione della volontà simulatoria. Da una parte, si deve ammettere che in sede giurisprudenziale e dottrinale, quando si deve definire cosa sia l'esclusione, è necessario dividere per capire, vale a dire, i giudici e gli autori, perché devono distinguere chiaramente tra una vera volontà simulatoria e una volontà sufficiente benché difettosa, hanno bisogno di differenziare i diversi elementi che costituiscono la fattispecie, e allo stesso tempo devono distinguere quello che forma parte dell'essenza del consenso da quello che conviene che ci sia ma potrebbe mancare. Questo, però, non si può fare a scapito della *semplicità e unità* del vero consenso matrimoniale, che tante volte si esprime consapevolmente in un semplice *volere l'altro in quanto coniuge*, senza che tutte le conseguenze e i diritti-obblighi che ne scaturiscono siano presenti con volontà attuale nei contraenti. Cioè, è molto più facile sposarsi che simulare, anche tenuto conto della *inclinatio naturae* al matrimonio e della forza ordinatrice dell'amore coniugale. In questo senso, gli elenchi di diritti e obblighi devono prendersi con molta prudenza, senza pre-

(2) Cfr. J. CARRERAS, *La noción jurídica de relación familiar*, in AA.VV., *El primado de la persona en la moral contemporánea*, Pamplona 1997, pp. 433-443.

tendere, da parte dei contraenti, una chiara conoscenza ed accettazione di essi perché ci sia un consenso valido, anche perché l'oggetto primario del patto coniugale non sono questi diritti e doveri, ma le persone dei contraenti nella loro coniugalità.

Dallo studio della recente giurisprudenza di merito riguardante l'esclusione della prole, abbiamo individuato alcune questioni che sono state oggetto di analisi da parte dei giudici rotali. Le indicheremo in seguito, rimandando principalmente alle sentenze pubblicate nell'ultimo volume delle decisioni rotali⁽³⁾.

2. *Alcune questioni dibattute nella giurisprudenza rotale più recente sull'esclusione della prole.*

a) *Il contenuto e il senso della classica espressione « bonum prolis ».*

Nella giurisprudenza recente si scorge uno sforzo di determinazione del significato della classica espressione *bonum prolis*. Alcune sentenze, rifacendosi alla dottrina di San Tommaso, sostengono che il *bonum prolis* in quanto oggetto del consenso significa la prole *in suis principiis*; altre, lo identificano con la *intentio prolis*; altre, infine, con l'apertura alla dimensione fecondativa degli atti coniugali, sottolineando la inscindibilità tra la fecondità e la coniugalità, tra il bene dei coniugi e il bene della prole. Per capire bene la diversità di significati che viene dato al termine e superarla, pensiamo che possa essere utile ricordare che la prole come un bene del matrimonio non è qualcosa di totalmente statico, perché c'è prima una apertura, e dopo una realtà che esige un atteggiamento concreto dei coniugi/genitori dinanzi alla persona del figlio, che varia anche a seconda della crescita dei figli, perché non è lo stesso il bene della prole quando i figli sono piccoli e il bene della prole quando questo sono già cresciuti. Comunque, riguardo al momento del consenso, pensiamo che il *bonum prolis* venga identificato con la donazione/accettazione della dimensione feconda della propria mascolinità/femminilità, che implica la assunzione della potenziale paternità e maternità tra i coniugi. Il problema recente della fecondazione assistita,

(3) *Romanae Rotae Decisiones seu Sententiae*, vol. LXXXVII (1995), Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano 1998, p. 760.

nella quale è possibile la realtà del figlio senza che ci sia una vera donazione della paternità/maternità *coniugali*, mette in luce come sia importante capire cosa significhi il bene della prole nella volontà dei contraenti, che non devono indirizzare la loro volontà al figlio a qualunque costo, perché questo è un dono e non un diritto, ma all'altro coniuge in quanto tale, il che implica anche l'apertura agli atti coniugali nel rispetto delle sue dimensioni unitiva e procreativa e alla conseguente potenziale paternità o maternità *matrimoniale* che deriva dalla coniugalità.

A conferma delle difficoltà nella determinazione del contenuto specifico del *bonum prolis*, sta il fatto della diversità di significati che nella giurisprudenza rotale troviamo nello spiegare cosa sia il *bonum prolis*. Quale è quindi il contenuto del *bonum prolis* in sede di manifestazione del consenso matrimoniale? Una cosa è la necessaria apertura alla potenziale paternità/maternità che deve necessariamente esistere nella donazione coniugale, nella quale il *bonum coniugum* ed il *bonum prolis* sono dimensioni inscindibili della coniugalità, e un'altra cosa sarà il *bonum prolis* quando il figlio diventa una realtà concreta ed esistente che esige una particolare cura da parte dei genitori, che potrebbe far sì che il bene della prole si metta persino al di sopra del bene personale dei coniugi. Questa visione dinamica del *bonum prolis*, a nostro avviso, potrà aiutare a superare una visione del matrimonio e dei suoi fini di taglio individualistico anziché personalistico. Senz'altro, il chiarimento sui significati della classica espressione *bonum prolis*, gioverà a una migliore e più precisa comprensione della verità o della falsità della concreta volontà manifestata nel segno nuziale. Per capire cosa intende la giurisprudenza rotale recente per *bonum prolis* in sede di manifestazione del consenso matrimoniale, analizzeremo brevemente il modo in cui la questione viene impostata dalle più recenti sentenze pubblicate.

Nella sentenza c. De Lanversin, del 5 aprile 1995, si pone l'accento non sulla prole in sé stessa, ma sul significato della dimensione procreativa dell'atto coniugale⁽⁴⁾. In un'altra sentenza, c. Ragni del 4 luglio 1995, si mettono in rapporto il *bonum prolis* e il *bonum coniugum*.

(4) c. DE LANVERVIN, *Interammen.-Narnien.-Amerina*, 5 aprilis 1995, in RRDec. vol. LXXXVII, pp. 252-259, n. 6, p. 254: «Nam quoties contrahens in nuptiis ineundis ius ad actus per se aptos ad prolis generationem denegat quatenus obligationem reddendi debitum, quod vocatur, non vult assumere, teleologicam ordinationem consortii coniugalis a Creatore statutam foedat et nullum contractum vere coniugalem conficit

gum, che non si potrebbero dare l'uno senza l'altro. In questo senso, riconduce il *bonum prolis* a la dimensione procreativa dell'atto coniugale, non tanto al fatto della reale esistenza o meno dei figli nel matrimonio⁽⁵⁾. Proprio perciò, spiega, non sarebbe esclusione della prole l'intenzione di astenersi dagli atti coniugali per un determinato tempo e persino per sempre (matrimonio verginale). Sarebbe il caso, ad esempio, di decidere di vivere la continenza periodica. Si intende, però, che non si nega il diritto dell'altro coniuge di chiedere il debito coniugale⁽⁶⁾. E in una sentenza c. Bruno del 19 dicembre 1995 si colloca il contenuto del *bonum prolis* negli atti coniugali aperti alla fecondità, non nella prole in se stessa⁽⁷⁾.

In una decisione c. Burke del 19 ottobre 1995, parlando dello stesso argomento, si afferma che la procreatività sarebbe elemento identificante della relazione coniugale e quello che la specifica e la rende diversa da qualunque altra relazione interpersonale⁽⁸⁾. Un'analisi antropologica sbagliata potrebbe non riconoscere il valore personalistico della procreatività: è un errore dire che la procreatività è un fine istituzionale e non personalistico, perché il vero amore coniugale è un «amor-ad-vitam-apertus»⁽⁹⁾. Per questo, non si deve parlare di gerarchia tra i fini, ma di armonia⁽¹⁰⁾.

Così, non è possibile l'unione delle anime senza una vera e coniugale unione dei corpi, che nella relazione matrimoniale è necessa-

praecise quia eius elementum essenziale (cf. can. 1055, § 1), seu obiectum formale, positiva voluntate reicit».

⁽⁵⁾ c. RAGNI, *Pataviana*, 4 iulii 1995, in RRDec. vol. LXXXVII, pp. 449-466, nn. 6-7, p. 453.

⁽⁶⁾ *Ibidem*, n. 9, pp. 454-455.

⁽⁷⁾ c. BRUNO, *Ravennaten.-Cervien.*, 19 decembris 1995, in RRDec. vol. LXXXVII, pp. 731-739, n. 3, p. 732: «Et ideo, proles finis specificus ac naturalis coniugii necnon obiectum directum consensus matrimonialis, per quem traditur et acceptatur ius ad actus per se aptos ad prolis generationem in perpetuum, i. e. absque ulla limitatione temporis».

⁽⁸⁾ c. BURKE, *Mediolanen.*, 19 octobris 1995, in RRDec. vol. LXXXVII, pp. 557-566, n. 3, p. 558.

⁽⁹⁾ *Ibidem*, nn. 3-4, p. 558.

⁽¹⁰⁾ *Ibidem*, n. 5, p. 559: «Iustum non videtur proponere existentiam alicuius tensionis naturalis inter istos fines, nec utile est postulare *hierarchiam* inter eos (quae quidem nullo loco proponitur in Concilio Vaticano II neque in ullo principali documento magisterio post-conciliaris). Quoad relationem inter hos duos fines institutionales matrimonii, oportet potius ut eorum harmonia, connexio ac intima interdependentia in luce ponantur».

riamente aperta alla terza persona del figlio. Non si può dare una vera unione personale tra i coniugi che non tenga conto di questa dimensione procreativa⁽¹¹⁾.

La reale donazione coniugale, per tanto, implica la donazione della procreatività. Non della prole come realtà, ma della potenziale paternità e maternità. In questo senso, la sentenza distingue tra la prole come realtà e la procreatività o *prolis in suis principiis*: «Talis donatio/acceptatio mutuae ac complementariae potentiae procreativae — scilicet, “bonum prolis”, in proprio sensu procreativitatis (“proles in suis principiis”) — essentialis est ut mutua auto-donatio sit authentice coniugalis, apta nempe pro constitutione veri matrimonii. Si unus aliave nupturiens positive excludit donum procreativitatis, insequitur quod consensus praestitus ad matrimonium constituendum inadaequatus est. Procreativitatem nempe excludens, quis reapse non donat, nec alteram partem accipit, in plena coniugali dimensione personae»⁽¹²⁾.

Anche la decisione c. Huber del 24 novembre 1995 inizia con la distinzione tra la prole intesa come realtà e la prole *in suis principiis*⁽¹³⁾. Benché appaia chiaro che il *bonum prolis* riguarda la retta comprensione della dimensione procreativa della coniugalità, in non poche occasioni la giurisprudenza torna sulla volontà di generare come contenuto del *bonum prolis*. Ma in questo bisogna essere molto precisi. La sentenza rispecchia questa difficoltà per determinare il contenuto del *bonum prolis* nel momento della manifestazione del consenso: «semper verum manet eum invalide contrahere, qui in consensu praestando intentionem generandi excludit. Censetur intentio prolis esclusa, cum id fiat positivo actu voluntatis ita firmatae, absolutae et praevaletis, ut nonnisi destitutum filiis matrimonium quis inire intendat»⁽¹⁴⁾. Cosa succederebbe nei casi in cui per gravi

⁽¹¹⁾ *Ibidem*, n. 6, p. 559: «Coniuges vero non possunt assequi expressionem eorum mutui amoris magis “personalizatam”, quam participare insimul in actu (qui *coniugalis* actus expresse nuncupatur) cuius fructus ac plenitudo est praecise tertia persona».

⁽¹²⁾ *Ibidem*, n. 9, p. 560.

⁽¹³⁾ c. HUBER, *Colonien.*, 24 novembris 1995, in RRDec., vol. LXXXVII, pp. 634-640, n. 2, p. 635: «Bonum prolis in suis principiis, id est intentio prolis pertinet ad matrimonii essentiam “sine qua matrimonium esse non potest” (S. Th. Suppl., q. XLIX, a. 3, c) (...) Pacificum est bonum prolis “qualificari et commensurari semper debere cum actibus per se aptis ad prolis generationem, nempe cum actu coniugali” (c. Pompedda, 3 iulii 1990, n. 3)».

⁽¹⁴⁾ *Ibidem*, n. 4, p. 635.

ragioni i coniugi decidessero di evitare la prole rispettando la dimensione procreativa dell'atto coniugale? Ancora di più: sarebbe ammissibile la volontà di entrambi i coniugi di non consumare il matrimonio per motivi giusti? Ci sembra che oggi è possibile che si diano queste situazioni: pensiamo, ad esempio, a coloro che dopo una vita maritale di fatto, con figli già nati, decidessero di regolarizzare la loro situazione, disponendo allo stesso tempo di non avere più figli per ragioni giuste, o al caso di colui che, affetto da una malattia gravemente infettiva, contraesse il matrimonio con la volontà espressa di non consumarlo pensando al bene dell'altro coniuge. Sono esempi che potrebbero sembrare dei casi limite, ma pensiamo possano servire a mostrare la necessità di restare aperti alla realtà del caso concreto, perché il giudizio sulla nullità o la validità deve tener conto del concreto progetto matrimoniale e della sua conformità con i contenuti essenziali della coniugalità al momento del patto coniugale, nonché della realtà delle persone dei contraenti.

A conferma di questa nostra affermazione, sta il fatto che l'elemento determinante non è che i figli ci siano stati o meno, ma la reale volontà dei contraenti al momento delle nozze. La stessa sentenza afferma che, se ci fossero dei figli, si dovrebbe accertare che questi sono nati malgrado tutte le precauzioni prese dai coniugi per evitarli e in seguito ad una volontà escludente che era già presente al momento delle nozze. Lo stesso si afferma del fatto che la donna abbia fatto ricorso all'aborto: non è di per sé prova dell'esclusione, perché tante volte è frutto di cattivi consigli o di inadempimenti degli obblighi matrimoniali da parte del marito, che comunque sono circostanze sopravvenute al consenso⁽¹⁵⁾. È però chiaro che, qualunque sia la decisione nei confronti dei figli, non basta rispettare la dimensione procreativa, ma è necessario accettare le sue conseguenze, nel senso che una volontà che rifiuti positivamente di ricevere e di farsi carico dei figli che potessero venir concepiti malgrado le cautele prese per cause giuste, sarebbe anche una volontà non matrimoniale.

In questa sentenza si propone ancora il contenuto della classica espressione *bonum prolis*. La domanda sul contenuto del *bonum prolis* si potrebbe specificare così: cosa significa che il matrimonio è «ordinato alla procreazione ed educazione della prole»? Le sentenze rotali recenti tornano più volte sull'argomento, riportando la nota af-

(15) Cfr. *Ibidem*, n. 5, p. 636.

fermazione di San Tommaso secondo la quale la prole sarebbe elemento essenziale del matrimonio soltanto *in suis principiis*. La questione è determinare il significato dell'espressione, perché alle volte viene identificata con la apertura verso la dimensione procreativa degli atti coniugali e alle volte con la cosiddetta *intentio prolis*⁽¹⁶⁾. Pensiamo che sia più chiaro identificarla con l'apertura alla coniugalità in tutte le sue dimensioni, particolarmente quella procreativa, perché l'*intentio prolis*, in se stessa, si potrebbe intendere in modi diversi e poco precisi. Un esempio lo abbiamo nella volontà di prole facendo ricorso ai metodi artificiali di procreazione che, in quanto non rispettano la verità del rapporto coniugale uomo-donna, che è al centro della complementarità coniugale, non è manifestazione di una reale volontà di accettazione dell'altro nella verità della sua condizione sessuata nel matrimonio, il quale implica necessariamente la potenziale paternità-maternità frutto della personale e inalienabile mutua donazione corporale. Il punto del problema è determinare se si accetta e si dona la propria dimensione di fecondità della sessualità, che è inscindibile dalla donazione corporea sessuale tra uomo e donna, non la semplice volontà e ancor meno la semplice intenzione di avere figli. Così come potrebbe esserci una volontà di non avere figli, ma nel rispetto della verità della sessualità, che non necessariamente intaccherebbe la verità della donazione matrimoniale, potrebbe esserci anche una volontà chiara di avere figli che non rispetti questa verità della coniugalità, ad esempio, per la volontà di far ricorso alla fecondazione artificiale, per la volontà di esclusività nella decisione sul come, se e quando avere dei figli. Indubbiamente, come abbiamo già detto, non basta che i coniugi restino aperti alla fecondità ma, dalla stessa prospettiva della verità sulla persona e sul matrimonio, il fatto che la prole venga concepita esige che i coniugi si assumano le conseguenze per quanto riguarda la cura e l'educazione di essa. Questo sarebbe il senso nel quale l'accettazione ed educazione della prole formano parte del *bonum prolis* come elemento essenziale dell'oggetto del patto coniugale. Perché ci sia consenso ma-

(16) Questo è il senso che si da all'espressione in una sentenza c. Civili, *Bononien.*, 18 dicembris 1995, in RRDec. vol. LXXXVII, pp. 694-705, n. 6, p. 696: «Iuxta Angelicum Doctorem, ordinatio matrimonii ad prolem, quam ipse "intentio prolis" vocat, est res revera essentialissima, quatenus ex ipsa foederis natura causatur i. e. in suis principiis: nullum igitur dubium quin ipsum matrimonium in fieri corrumpat si contrahens ordinationem illam excludat».

trimoniale valido non è quindi necessaria la presenza di una volontà articolata che consapevolmente accetti diversi obblighi: apertura alla fecondità, accettazione dell'eventuale prole, volontà di educarla, ecc., ma basta che ci sia una reale donazione e accettazione vicendevole come coniugi, con tutto quello che la realtà *coniuge* implica nella sua essenzialità, specificamente, nell'argomento che ora trattiamo, riguardo alla dimensione procreativa dell'unione coniugale.

Si intende, però, che ciò non deve significare che l'oggetto consocio del patto sia l'interscambio di diritti e di obblighi, ma la reale volontà di donarsi coniugalmente. Nella vera volontà matrimoniale, non c'è un oggetto complesso e articolato del consenso, quasi che i coniugi dovessero positivamente integrare nella loro volontà i diversi elementi: c'è, semplicemente, la volontà di sposarsi, cioè, di donarsi coniugalmente, e da questa reale donazione scaturirebbero i diritti e gli obblighi. Nella volontà simulatoria, invece, questa unicità viene sciolta, quando il contraente che esclude pretende un consenso che abbia alcuni elementi del matrimonio ma volendo escluderne altri, vale a dire, vuole l'altro come coniuge, ma non con tutto quello che implica l'essere coniuge, escludendo positivamente alcune delle dimensioni della coniugalità, la fecondità in questi casi.

Indubbiamente, una volontà che accetti gli atti aperti alla vita ma rifiuti radicalmente la vita stessa o il prendersi cura degli eventuali figli, non sarebbe una volontà matrimoniale, perché anche in questi casi si rifiuterebbe la dimensione di fecondità della coniugalità. Ancora una volta, si scorgerebbe una scissione nell'unità essenziale dell'atto di donazione coniugale il quale, quando è vero, implica la donazione/accettazione della coniugalità con quello che essa implica nella sua essenzialità. Questa unità della donazione, che non esige una complessa formazione di una volontà articolata in un insieme di diritti e obblighi, viene palesata con grande semplicità dalla tradizione liturgica con le parole della celebrazione nuziale, che esprimono il nocciolo delle nozze come manifestazione esterna costitutiva della relazione coniugale: «ti accetto come mio marito / mia moglie, mi dono come tuo marito / tua moglie». In queste semplici parole, quando non si è intromessa la forza distruttrice della simulazione, si contiene tutta l'essenza della vera donazione coniugale.

Nella determinazione del contenuto giuridico del *bonum prolis*, una sentenza c. Huber del 20 dicembre 1995 parla in primo luogo del diritto-dovere agli atti veramente coniugali: «Si distinguimus in bono prolis id, quod est essenziale, ab eis, quae sunt integrantia

vel accidentalia, dicere debemus bonum prolis essentialiter comprehendere ius et correlativam obligationem ac actus matrimonii proprios peragendo»⁽¹⁷⁾. Poi, di seguito, conferma quanto dicevamo poc' anzi: sarebbe anche parte dell'essenza del *bonum prolis* l'accettazione ed educazione dell'eventuale prole: «Hoc bonum amplectitur iuxta constantem iurisprudentiam canonicam etiam bonum physicum prolis, id est ius et officium ad prolis forte conceptae nativitatem eiusque in vitae conservationem et educationem»⁽¹⁸⁾.

Ciò non significa, però, che oltre a volere i figli sia necessario che i contraenti consapevolmente abbiano una volontà di riceverli, educarli, ecc. Va ribadita ancora la *unicità* e la *semplicità* del atto del consenso, cioè, non si può chiedere ai contraenti una volontà articolata indirizzata ai diversi diritti e doveri che scaturiscono dal consenso matrimoniale, perché la volontà matrimoniale, per la sua stessa natura, non va indirizzata primariamente ai diritti-obblighi coniugali, né l'oggetto primario del patto coniugale sono questi diritti e doveri, ma le stesse persone dei contraenti nella loro coniugalità⁽¹⁹⁾. Nel momento del consenso, quando questo è vero — cosa che si deve presumere (c. 1060) — c'è una volontà di donarsi realmente nella coniugalità, cioè, proprio nella complementarità che scaturisce dalla diversità uomo-donna e, da questa donazione personale, scaturiscono tutti i diritti e doveri coniugali, ma come conseguenza della donazione delle persone, non come interscambio di diritti e doveri realizzato mediante un contratto sinallagmatico. Chiedere una volontà che positivamente, al momento del consenso, accetti tutte le conseguenze giuridiche della donazione coniugale sarebbe chiedere più di quello che esige la realtà del consenso e la realtà della persona umana. Che il consenso simulato sia il rovescio del consenso vero non significa che perché ci sia vero consenso sia necessaria la consapevole assunzione di tutti i diritti e doveri essenziali del matrimonio. La scissione e la dispersione tra i diritti e gli obblighi matrimoniali avviene nel consenso simulato, quando il contraente, volontariamente, decide di fare la scissione: «voglio questo ma non quest'altro»; non invece nel consenso vero, nel quale la vera volontà di donarsi coniugal-

⁽¹⁷⁾ c. HUBER, *Friburgen.*, 20 decembris 1995, in *RRDec.*, vol. LXXXVII, pp. 747-757, n. 7, p. 749.

⁽¹⁸⁾ *Ibidem.*

⁽¹⁹⁾ Cfr. J. CARRERAS, *Il «bonum coniugum» oggetto del consenso matrimoniale*, in «*Ius Ecclesiae*» 6(1994), pp. 117-158.

mente, con tutto quello che implichi la donazione, coinvolge l'insieme dei diritti e obblighi matrimoniali essenziali.

Come dicevamo nel fare l'analisi della sentenza c. Civili del 18 dicembre 1995, non basta che ci sia una volontà chiara di non avere più figli, soprattutto nei casi in cui già c'erano, ma bisogna andare oltre e analizzare la reale volontà dei contraenti al momento di contrarre il matrimonio, perché è possibile una vera volontà matrimoniale nella quale i coniugi abbiano deciso, nel rispetto della verità del matrimonio e delle relazioni sessuali, di non generare più prole per motivi giustificati. La domanda centrale sarebbe, come abbiamo ribadito più volte, se al momento della manifestazione del consenso la volontà interna dei contraenti era una volontà veramente matrimoniale, nella quale c'è una donazione/accettazione vicendevole in tutte le dimensioni essenziali della mascolinità e femminilità, non in astratto, ma nella situazione concreta dei contraenti e secondo un determinato progetto matrimoniale che risponde e rispetta sia la loro reale situazione sia le esigenze della verità sulla persona e sulla sessualità.

Per tutto questo, i giudici devono evitare l'applicazione di categorie rigide o di preconcetti nella soluzione del caso concreto. L'operato del giudice non può mai essere una semplice applicazione di norme o di categorie previamente costruite, ma deve essere una vera azione di prudenza, nella quale, alla luce della verità sul matrimonio e il consenso, e tenendo conto delle realtà del caso concreto, il giudice scorge la verità o la falsità del segno nuziale, sempre alla luce dei principi che informano tutto il sistema matrimoniale della Chiesa.

b) *Il senso dell'espressione «atto positivo di volontà» adoperata dal legislatore.*

Alcune sentenze parlano di un atto positivo di volontà diverso dall'atto di volontà di contrarre il matrimonio, come se esistessero due atti di volontà che si contrappongono. Al riguardo, pensiamo che sia più preciso parlare di una volontà positivamente contraria alla verità matrimoniale, nel senso che, nei casi di esclusione, abbiamo, da una parte, una volontà di mettere in atto il segno nuziale e, dall'altra, una volontà concreta che per il suo contenuto è radicalmente contraria alla verità sul matrimonio, perché ha un oggetto che non è confacente con la coniugalità o con una delle sue dimensioni essenziali. Nel consenso valido non ci sono due atti di volontà, uno di sposarsi e un altro di celebrare il matrimonio, ma un unico

atto di volontà che si manifesta esternamente mediante il segno nuziale. Nel consenso simulato, invece, c'è una scissione di questa unità, perché il segno nuziale non rappresenta più quello che dovrebbe essere, ma viene falsato da una volontà determinata ad un contenuto che non è veramente coniugale. Quindi, più che due atti di volontà che si annullano a vicenda, abbiamo una volontà non matrimoniale e una volontà di realizzare il segno nuziale che non corrisponde a ciò che dovrebbe significare.

In una sentenza c. Giannecchini del 28 marzo 1995 si ribadisce la necessità di una causa grave e proporzionata e di un atto positivo di volontà, che viene distinto dalle intenzioni, desideri, ecc. ⁽²⁰⁾. Nel definire cosa sia l'atto positivo di volontà, si legge nella sentenza: «*Exclusio absoluta et perpetua, illis scilicet qui dum verba consensum exprimentia profert, firmum gerit propositum in perpetuum excludendi prolis generationem. Hoc sane in casu invalide contractum*» ⁽²¹⁾.

Come si vede, l'atto positivo di volontà viene identificato con il proposito fermo di escludere la generazione della prole al momento di manifestare il consenso. Non sembra quindi che si debba esigere un doppio atto di volontà: quello di sposare e quello di escludere, ma che al momento di manifestare le parole del consenso vi sia in contemporanea una volontà positiva contraria alla prole.

In un'altra sentenza, c. Ragni del 4 luglio 1995, ci sono riferimenti anche alle caratteristiche dell'atto positivo di volontà: «*quaevis simulatio vel exclusio quoad matrimonium — solummodo posita in momento manifestationis consensus matrimonialis per actum positivum voluntatis modo actuali vel virtuali elicatum atque simplici forma aut conditione seu pacto vestitum — matrimonialem contractum nullum reddit*» ⁽²²⁾. Detto questo, ribadisce che gli abusi ses-

⁽²⁰⁾ c. GIANNECCHINI, *Placentina-Bobien.*, 28 martii 1995, in RRDec., vol. LXXXVII, pp. 240-251, n. 2, p. 242: «*Simulatio excludi absolute vel a priori nequit, sed admittenda non videtur nisi adsit causa proportionate gravis (...). Absque gravi causa, simulatum actum ponere eo vel magis quod ad simulationem vel partialem patrandam necesse est ut vera contraria voluntas, seu per actum positivum voluntatis manifestata, quae revera circumscribat consensus obiectum et consequenter matrimonium irritum reddat. Quem effectum autem non obtinet intentiones habituales et eo vel magis interpretativae, quae voluntatem non determinant, item desideria, velleitates, animi suasiones, errores et alia huiusmodi contra bona matrimonii militantia*».

⁽²¹⁾ *Ibidem*, n. 8, p. 254.

⁽²²⁾ c. RAGNI, *Patavia*, 4 iulii 1995, cit., n. 9, p. 455.

suali o l'inadempimento dei doveri che hanno la loro origine in ragioni gravi o meno sorte dopo il matrimonio, non rendono nullo il matrimonio già celebrato validamente.

La sentenza afferma chiaramente la necessità di determinare l'esistenza nel caso concreto di un atto positivo di volontà di esclusione contrario all'atto positivo di volontà di celebrare il matrimonio. Quindi, sembra affermare come elemento della fattispecie il doppio atto positivo di volontà: «*primum elementum probationis desumi debet in detegendo num in singulo casu — contra actum positivum voluntatis nupturientis matrimonium contrahendi — in animo eiusdem elicitus fuerit alter positivus voluntatis actus excludens aliquam proprietatem essentialem aut bonum essenziale eiusdem matrimonii*»⁽²³⁾

In questo senso, nella decisione c. Burke del 19 ottobre 1995 si dice dell'atto di esclusione che deve essere positivo e presente al momento del consenso: «*medulla quaestionis est realis mens nupturientis: utrum necne positivo actu voluntatis quendam essentialem aspectum auto-donationis coniugalis exclusisset*»⁽²⁴⁾.

Al riguardo, bisogna approfondire la necessità di un doppio atto di volontà⁽²⁵⁾. Forse una precisazione va fatta. Nel consenso simulato non si può parlare di una volontà di contrarre il matrimonio e di una volontà positiva di esclusione, che cancellerebbe la prima. Allo stesso modo in cui nel consenso valido non ci sono due atti positivi di volontà — la volontà di donarsi e la volontà di realizzare l'atto di manifestazione del consenso come volontà diversa—, nel consenso simulato la scissione tra realtà e apparenza non si ha tra due volontà che si trovano allo stesso livello, ma tra la realizzazione del segno nuziale esterno e una volontà interna che non si corrisponde con la vera volontà di donazione coniugale con tutti i suoi elementi: cioè, non ci sono due volontà interne che riguardano il progetto matrimoniale: voglio veramente Tizia come moglie e voglio sposarla, ma non voglio in essa, con atto positivo, una proprietà o un elemento essenziale della coniugalità. La realtà sarebbe piuttosto: voglio costituire il segno esterno nuziale per unirmi a Tizia ma, allo

⁽²³⁾ *Ibidem*, n. 10, p. 455.

⁽²⁴⁾ c. BURKE, *Mediolanen.*, 19 octobris 1995, cit., n. 15, p. 561.

⁽²⁵⁾ È molto interessante l'analisi che al riguardo fa P. J. VILADRICH nel suo commento al can. 1101, in *Comentario Exegético al Código de Derecho Canónico*, vol. III, Pamplona 1996, pp. 1323-1380.

stesso tempo, con una volontà ben determinata, voglio un progetto di vita che è radicalmente incompatibile con la verità che dovrebbe essere manifestata tramite il segno nuziale nel quale le volontà dei contraenti costituiscono il patto coniugale con tutte le sue caratteristiche, proprietà ed elementi essenziali⁽²⁶⁾. In questo senso, nell'atto simulatorio, si opera una scissione tra volontà esterna e volontà interna, per cui nel consenso simulato — diversamente da quanto accade nel consenso valido nel quale c'è un'unica volontà che viene manifestata esternamente nel segno nuziale, per cui non c'è bisogno di una volontà di sposarsi e di una volontà diversa di costituire il segno nuziale — c'è uno sdoppiamento della volontà: volontà interna non matrimoniale e volontà di costituire il segno nuziale falsato in quanto non corrisponde con quello che dovrebbe significare. È questo, al nostro avviso, il senso dell'espressione «atto positivo di volontà» adoperata dal Legislatore⁽²⁷⁾.

c) *La distinzione tra «ius» e «usum iuris».*

La giurisprudenza non è unanime riguardo alla distinzione tra *ius* e *usum iuris*. Alcune sentenze rotali rifiutano l'applicabilità di questa distinzione allo stesso atto del consenso, perché sarebbe inammissibile una volontà di assumere il diritto insieme a una volontà di non obbligarsi. Altre sentenze, invece, continuano ad adoperare la distinzione. Pensiamo che sia più conforme a verità la prima linea giurisprudenziale. La causa delle divergenze, tante volte, si trova in una confusione tra il livello probatorio e quello sostantivo. A livello di prova della simulazione, la distinzione tra una volontà contraria al diritto e la realtà dell'inadempienza dimostrata durante la vita matrimoniale è essenziale, perché soltanto qualora l'inosservanza avesse la sua causa in una volontà positiva presente al mo-

(26) Nel suo recente discorso alla Rota Romana diceva Giovanni Paolo II: «In definitiva, la simulazione del consenso, per portare un esempio, altro non significa che dare al rito matrimoniale un valore puramente esteriore, senza che ad esso corrisponda la volontà di una donazione reciproca di amore, o di amore esclusivo, o di amore indissolubile o di amore fecondo. Come meravigliarsi che un simile matrimonio sia votato al naufragio? Una volta cessato il sentimento o l'attrazione, esso risulta privo di ogni elemento di coesione interna. Manca, infatti, quel reciproco impegno oblativo che, solo, potrebbe assicurarne il perdurare» (GIOVANNI PAOLO II, *Discorso alla Rota Romana*, 21 gennaio 1999, cit., n. 4).

(27) Cfr. P. J. VILADRICH, *Comentario...*, cit., pp. 1325-1328.

mento della manifestazione del consenso si potrà parlare di simulazione del consenso. Assolutizzare questi criteri e applicarli al consenso matrimoniale, a nostro avviso, non gioverebbe alla comprensione di cosa siano il consenso e gli elementi e proprietà essenziali del matrimonio. Come dicevano alcune delle sentenze che abbiamo analizzato, non si vede come sia possibile che, nello stesso atto del consenso, uno dei coniugi si impegni e assuma i suoi obblighi e al contempo si rifiuti radicalmente all'adempimento di essi.

Tra le decisioni che continuano ad adoperare la distinzione tra il diritto e il suo esercizio riguardo alla assunzione del *bonum prolis* nel momento manifestativo del consenso matrimoniale possiamo indicare una c. Giannecchini del 28 marzo 1995⁽²⁸⁾; una c. De Lanversin del 5 aprile 1995, che afferma che non è una distinzione artificiosa ma che risponde alle reali possibilità psicologiche della persona⁽²⁹⁾; una c. Ragni del 4 luglio 1995⁽³⁰⁾.

La sentenza c. Huber del 20 dicembre 1995 torna sul problema della cosiddetta esclusione temporale della prole, affermando che se questa esclusione è una esclusione *ad tempus* dello stesso diritto agli atti coniugali in quanto diritto, sarebbe una vera esclusione della prole. Tentando di spiegare la diversità tra la esclusione del diritto e la volontà di non osservarlo, fa uno sforzo di distinzione tra l'intenzione di non obbligarsi e l'intenzione di non osservare gli oneri assunti, affermando che benché logicamente si possa fare la distinzione, psicologicamente è molto difficile che si dia nell'animo dei contraenti, anche perché nei contraenti che veramente escludono quello di cui sono consapevoli è semplicemente della ferma volontà di non avere figli⁽³¹⁾. Pensiamo che il problema non sia soltanto psicologico ma reale, in quanto non si vede quale accettazione della coniugalità e della fecondità ci possa essere in una volontà positiva di

(28) Cfr. c. GIANNECCHINI, *Placentina-Bobien.*, 28 martii 1995, cit., n. 2, p. 242.

(29) c. DE LANVERSIN, *Interammen.-Narnien.-Amerina*, 5 aprilis 1995, cit., n. 7, p. 254: «Quae distinctio haud mere speculativa est cum ad modum agendi hominum pertineat».

(30) c. RAGNI, *Pataviana*, 4 iulii 1995, cit., n. 11, p. 457: «Quamvis "il rifiuto della fecondità priva la vita coniugale del suo preziosissimo dono, il figlio" (CCC. n. 1664), recusatio tamen fecunditatis tunc tantum nullum reddit matrimonium, cum ipsum ius sive officium ad dictam coniugalem procreativitatem afficit, minime vero si ad iuris usum vel abusum modo se refert, aut ad officii non adimpletionem tantum spectat».

(31) cfr. c. HUBER, *Friburgen.*, 20 decembris 1995, cit., n. 8, pp. 749-750.

non rispettare la dimensione fecondativa dell'atto coniugale e la potenziale paternità-maternità dell'altro coniuge. Si deve comunque evitare la assolutizzazione dei criteri che servono in sede probatoria per distinguere la vera esclusione della prole dal semplice abuso del diritto successivo alla celebrazione del matrimonio.

Invece, nell'ultimo volume delle decisioni rotali ci sono altre sentenze che sostengono l'inapplicabilità della distinzione nello stesso atto del consenso matrimoniale. È il caso della sentenza c. Bruno del 19 dicembre 1995 la quale, citando Staffa, conferma la linea di giurisprudenza già indicata secondo la quale non è possibile, nello stesso atto del consenso, una volontà di assumersi l'obbligo insieme a una volontà positiva di inadempienza: « Consensus matrimonialis proprie dictus, cum voluntate non adimplendi obligationem, nihil aliud esse nisi voluntas sumendi obligationem una cum voluntate excludendi obligationem adimplendi, id est voluntas sumendi obligationem et simul voluntas obligationem non sumendi: quod est contradictorium »⁽³²⁾.

La sentenza c. Civili del 18 dicembre 1995 analizza le diverse interpretazioni della dottrina dell'Aquinate sulla distinzione tra la volontà escludente il diritto e l'esclusione dell'uso del diritto, affermando che questa distinzione tra diritto ed esercizio del diritto è stata molte volte assolutizzata dalla dottrina e dalla giurisprudenza. È vero che una cosa è il diritto ed un'altra il suo esercizio, ma applicare questa distinzione al momento del consenso non è per niente chiaro⁽³³⁾. La sentenza, cercando di spiegare il perché di queste affermazioni, approfondisce la natura degli obblighi coniugali, sostenendo che i diritti-doveri riguardanti il matrimonio non possono essere trattati come diritti reali, nei quali sarebbe possibile la scissione tra il diritto ed il suo uso, anche al momento della trasmissione del diritto, come succede, ad esempio, con il diritto di proprietà⁽³⁴⁾. I diritti inerenti al matrimonio, che sono diritti personalissimi, non ammettono al momento della loro tradizione questa scissione. Perciò, nel caso del *bonum prolis*, non sarebbe una vera accettazione del diritto quella di colui il quale dice di donare ed accettare la dimensione feconda della coniugalità ma, allo stesso tempo, nello

(32) c. BRUNO, *Ravennaten.-Cervien.*, 19 decembris 1995, cit., n. 4, p. 733.

(33) Cfr. c. CIVILI, *Bononien.*, 18 decembris 1995, cit., n. 8, p. 697.

(34) *Ibidem*, nn. 10-11, p. 698.

stesso atto di costituzione del vincolo coniugale, si riservasse o rifiutasse l'uso del diritto o l'adempimento del dovere. Quindi, colui che al momento del consenso ha la volontà positiva contraria all'uso della sessualità conforme alla sua verità, non sta cedendo nessun diritto. Perciò, la distinzione tra diritto e uso del diritto può essere utile nel momento di determinare l'esistenza di una vera esclusione, nel senso che una cosa è escludere un dovere essenziale al momento del consenso, il che renderebbe nullo il matrimonio, e un'altra cosa sarebbe l'inosservanza di un dovere che era stato assunto, dovendo il giudice, dinanzi ai fatti concreti della vita matrimoniale, distinguere per chiarire tra l'esclusione vera e propria e il semplice inadempimento degli obblighi per cause che appaiono lungo la vita matrimoniale. Invece, non è giusto fare questa distinzione nell'analizzare la volontà dei contraenti al momento della manifestazione del consenso, come se fosse possibile, al momento di pronunciare il sì, che la persona da una parte ammettesse il diritto e, allo stesso tempo, ne rifiutasse l'adempimento: si può dire che il diritto-dovere è stato accettato quando già sin dal momento fondante del patto c'è una volontà positiva di inadempienza? Pensiamo di no⁽³⁵⁾.

La sentenza, tenuto conto di questo chiarimento, spiega in questo modo la tradizionale dottrina di San Tommaso: «Censemur revertendum ad genuinum sensum doctrinae thomisticae: matrimonium invalidum esse si consensu contrahens exprimeret voluntatem contrariam intentioni prolis, seu, utendo terminis vigentis legis canonicae, contrariam ordinationi naturali ad prolis generationem et educationem»⁽³⁶⁾.

Siamo d'accordo per quanto riguarda il chiarimento sul senso della distinzione tra *ius* e *exercitium iuris*, che sarebbe inapplicabile al momento del consenso ma, a nostro avviso, affermare che l'oggetto della volontà è la *intentio prolis* e non l'apertura agli atti coniugali, cioè, realizzati nel rispetto della dimensione unitiva e procreativa, potrebbe trovare un ostacolo difficile da superare: l'ammissibilità di un consenso che includa la cosiddetta «paternità responsabile». Infatti, la citata sentenza c. Civili, di fronte a questa

(35) Cfr. P.J. VILADRICH, *Comentario...*, cit., p. 1360-1363. L'autore parla di questo argomento specificamente nella trattazione dell'esclusione del *bonum fidei*, ma pensiamo che sia estensibile all'esclusione del *bonum prolis* se viene interpretato come abbiamo precedentemente indicato.

(36) c. CIVILI, *Bononien.*, 18 decembris 1995, cit., n. 14, pp. 698-699.

possibilità, dà una risposta che, a nostro avviso, potrebbe essere malintesa: « Admitti potest in peculiarissimis circumstantiis, accedentibus gravibus causis (...) quod coniuges prolis generationem vitent vel differant, servata tamen castitate aut, sin minus, methodis naturalibus licitisque recurrant ad mulieris fecundationem impediendam (...). Iste autem pactiones concipi possunt in matrimonio in factò esse, non autem in matrimonio in fieri; etenim si positae antequam consensus praestetur, in discrimen trahere possent ipsius consensus valorem, quatenus pervenirent ad spoliandam coniugalem pactionem essentiali ordinatione ad prolis generationem »⁽³⁷⁾. Sembrerebbe affermare che quello che si può fare lecitamente dopo la celebrazione del matrimonio renderebbe nullo il consenso se si facesse al momento della sua manifestazione. La sentenza, appunto, alla fine della parte *in factò* ribadisce che « procreatio responsabilis pertinet ad coniuges, non ad contrahentes. Inepte proinde invocatur ad iustificandam voluntatem numquam procreandi, qualis profecto fuit illa ab Actrice elicitata »⁽³⁸⁾. Non basta dimostrare che uno o entrambi i coniugi avevano la volontà di non avere dei figli per motivi più che giustificati, ma è necessario determinare il *come*, vale a dire, se lei o entrambi erano disposti o meno agli atti coniugali realizzati del rispetto della dimensione fecondativa. Perciò, la nullità sta non nella sola decisione di non avere figli, ma nell'esclusione degli atti coniugali realizzati nel rispetto della loro doppia dimensione unitiva e procreativa, quindi, nella mancanza di una vera volontà coniugale, a causa del rifiuto della dimensione coniugale dell'altro contraente in quello che essenzialmente implica.

Converrebbe, nel caso concreto, delimitare il confine tra l'esclusione del diritto e la volontà determinata totalmente all'inadempimento di questo. Fino a che punto si può affermare che non sia una vera volontà di escludere lo stesso *bonum prolis* una volontà positiva di non osservare un diritto che forma parte dello stesso consenso? Ha veramente voluto la dimensione feconda della coniugalità colui che già al momento del matrimonio, benché teoricamente ammetta che i figli sono una dimensione essenziale, non è disposto a osservare i suoi obblighi al riguardo? Per rispondere a queste domande, il giudice deve tener in conto ciò che determina la realtà

⁽³⁷⁾ *Ibidem*, n. 15, p. 699.

⁽³⁸⁾ *Ibidem*, n. 28, p. 705.

del consenso matrimoniale nel caso concreto, che non sono le idee, le motivazioni, le inclinazioni, ma la reale volontà delle persone. Analogamente, il solo fatto di pensare che i figli sarebbero di intralcio alla vita di coppia non rende di sicuro nullo il consenso matrimoniale, se non c'è una volontà di esclusione, l'aver l'idea chiara che l'ordinazione alla prole è essenziale al matrimonio, se insieme c'è una radicale volontà di non rispettare questa dimensione che si ritiene appartenente al matrimonio, farebbe venir meno il consenso per mancanza di un elemento essenziale del suo oggetto. La risposta alla domanda sulla nullità deve quindi tener conto della reale volontà dei contraenti al momento della manifestazione del loro consenso, non soltanto delle loro idee, opinioni, motivazioni, ecc. Perciò, il solo fatto di aver accertato gli errori presenti al riguardo nell'educazione ricevuta non è prova dell'esclusione della prole o di qualche altro elemento o proprietà essenziale del matrimonio, e non possono nemmeno diventare presunzioni di nullità da dover essere contraddette in giudizio⁽³⁹⁾.

Queste sono soltanto alcune delle questioni nelle quali si scorge una necessità di approfondimento sia dottrinale che giurisprudenziale, che abbiamo voluto indicare proprio perché centrali per la retta comprensione del fenomeno simulatorio. Nelle sentenze che abbiamo analizzato ce ne sono altre questioni: le conseguenze giuridiche della cosiddetta esclusione temporanea della prole, i mezzi di prova della simulazione, ecc. Lo sforzo per chiarire le questioni principali, senz'altro, gioverà alla realizzazione di una concreta volontà del legislatore universale, rappresentato dalla funzione della giurisprudenza dei Tribunali Apostolici come strumento per la adeguata interpretazioni delle leggi nonché per la unificazione della giurisprudenza ecclesiastica, la quale non deve essere un areopago per la manifestazione di personali opinioni, ma un campo nel quale, con l'unità di criterio che dà la retta comprensione del matrimonio e la chiarezza di idee riguardo alla missione dei giudici chiamati ad applicare il diritto nei casi concreti, si rende giustizia ai fedeli nella Chiesa.

Héctor Franceschi. F.

⁽³⁹⁾ Cfr. U. NAVARRETE, *Commentario al decreto della Segnatura Apostolica sulle cosiddette «presumptions of fact»*, in «Periodica» 85 (1996) pp. 531-548 e M.A. ORTIZ, *Circa l'uso delle presunzioni nelle cause di nullità del matrimonio*, in «Ius Ecclesiae» 8 (1996), pp. 839-850.

Pagina bianca

Note e commenti

Pagina bianca

LE CONFERENZE EPISCOPALI NEL MOTU PROPRIO APOSTOLOS SUOS

1. Il contesto generale del documento. — 2. L'assetto teologico delle conferenze episcopali, tra collegialità episcopale e governo personale del vescovo. — 3. Le dichiarazioni dottrinali delle conferenze episcopali. — 4. La natura giuridica delle conferenze episcopali. — 5. Alcune considerazioni di carattere organizzativo.

1. *Il contesto generale del documento.*

In data 21 maggio 1998 è stato pubblicato dalla Santa Sede l'atteso documento sulla natura teologica e giuridica delle conferenze episcopali⁽¹⁾. La forma di *motu proprio* pontificio scelta per la promulgazione, oltre ad indicare l'autorità da cui procede l'atto legislativo, in se stesso considerato, rileva anche una volontà in qualche modo innovativa dell'ordinamento giuridico della Chiesa, come effettivamente risulta dal testo⁽²⁾.

Il *motu proprio* si presenta come adempimento degli auspici formulati dall'Assemblea generale straordinaria del Sinodo dei vescovi del 1985 — cfr. *motu proprio Apostolos Suos*, n° 24 (in seguito AS) — di determinare meglio la natura teologica e giuridica delle conferenze episcopali⁽³⁾. Tuttavia, com'è stato precisato⁽⁴⁾, il nuovo do-

(1) Cfr. AAS 90 (1998) 641-658; per il testo italiano, vedi «L'Osservatore Romano» del 24 luglio 1998, pp. 1, 4.

(2) Per gli interventi del Prefetto della Congr. per la Dottrina della Fede, del Presidente del Consiglio delle conferenze episcopali Europee, del Presidente del Pont. Cons. per l'Interpretazione dei Testi legislativi e del Segretario della Congr. per i Vescovi, nell'atto di presentazione del documento, cfr. «L'Osservatore Romano» del 24 luglio 1998, pp. 1, 4, 6-7.

(3) Cf. *Synodus episcoporum, Relatio finalis*, II C 5 e 8.b, del 7 dicembre 1985, in «L'Osservatore Romano» 10 dicembre 1985, pp. 6-7. «Poiché le conferenze episcopali sono tanto utili, anzi necessarie, nell'odierno lavoro pastorale della Chiesa, si auspica che venga più ampiamente e profondamente esplicitato lo studio dello "status" teologico e

cumento non ha la pretesa di voler precludere in materia ulteriori chiarificazioni teologiche o giuridiche in linea di continuità dottrinale col Magistero ecclesiastico.

Il testo è il risultato di tredici anni di lavori svolti all'interno di diverse commissioni, nonché di una vasta consultazione dell'episcopato universale. Com'è stato ricordato nell'atto di presentazione del documento ⁽⁵⁾, all'indomani del Sinodo del 1985 il Santo Padre affidò lo studio della questione ai dicasteri romani competenti in materia ⁽⁶⁾, costituendosi un gruppo interdicasteriale di studio che predispose nel 1987 un « Instrumentum laboris » sullo « Status teologico e giuridico delle conferenze episcopali » in seguito inviato alle conferenze episcopali con richiesta di parere consultivo ⁽⁷⁾. La risposta sostanzialmente critica a questa bozza ⁽⁸⁾, motivò — in seguito alle riunioni della commissione appositamente costituita — l'abbandono del testo e la decisione di prepararne una nuova stesura, che venne redatta ancora nell'ambito della Congr. per i Vescovi. Questo secondo documento, sottoposto negli anni successivi al parere di vescovi ed esperti, venne af-

soprattutto il problema della loro autorità dottrinale, tenendo presente quanto è scritto nel decreto conciliare *Christus Dominus* n. 38 e nel Codice di diritto canonico cann. 447 e 753 » (ibid., II C 8.b).

(4) « Sarebbe quindi errato attribuire al presente documento pontificio lo scopo di precludere ulteriori chiarificazioni teologiche, nella linea della fedeltà e della continuità dottrinale con l'insegnamento del magistero » (Intervento del Prefetto della Congr. per la Dottrina della Fede, loc. cit. p. 1).

(5) Cfr. Intervento di mons. Francesco Monterisi, Segretario della Congr. per i Vescovi, loc. cit. p. 7.

(6) Nel maggio 1986 venne affidato l'esame della questione alla Congr. per i Vescovi, in collaborazione con le Congr. per le Chiese Orientali e per l'Evangelizzazione dei Popoli, e con lo specifico apporto della Segreteria generale del Sinodo dei vescovi, e della Congr. per la Dottrina della Fede.

(7) Il testo è stato pubblicato, tra l'altro, su « Enchiridion Vaticanum », 10, pp. 1286-1305. Per l'analisi critico, vedi J. MANZANARES, *Reflexiones sobre el documento « Estatuto teológico y jurídico de las conferencias episcopales »*, in « Revista española de derecho canónico » 46, 1989, pp. 189 ss.

(8) « Giunsero complessivamente 47 risposte di Conferenze Episcopali, in buona parte dall'Europa e dalle Americhe. Pervennero anche 63 risposte di singoli Vescovi: 15 dall'America settentrionale, 17 dall'America meridionale, 30 dall'Europa e 1 dall'Oceania » (Intervento di F. MONTERISI, loc. cit., p. 7); vedi anche A. ANTÓN, *La lettera apostolica 'Apostolos suos' di Giovanni Paolo II*, in « La Civiltà Cattolica », I, 1999, pp. 119 ss. Sulla risposta dell'episcopato alla bozza di documento, vedi J. MANZANARES, *Las conferencias episcopales. Entre la inquietud y la esperanza*, in « Magister canonistarum », Salamanca, 1994, pp. 85 ss.

fidato nel 1996 alla Congr. per la Dottrina della Fede come base per la redazione di un nuovo e definitivo testo di cui è frutto il presente *motu proprio* pontificio.

Come era prevedibile, il *motu proprio Apostolos Suos* si colloca in una prevalente prospettiva di carattere dottrinale ecclesiologico (benché, come vedremo, non manchino le conseguenze giuridiche di rilievo), e con il fondamentale scopo — d'altronde richiesto dal Sinodo del 1985 — di formulare chiarimenti circa la rilevanza dei pronunciamenti dottrinali delle conferenze episcopali e di stabilire in argomento regole certe di attuazione. Il documento ha voluto, inoltre, delimitare il proprio ambito di applicazione — e quindi, la portata immediata della relativa riflessione dottrinale — alle sole conferenze episcopali sorte in epoca moderna nella Chiesa latina ed alle analoghe assemblee inter-rituali regolate sulla base del can. 322 § 4 CCEO, costituite di recente in luoghi in cui vi sono più Chiese « sui iuris »⁽⁹⁾. Come segnalato dalla nota n° 1 del *motu proprio*, esso non riguarda, invece, i Sinodi dei vescovi che governano le Chiese orientali patriarcali e arcivescovili maggiori⁽¹⁰⁾; una esclusione questa di per se significativa, se considerata soprattutto in prospettiva ecumenica, che preannunzia la linea dottrinale che seguirà poi il documento per parlare appunto delle conferenze episcopali.

Il *motu proprio Apostolos Suos* è quindi da ritenere un contributo dottrinale alla riflessione generale sul peculiare « modo di governare » la Chiesa instaurato dopo il Concilio Vaticano II a livello sovra-diocesano, principalmente, ma non da solo (il discorso è, infatti, di applicazione più generale), per mezzo della nuova configurazione conferita alle conferenze episcopali nazionali⁽¹¹⁾. Si tratta an-

(9) La norma del CCEO fa seguito ai suggerimenti conciliari contenuti in CD, 37-38. 6 e in OE, 4. Di fatto, per quanto riguarda la presa di decisioni, il can. 322 § 2 CCEO segue da vicino le prescrizioni del can. 455 §§ 1-2 CIC, ad eccezione del modo di determinare l'ambito di attribuzione, e della richiesta di successiva « approbatio » anziché « recognitio » da parte della Santa Sede. Per un concreto esempio di attuazione del can. 322 CCEO, vedi gli Statuti dell'*Assemblea degli ordinari cattolici di Terra Santa*, del 9 dicembre 1991, in « *Ius Ecclesiae* » 6, 1994, pp. 832 ss., e commento di M. Brogi in pp. 836 ss.

(10) Cfr. cann. 102 ss; 152, 153 CCEO.

(11) Sulle modifiche apportate dal Concilio Vaticano II all'istituto delle conferenze episcopali, vedi J.I. ARRIETA, *Conferenze episcopali e vincolo di comunione*, in « *Ius Ecclesiae* » 1, 1989, pp. 3 ss. Per la considerazione generale dell'istituto, anche in prospettiva storica, vedi G. FELICIANI, *Le conferenze episcopali*, Bologna, 1974. Per la

che di una riflessione di carattere strutturale a proposito delle conferenze stesse, che però va contestualizzata assieme al fenomeno generale di forte decentramento subito dalla Chiesa come conseguenza degli sviluppi teologici sulla sacramentalità dell'episcopato.

Il ruolo acquisito in questi ultimi trent'anni dalle conferenze episcopali nazionali nella vita e nel governo pastorale della Chiesa latina risulta, infatti, inspiegabile se non si tiene conto della nuova posizione giuridica — dell'aumento, in pratica, dell'ambito della loro potestà — assunta dai vescovi diocesani a partire dal Vaticano II, e della conseguente necessità di questi di giungere a forme di coordinamento e raccordo in ambiti geografici pastoralmente omogenei. In seguito ad una siffatta trasformazione che, tutto sommato, è stata portata a termine appena pochi anni fa, le conferenze episcopali appaiono in ogni paese, soprattutto e principalmente, come necessarie istanze di equi-coordinamento dei vescovi nel governo pastorale delle rispettive Chiese; e in tale senso, come organizzazioni da considerare prevalentemente, più che come istanze gerarchiche, nella logica cioè dell'esercizio del potere di governo, come strumenti di necessario ausilio mutuo tra i «pastori» dello stesso ambito geografico nell'esercizio delle loro funzioni. Per ciò, non dovrebbe destare troppa meraviglia che la novità dell'istituto e la complessità dei rapporti pongano inizialmente un genere di problemi che solo con il tempo sarà possibile appianare.

2. *L'assetto teologico delle conferenze episcopali, tra collegialità episcopale e governo personale del vescovo.*

Il *motu proprio Apostolos Suos* segue da vicino la teologia dell'episcopato dell'ultimo Concilio Ecumenico. Più concretamente, il testo sviluppa il discorso riguardante i rapporti tra vescovo, collegio episcopale, e riunioni episcopali a carattere regionale, ponendosi in linea di stretta continuità tematica con la lettera *Communiois notio*, della Congr. per la Dottrina della Fede, su alcuni aspetti della Chiesa intesa come comunione⁽¹²⁾. Anche in questo caso, è ricorrente nel

trattazione generale dell'istituto, tenendo anche conto della dottrina più recente, vedi J.I. ARRIETA, *Diritto dell'organizzazione ecclesiastica*, pp. 491 ss., Milano, 1997.

⁽¹²⁾ Cfr. Congr. per la Dottrina della Fede, Lettera *Communiois notio*, del 28 maggio 1992, AAS 85 (1993) 838-850; per completezza, vedi anche in argomento il corsivo «La Chiesa come comunione. A un anno dalla pubblicazione della Lettera "Com-

documento, come antitesi, la concezione di base trinitaria che fa propria l'ortodossia (in parte, suffragata anche da autori cattolici⁽¹³⁾) per delineare nella Chiesa un modo di rapportarsi i fattori di unità e di pluralità⁽¹⁴⁾, diverso da quello proposto dalla teologia cattolica in termini di mutua interiorità tra la Chiesa universale e la Chiesa particolare e, quindi, con risultati nettamente diversi nel modo di concepire gli organismi episcopali a carattere regionale⁽¹⁵⁾.

Il documento situa il fenomeno delle conferenze episcopali sullo stesso piano dottrinale della tradizione dei concili particolari e di altre analoghe riunioni dei vescovi di Chiese legate da comuni tradizioni di vita cristiana (per esempio, le provincie ecclesiastiche), nel contesto sempre degli strumenti, organismi e mezzi adoperati lungo la storia nel compimento della missione episcopale, i quali «manifestano la comunione e la sollecitudine per tutte le Chiese e prolungano la vita stessa del collegio degli Apostoli» (AS n° 3). In tale prospettiva, pur aggiungendo come singolarità propria il carattere stabile, le conferenze episcopali non rappresenterebbero una manifestazione dell'*affetto collegiale* tra i vescovi sostanzialmente diversa ai restanti strumenti usati a questo scopo lungo la storia; caso mai, le conferenze porrebbero in tale prospettiva alcune specifiche novità (e anche alcune difficoltà nuove) di carattere strutturale ed operativo.

Il nucleo portante del ragionamento dottrinale sviluppato dal *motu proprio*, sostanzialmente contenuto nel capitolo secondo, po-

munionis notio" della Congr. per la Dottrina della Fede», in «L'Osservatore Romano», 23 giugno 1993, pp. 1 e 4; anche in «Ius Ecclesiae» 5, 1993, pp. 839 ss.

(13) Per una sintesi delle posizioni dottrinali in argomento, vedi J. FERNÁNDEZ, *Naturaleza sinodal de los Concilios particulares y de las conferencias episcopales*, in «La synodalité. La participation au gouvernement dans l'Église. Actes du VII congrès international de Droit canonique», Paris, Unesco, 21-28 septembre 1990, in «L'année canonique», hors série, 1992, I, pp. 305 ss.

(14) In questa prospettiva, di analisi comparativa della dottrina cattolica con quella ortodossa, sono di particolare utilità gli studi compiuti da A. GARUTI, *Il Papa Patriarca d'Occidente? Riflessioni sull'origine del titolo*, in «Antoniano» 60, 1985, pp. 42 ss.; IDEM, *Il Papa Patriarca d'Occidente? Considerazioni dottrinali*, in «Antoniano» 69, 1990, pp. 23 ss.

(15) Per una valutazione del problema dalla prospettiva ortodossa, vedi J.D. ZIZIOLAS, *Las conferencias episcopales: reacciones ecuménicas. Causa nostra agitur? Punto de vista ortodoxo*, in «Naturaleza y futuro de las conferencias episcopales», Salamanca, 1988, pp. 461 ss.

trebbe ricondursi alle seguenti due affermazioni principali: innanzitutto, che «i singoli vescovi, nella loro cura pastorale ordinaria, si rapportano alla Chiesa universale» (AS n° 11); e in secondo luogo, che il tipo di attuazione collegiale propria del collegio episcopale nei confronti della Chiesa universale, non è significativamente parificabile ad altre attività che i vescovi compiono collettivamente a livello regionale (AS n° 10). Cercheremo di sviluppare brevemente ambedue le idee.

A differenza dell'ufficio primaziale, al quale si riconosce la facoltà di determinare il modo «sive personalem sive collegialem» di esercitare la suprema autorità nei confronti della Chiesa universale (can. 333 § 3 CIC), il modo di agire del vescovo diocesano «è strettamente personale» (AS n° 10). La sua autorità personale è, infatti, suscettibile di subire, nell'ambito della propria diocesi, «sviluppi» di natura giuridica (in forma vicaria o delegata) o di ordine sacramentale (associando, cioè, presbiteri o diaconi al proprio ministero), stabilendo così i propri collaboratori. Ma il vescovo non può invece, di propria iniziativa, esercitare tale potestà in maniera collegiale con altri vescovi, né può rinunciare unilateralmente ad una parte del potere che ha ricevuto in favore di una qualunque riunione di vescovi: la potestà che gli è stata personalmente conferita non ammette, in questa maniera, sviluppi in senso collegiale⁽¹⁶⁾. In realtà, al vescovo non è consentito di rinunciare in alcun modo alle proprie responsabilità, nemmeno deferendo i propri compiti al consiglio presbiterale o ad altri organismi o uffici diocesani, oltre i limiti e le modalità stabilite dal diritto, che rimette sempre in lui la possibilità dell'ultimo controllo delle situazioni di governo.

Al di là della propria Chiesa, sul piano costituzionale i vescovi diocesani «si rapportano alla Chiesa universale» in modo immediato e diretto, nel contesto proprio della mutua interiorità tra la Chiesa universale e la Chiesa particolare⁽¹⁷⁾. Di conseguenza, nella loro cura

⁽¹⁶⁾ «I Vescovi non possono autonomamente, né singolarmente né riuniti in conferenza, limitare la loro sacra potestà in favore della conferenza episcopale, e meno ancora di una sua parte, sia essa il consiglio permanente, o una commissione o lo stesso presidente». (AS, n° 20)

⁽¹⁷⁾ Su questo, vedi lettera *Communiois Notio*, cit., n. 8. Come ribadito dal Prefetto della Congr. per la Dottrina della Fede nell'atto di presentazione del documento «... la conferenza non è una struttura di mediazione dal punto di vista teologico tra il singolo vescovo e il collegio episcopale "cum Petro et sub Petro"». Il singolo vescovo

pastorale ordinaria e nell'esercizio della loro potestà (can. 381 CIC) i vescovi rimangono (sempre sul piano costituzionale) in esclusivo rapporto di subordinazione rispetto all'autorità suprema del sommo pontefice e del collegio episcopale (can. 330 CIC), autorità che, in quanto proprie della Chiesa universale, sono previe al vescovo diocesano, sia sul piano ontologico che su quello temporale (AS n° 12) ⁽¹⁸⁾. Ne consegue, in modo abbastanza chiaro che, qualunque sovra-ordinazione stabilita nei confronti del vescovo diocesano dovrà necessariamente essere a seguito di una iniziativa dell'autorità suprema che, delimitando in certo modo il potere episcopale personale dei vescovi interessati, assegna ruoli concreti a determinati uffici posti al di sopra di loro (metropolitana, patriarca), o le affida alle riunioni collettive di vescovi (conferenze episcopali, *coetus* provinciali, etc.).

Nell'affermare che l'agire del vescovo è «strettamente personale», il documento tiene subito a ribadire che nella sua attività egli è necessariamente «animato dallo spirito comunione» (AS n° 11), in quanto essa riguarda compiti che «non possono essere esercitati se non nella comunione gerarchica col capo e con le membra del collegio» (LG, 21; can. 375 § 2 CIC). In altre parole, pur non ammettendo uno sviluppo collegiale, in senso vero e proprio, il governo personale del vescovo non può in nessun momento sottrarsi alle esigenze di comunione con gli altri vescovi (e, ovviamente, in modo particolare rispetto ai vescovi più vicini) derivate dal comune vincolo sacramentale. È chiaro che la rilevanza giuridica di questo genere di esigenze di comunione episcopale nel governo risulta indeterminata; ma è anche vero che nell'ambito delle decisioni del vescovo — nello stesso processo decisionale — egli non può non avere particolare conto delle opinioni espresse dai confratelli nell'episcopato senza infrangere detto «spirito comunione». Per questa ragione, nei confronti degli altri vescovi, ogni vescovo diocesano viene a trovarsi, in forma quasi permanente, in una situazione che prende sicuro indirizzo dal dettato normativo del can. 127 § 2, 2° CIC, riguardante

è legato al collegio immediatamente in virtù della sua ordinazione e non tramite la conferenza episcopale. Sicché la relazione con la conferenza episcopale non è di per sé garanzia teologica di maggiore comunione con l'intero collegio «uno e indiviso» (loc. cit., p. 4).

⁽¹⁸⁾ Tale priorità è, infatti, ribadita sia dalla lettera *Communio Notio*, cit., n. 9, che dal corsivo «La Chiesa come comunione...», cit., (cfr. «Ius Ecclesiae» 5, 1993, pp. 841 ss.).

la rilevanza giuridica dei pareri non vincolanti formulati dagli organi consultivi: il vescovo diocesano — si potrebbe dire — sebbene non abbia alcun obbligo (di natura giuridico-formale) di aderire al loro parere (al parere, cioè, degli altri vescovi), tuttavia non si discosti da esso, specialmente se unanime, senza una preminente ragione⁽¹⁹⁾. In questi casi, il giudizio del vescovo rimane, com'è ovvio, insindacabile, come effetto, appunto, del carattere personale e insostituibile della responsabilità di titolare dell'ufficio pastorale.

Il secondo discorso che abbiamo preannunciato come portante del documento che stiamo commentando, è strettamente legato al precedente. Riguarda il fatto che «a livello di raggruppamento di Chiese particolari per aree geografiche (nazione, regione, ecc.), i vescovi ad esse preposti non esercitano congiuntamente la loro cura pastorale con atti collegiali pari a quelli del collegio episcopale» (AS n° 10)⁽²⁰⁾. Una cosa è, quindi, l'azione dell'intero collegio episcopale chiamato ad agire dal proprio capo, e un'altra, di natura e rilevanza completamente diversa, l'attività che possano spiegare i vescovi di una determinata zona o regione geografica agendo comunemente.

Nel caso del soggetto episcopale collettivo che è titolare dell'autorità suprema, il collegio episcopale, ci si trova di fronte ad uno degli elementi costitutivi dell'unità della Chiesa, in seno al quale si realizza la comunione ecclesiale. La sua azione legittima acquista, di conseguenza, carattere di potestà suprema (can. 336 CIC); e la sua efficacia riguarda, sempre e necessariamente, la Chiesa universale, anche se, com'è ovvio, in quanto al contenuto degli interventi essa può riguardare un ambito più delimitato dal punto di vista geografico. Non è dato ipotizzare, invece, secondo il documento, che altre aggregazioni episcopali di ambiti geograficamente più ristretti (regio-

⁽¹⁹⁾ In questo senso, e a proposito delle decisioni non vincolanti delle conferenze episcopali, il n. 212, *b*) del direttorio *Ecclesiae imago*, della Congr. per i Vescovi, del 22 febbraio 1973, segnalava: «Le altre decisioni e norme della conferenza, non aventi forza di obbligo giuridico, ordinariamente il vescovo le fa sue in vista dell'unità e carità verso i confratelli, a meno che non ostino gravi motivi di cui egli è giudice davanti al Signore». Com'è ovvio, nella raccomandazione di «fare propri» questo genere di provvedimenti è implicita la valutazione da parte del vescovo dell'opportunità di un gesto simile: non si tratta di un automatismo.

⁽²⁰⁾ Affermazione in netto contrasto con ciò che in merito sostiene, per esempio, la teologia ortodossa: cfr. J.D. ZIZIOULAS, *Las conferencias episcopales: reacciones ecuménicas. Causa nostra agitur? Punto de vista ortodoxo*, cit., passim.

nali, nazionali), possano avere un'autorità ugualmente collegiale (sia in quanto alla rilevanza giuridica degli atti che per ciò che riguarda l'impegno istituzionale del collegio episcopale), proprio perché la dimensione collegiale del sacramento dell'episcopato, quella che incorpora l'ordinato al collegio e lo rende partecipe della *sollicitudo omnium ecclesiarum*, si esprime in modo proprio nei confronti di tutta la Chiesa (AS n° 11) ⁽²¹⁾.

Non si ammette, dunque, nel documento che in base al sacramento dell'episcopato, assieme alla dimensione di carattere universale propria del collegio dei vescovi, coesistano anche altre manifestazioni di collegialità di ambito nazionale, regionale, etc. Quanto meno, le aggregazioni episcopali esistenti a livello regionale non vanno messe sullo stesso piano costituzionale di quello corrispondente al collegio episcopale. E tuttavia, un qualche fondamento e giustificazione va avanzata per le espressioni collettive dell'episcopato a livello regionale.

Il documento, coerente con i due livelli di autorità episcopale che ha rintracciato, corrispondente ai due piani ontologici in cui appare la Chiesa (universale e particolare), individua la potestà delle riunioni episcopali a carattere regionale come esercizio collettivo del potere dei vescovi che vi appartengono, in seguito ad un intervento limitativo della loro personale autorità da parte della Santa Sede (LG, 27, CD, 8). L'autorità delle conferenze episcopali viene quindi presentata anziché come «esercizio del potere collegiale dell'episcopato», come attuazione collettiva del potere personale che hanno i vescovi nelle rispettive Chiese particolari. Di conseguenza, le riunioni episcopali a livello regionale non possono, da sole, far prevalere le posizioni di maggioranza nei confronti dell'autorità personale dei vescovi senza una previa investitura di autorità da parte della Santa Sede ⁽²²⁾.

⁽²¹⁾ «Occorre, infatti, tenere presente che l'appartenenza dei singoli vescovi al collegio episcopale si esprime, nei confronti di tutta la Chiesa, non solo con i suddetti atti collegiali, ma anche con la sollecitudine per essa che, sebbene non venga esercitata con atto di giurisdizione, sommamente contribuisce tuttavia al bene della Chiesa universale» (AS, n° 11).

⁽²²⁾ «L'efficacia vincolante degli atti del ministero episcopale esercitato congiuntamente in seno alle conferenze episcopali e in comunione con la sede apostolica deriva dal fatto che questa ha costituito tali organismi ed ha loro affidato, sulla base della sacra potestà dei singoli vescovi, precise competenze» (AS, n° 13).

Pur nella linearità dell'intero ragionamento sul profilo sacramentale, sembra, tuttavia, mancare un qualche cenno dottrinale complementare (e le conseguenze dell'omissione affiorano, come si vedrà, subito dopo) in riferimento a quelle altre realtà dove la guida del Popolo di Dio non è affidata ad un vescovo, bensì ad un presbitero, per esempio come vicario del sommo pontefice, il quale è membro a pieno diritto della rispettiva conferenza episcopale. È il caso dei prefetti apostolici, dei superiori delle missioni « sui iuris », di alcuni amministratori di amministrazioni apostoliche e, molto spesso, dei presbiteri che, con carattere transitorio, sono messi a guida delle diocesi in qualità di amministratori diocesani nelle situazioni di sede vacante⁽²³⁾. Si tratta, tutto sommato, di poche realtà e, se si vuole, di carattere abbastanza secondario; e tuttavia, esse svolgono nel presente contesto dottrinale il ruolo emblematico dei casi limite, risultando particolarmente utili e significative, anche sul profilo teologico, per approfondire adeguatamente sulla posizione di Pietro come capo del collegio, e sulla portata della sua funzione missionaria nei confronti dell'intera Chiesa (can. 782 § 1 CIC)⁽²⁴⁾. Più avanti torneremo nuovamente sull'argomento.

3. *Le dichiarazioni dottrinali delle conferenze episcopali.*

Uno degli obiettivi del documento che stiamo commentando era, come si è detto, determinare sufficientemente la rilevanza degli interventi dottrinali delle conferenze episcopali. Detto chiarimento risultava doveroso in seguito alla previsione normativa del can. 753 CIC, un testo procedente dagli schemi della *Lex Ecclesiae Fundamentalis*, rientrato nel codice all'ultimo momento⁽²⁵⁾: « I vescovi, che sono in comunione con il capo del collegio e con i membri, sia singolarmente sia riuniti nelle conferenze episcopali o nei concili particolari, anche se non godono dell'infallibilità nell'insegnamento, sono

(23) Cfr. J.I. ARRIETA, *Chiesa particolare e circoscrizioni ecclesiastiche*, in « *Ius Ecclesiae* » 6, 1994, pp. 3 ss.

(24) Per qualche cenno della funzione missionaria del sommo pontefice, vedi J.I. ARRIETA, *Diritto dell'organizzazione ecclesiastica*, cit., p. 224.

(25) Cfr. *Communicationes* 9, 1977, pp. 10 s.; *Relatio complectens synthesim animadversionum ab Em.mis atque Exc.mis Patribus Commissionis ad Novissimum Schema Codicis Iuris Canonici exhibitarum, cum responsionibus a Secretaria et Consultoribus datis*, *Typis Polyglottis Vaticanis*, MCMLXXXI, p. 357.

autentici dottori e maestri della fede per i fedeli affidati alla loro cura; a tale magistero autentico dei propri vescovi i fedeli sono tenuti ad aderire con religioso ossequio dell'animo»⁽²⁶⁾.

Il dibattito dottrinale in argomento è stato vivace negli anni passati⁽²⁷⁾, e il *motu proprio* non fa in proposito che tirare le somme dei principi dottrinali che ha precedentemente stabilito. Da una parte, nell'ambito dell'autorità riconosciutagli come pastore del proprio gregge⁽²⁸⁾, viene ribadito che «i fedeli affidati alla cura pastorale di un vescovo devono accordarsi col suo giudizio dato a nome di Cristo in materia di fede e di morale e aderirvi col religioso ossequio dello spirito» (AS n° 11). D'altra parte, pur precisando che l'insegnamento di qualunque vescovo in comunione col romano pontefice dev'essere da tutti ascoltato con venerazione «quali testimoni della divina e cattolica verità» (LG, 25), aggiunge che, in quanto maestri di fede, i singoli vescovi «non si rivolgono all'universale comunità dei fedeli se non con un atto di tutto il collegio episcopale» (AS n° 11). Di conseguenza, benché la «voce concorde dei vescovi di un determinato territorio», quando agiscono insieme, possa «giungere al loro popolo con maggiore efficacia e rendere più agevole l'adesione dei loro fedeli» (AS n° 21), in nessun caso il parere delle maggioranze espresse in seno a riunioni regionali dell'episcopato può imporsi (da solo) sul giudizio contrario del vescovo diocesano.

Ciò appare, infatti, come l'applicazione all'esercizio del *munus docendi* del tipo di rapporti tra vescovo diocesano e conferenza episcopale che vengono affermati precedentemente nel documento. Non essendoci a livello regionale concrete manifestazioni della collegialità episcopale, nel senso proprio prima descritto, al di sopra dell'autorità personale del vescovo diocesano non c'è da invocare nell'ambito magisteriale altra autorità se non quella della suprema

(26) Su questo, vedi il commento di E. TEJERO, *Comentario al can. 753*, in ComEx III/1, Pamplona, 1997, pp. 64 ss.

(27) Per il contesto dottrinale e la valutazione critica, vedi in argomento J. MANZANARES, *La autoridad doctrinal de las conferencias episcopales*, in «Naturaleza y Futuro de las conferencias episcopales», cit., pp. 289 ss.; F.J. URRUTIA, *De exercitio muneris docendi a conferentiis episcoporum*, in «Periodica» 76, 1987, pp. 605 ss.; G. GHIRLANDA, *De episcoporum conferentia deque exercitio potestatis magisterii*, in «Periodica» 76, 1987, pp. 603 ss.; A. ANTÓN, *¿Ejercen las conferencias episcopales un «munus magisterii»?*, in «Gregorianum» 70, 1989, pp. 439 ss.

(28) Cfr. LG, 22-23; Congr. per la Dottrina della Fede, Istruzione *Donum veritatis* n. 19, del 24 maggio 1990, AAS 82 (1990) 1550-1570.

potestà. Di conseguenza, perché possa essere pubblicata a nome e con l'autorità della conferenza episcopale una dichiarazione dottrinale riguardante una nuova questione sarà necessario, tra l'altro, che non vi siano obiezioni da parte di nessuno dei «vescovi diocesani membri» (così, al meno, risulterebbe dal ragionamento); vale a dire, sarà richiesto che la dichiarazione venga approvata all'unanimità; non però, secondo il *motu proprio*, all'unanimità dei membri di diritto della conferenza stessa (can. 450 § 1 CIC), bensì all'unanimità dei membri che siano vescovi⁽²⁹⁾. Nel conteggio dell'unanimità partecipa, dunque, il vescovo coadiutore e il vescovo ausiliare, oltre al vescovo diocesano, mentre non sono conteggiati invece il prefetto apostolico o l'amministratore diocesano, a meno che non siano vescovi.

Sarebbe semplicistico valutare la scelta dell'unanimità da una prospettiva soltanto matematica, poiché tale opzione non pare rispondere minimamente alla necessità di raggiungere maggioranze «rassicuranti» in seno alla conferenza; la scelta sembra corrispondere, invece, all'esigenza di ottenere risoluzioni che, in partenza, includano l'adesione di quanti nelle diocesi hanno personalmente una autorità magisteriale dalla quale non possono recedere, e che nemmeno la conferenza stessa può sorpassare (quanto meno, prima dell'intervento in merito della Santa Sede)⁽³⁰⁾. Infatti, affermata nel documento la natura non collegiale (in senso stretto) delle conferenze episcopali, il tipo di maggioranza richiesta adesso dalla legge non risulta paragonabile con le maggioranze stabilite, ad esempio, nelle riunioni del collegio episcopale, nel quale si procede all'interno di una logica differente, quella, appunto, della collegialità in senso stretto.

Il *motu proprio* indica diversi criteri per stabilire la legittimità di questo genere di dichiarazioni dottrinali da parte delle conferenze episcopali. Innanzitutto, la norma concerne unicamente gli interventi

(29) «Perché le dichiarazioni dottrinali della conferenza dei vescovi in riferimento al n. 22 della presente Lettera costituiscano un magistero autentico e possano essere pubblicate a nome della conferenza stessa, è necessario che siano approvate all'unanimità dai membri vescovi oppure che, approvate nella riunione plenaria almeno dai due terzi dei presuli che appartengono alla conferenza con voto deliberativo, ottengano la revisione (recognitio) della Sede Apostolica» (AS, cit., *Norme complementari sulle conferenze dei vescovi*, art. 1).

(30) Vedi l'opinione discordante di J. KOMONCHAK, *Consensus e unanimità*, in «Il Regno-documenti», 17, 1998, p. 571.

riguardanti «nuove questioni» o relativi a «nuovi problemi», limiti di per se abbastanza indeterminati che potrebbero lasciare spazio a valutazioni divergenti. In secondo luogo, il *motu proprio* stabilisce con chiarezza l'ambito territorialmente delimitato (e ciò è anche nuova fonte di problematiche nel versante pratico) che deve avere l'oggetto su cui versi l'intervento dottrinale della conferenza (e prevede anche le necessarie consultazioni con l'episcopato dei paesi vicini territorialmente o culturalmente), in quanto esso non può rivestire le caratteristiche del magistero universale, proprio soltanto dell'autorità suprema (AS n° 22). Infine, per quanto riguarda l'individuazione dell'organo a cui appartiene il diritto di fare pronunciamenti di carattere dottrinale in seno alla conferenza, seguendo la linea indicata da precedenti chiarimenti della Santa Sede⁽³¹⁾, il testo segnala che l'autorità in materia dottrinale risiede nell'assemblea plenaria (AS n° 23): non è consentito alcun genere di deleghe per l'esercizio di questa autorità in favore degli organismi permanenti o delle commissioni⁽³²⁾: eventuali dichiarazioni dottrinali di altro genere da parte della commissione dottrinale della conferenza richiedono la previa autorizzazione da parte del consiglio permanente della conferenza stessa⁽³³⁾.

L'argomentazione sembra ineccepibile e, come si vede, segue con coerenza altri pronunciamenti della Chiesa in materie analoghe. Tuttavia, non risultano completamente chiare alcune questioni, probabilmente collaterali rispetto all'oggetto centrale del documento, ma non per ciò prive di significato.

a) Sia il n° 22 del testo che l'art. 1 delle norme complementare circoscrivono l'unanimità che dev'essere raggiunta in questioni dottrinali ai soli membri-vescovi⁽³⁴⁾, escludendo dal conteggio in queste

⁽³¹⁾ Cfr. Pont. Comm. per l'Interpretazione dei decreti del Concilio Vaticano II, Risposta del 10 giugno 1966, AAS 60 (1968) 361; e del 31 gennaio 1980, AAS 72 (1980) 106.

⁽³²⁾ «Nessun organismo della conferenza episcopale, tranne la riunione plenaria, ha il potere di porre atti di magistero autentico. Né la conferenza episcopale può concedere tale potere alle commissioni o ad altri organismi costituiti al suo interno» (AS, cit., *Norme complementari sulle conferenze dei vescovi*, art. 2).

⁽³³⁾ «Per altri tipi di intervento diversi da quelli di cui all'articolo 2, la commissione dottrinale della conferenza dei vescovi deve essere autorizzata esplicitamente dal consiglio permanente della conferenza» (AS, cit., *Norme complementari sulle conferenze dei vescovi*, art. 3).

⁽³⁴⁾ Infatti, è in tale senso che la disposizione è stata ripresa dal nuovo Statuto

materie altri eventuali membri di diritto della conferenza che, sia provvisoriamente (amministratore diocesano), sia in modo stabile (prefetto apostolico, amministratore apostolico non vescovo, etc.), sono pastori effettivi delle relative circoscrizioni ecclesiastiche. Il testo fa addirittura prevalere il voto del vescovo ausiliare, che non è il responsabile primario della guida pastorale di una comunità, sul voto di chi si trova alla guida immediata di una porzione del Popolo di Dio. Tale scelta introduce un criterio di distinzione tra i membri di diritto della conferenza episcopale che prima non era presente, e potrebbe rappresentare una innovazione degna di rilievo nel modo di concepire, complessivamente parlando, le conferenze episcopali⁽³⁵⁾.

Forse, più coerente con l'intero ragionamento (ma ciò avrebbe comportato sensibili distinzioni tra i vescovi che fanno parte della conferenza), sarebbe stato delimitare le esigenze di unanimità in questioni dottrinali ai «vescovi diocesani membri», e non semplicemente ai vescovi membri, in quanto il problema dottrinale che conduce a chiedere l'unanimità è posto, appunto, dai vescovi diocesani, titolari cioè delle rispettive sedi, e non invece dagli ausiliari o addirittura dai vescovi coadiutori. Con l'attuale testo, essendo chiamati ausiliari e coadiutori a comporre necessariamente l'unanimità, emerge addirittura la possibilità di non poter approvare all'unanimità una dichiarazione dottrinale che conta invece col parere favorevole di tutti i vescovi diocesani⁽³⁶⁾.

CEI, prima conferenza episcopale ad avere fatto rivedere i propri statuti, in conformità con l'art. 4 delle Norme complementari del *motu proprio Apostolos Suos*. Il testo del relativo art. 17 dello Statuto CEI è questo: «Le dichiarazioni dottrinali della conferenza, perché possano costituire un magistero autentico ed essere pubblicate a suo nome nel "Notiziario della conferenza episcopale Italiana", devono essere approvate dall'Assemblea Generale in riunione plenaria e con il voto unanime dei membri vescovi o con la maggioranza di almeno due terzi dei vescovi aventi voto deliberativo; in quest'ultimo caso, però, alla promulgazione deve precedere la recognitio della Santa Sede» (art. 17, Statuto della conferenza episcopale Italiana del 19 ottobre 1998, in «Notiziario CEI» 9, 1998, pp. 273-301, in particolare, p. 288).

⁽³⁵⁾ La distinzione emerge, per esempio, nell'art. 7 § 2 dello Statuto CEI quando, in riferimento all'art. 6 che indica quali siano i membri della CEI seguendo le indicazioni del can. 450 §1 CIC, aggiunge «hanno voto deliberativo i vescovi e gli ordinari indicati nell'art. 6 fatto salvo quanto disposto nell'art. 17» (Ibid. p. 285): vedi testo in nota precedente.

⁽³⁶⁾ Appare chiaro che, trattandosi di questioni magisteriali, si è voluto privilegiare la condizione episcopale dei membri della conferenza; e tuttavia, forse si è persa

b) Il n° 22 del documento applica in maniera analogica alle dichiarazioni dottrinali delle conferenze che non raggiungessero l'unanimità il criterio della «recognitio» dei decreti generali stabilito dal can. 455 § 2 CIC⁽³⁷⁾. Ciò che, a prima vista, potrebbe sembrare abbandono da parte del documento della coerenza sacramentale in beneficio di criteri meramente tecnico-giuridici, risulta in verità una scelta tecnica per evitare la «prepotenza» — se così si può parlare — delle minoranze in seno alle conferenze, consentendo l'intervento della suprema autorità della Chiesa per sostenere una decisione della conferenza soltanto presa a maggioranza. Tuttavia, si pone, tra l'altro, il problema di quale sia il soggetto che debba realizzare questa peculiare «recognitio»⁽³⁸⁾, e anche quale sia la natura e il significato del sostegno che venga dato in questi casi alla maggioranza della conferenza, poiché ovviamente un tale atto dovrebbe sempre apparire come espressione dell'autorità magisteriale di questa.

4. *La natura giuridica delle conferenze episcopali.*

Anche se la prospettiva dominante che adotta il *motu proprio Apostolos Suos* sia di carattere teologico, non mancano nel testo le indicazioni di portata giuridica.

alla fine la coerenza con i postulati del ragionamento che conducevano a richiedere l'unanimità in questo genere di votazioni.

⁽³⁷⁾ «Se le dichiarazioni dottrinali delle conferenze episcopali sono approvate all'unanimità, indubbiamente possono essere pubblicate a nome delle conferenze stesse, e i fedeli sono tenuti ad aderire con religioso ossequio dell'animo a quel magistero autentico dei propri vescovi. Se però viene a mancare tale unanimità, la sola maggioranza dei vescovi di una conferenza non può pubblicare l'eventuale dichiarazione come magistero autentico della medesima a cui debbano aderire tutti i fedeli del territorio, a meno che non ottengano la revisione (recognitio) della Sede Apostolica, che non la darà se tale maggioranza non è qualificata» (AS, n° 22).

⁽³⁸⁾ La *recognitio* indicata dal can. 455 § 2 CIC per i decreti generali spetta alla Congr. per i Vescovi (art. 82 cost. ap. *Pastor Bonus*, del 28 giugno 1988, AAS 80 (1988) 880); tuttavia, sarebbe anche legittimo ritenere che, in questo caso, non ci troviamo davanti alla «recognitio» originariamente delineata dal legislatore per i decreti generali del can. 30 CIC, essendo quindi possibile per le dichiarazioni dottrinali far capo direttamente alla Congr. per la Dottrina della Fede. C'è da valutare, tuttavia, in quale misura una scelta del genere non aggiunga elementi di disordine nel coordinamento del lavoro dei dicasteri, e nei rapporti della Santa Sede con le conferenze episcopali.

Riguardo la natura delle conferenze episcopali, il documento ribadisce che le conferenze sono una riunione di vescovi della stessa regione (della stessa nazione, di solito), non una riunione di Chiesa. Così, infatti, dev'essere letta la rubrica del titolo II che antecede il can. 431 CIC — «*De Ecclesiarum particularium coetibus*» — che si rivela alquanto inesatta, al meno per quanto riguarda l'istituto di cui ci stiamo occupando⁽³⁹⁾.

Le conferenze episcopali non sono espressione della collegialità dell'episcopato in senso proprio. L'affermazione, tuttavia, ha un valore più strutturale che operativo. Vale a dire, significa propriamente che le conferenze non sono istanze regionali del potere o dell'autorità che risiede nel collegio episcopale — il quale, come tale, è un collegio unico e indiviso — ; ma ciò non vuol dire, come si è fatto notare prima, che nell'attività collettiva della conferenza, non sia in atto tra i vescovi lo spirito collegiale che ha come fondamento la loro compartecipazione nello stesso sacramento e nelle stesse responsabilità⁽⁴⁰⁾. Pur non essendoci un ambito collegiale di autorità a livello regionale, è stata concessa ai vescovi la possibilità di esercitare in comunione — e quindi in spirito di collegialità — alcuni aspetti della loro personale autorità⁽⁴¹⁾.

Il documento segnala varie volte che la potestà esercitata dalle conferenze episcopali ha come base una concessione da parte della

⁽³⁹⁾ Per ciò, non sembra del tutto esatto segnalare che la conferenza episcopale fa riferimento ad un proprio raggruppamento di Chiese particolari: proprio il desiderio di sottrarsi alle conclusioni che avrebbero fatto seguito ad una tale relazione motivarono, come si sa, la sostanziale modifica del concetto di regione ecclesiastica alla fine dei lavori di revisione del CIC (cfr. in merito J.I. ARRIETA, *Instrumentos supradiocesanos para el gobierno de la Iglesia particular*, in «*Ius Canonicum*» 48, 1984, pp. 607 ss.; J. I. ARRIETA, *Comentario al can. 432*, in *ComEx II*, pp. 892 s.). Il margine per approfondire questa problematica va dunque ritrovato entro i termini in cui l'ordinamento canonico, compreso l'*Apostolos suos*, situano tali relazioni tra la riunioni di vescovi e le loro rispettive Chiese particolari «raggruppate» in province ecclesiastiche o in regioni ecclesiastiche, ma non a livello di conferenza episcopale nazionale (vedi A. ANTÓN, *La lettera apostolica 'Apostolos suos' di Giovanni Paolo II*, cit., pp. 128 ss.).

⁽⁴⁰⁾ In argomento, vedi L. NAVARRO, *Manifestazioni giuridiche della comunione fra i vescovi*, in «*Ius Ecclesiae*» 3, 1991, 573-585.

⁽⁴¹⁾ Anche se comprendiamo i motivi della distinzione tra collegiata affettiva e collegialità effettiva, ci sembra rispondere in parte ad un indebito riduttivismo della giuridicità: cfr. J.I. ARRIETA, *Il Sinodo dei vescovi quale istituto di comunione*, in «*Ius Ecclesiae*» 3, 1991, pp. 356 ss; nello stesso senso, vedi A. ANTÓN, *La lettera apostolica 'Apostolos suos' di Giovanni Paolo II*, cit., pp. 128 ss.

suprema autorità. Non si tratta, quindi, di un potere originario delle conferenze stesse; e nemmeno di un'autorità direttamente dimanante dalla spontanea cessione di potere da parte dei vescovi membri, ai quali la costituzione della Chiesa non consente di realizzare tale genere di capitolazioni. «L'efficacia vincolante degli atti del ministero episcopale esercitato congiuntamente in seno alle conferenze episcopali e in comunione con la Sede Apostolica deriva dal fatto che questa ha costituito tali organismi ed ha loro affidato, sulla base della sacra potestà dei singoli vescovi, precise competenze» (AS n° 13): è, quindi, la Santa Sede ad affidare le competenze, circoscrivendo l'autorità dei vescovi nel modo indicato in LG, 27 e CD, 8.

Più complesso diventa il tentativo di far rientrare la qualificazione della potestà della conferenza episcopale entro le strette categorie concettuali delineate dal can. 131 CIC. Escluso, infatti, che possa essere annoverata entro i parametri della «potestà ordinaria propria» — che, nella logica del codice, sarebbe possibile soltanto attraverso il riconoscimento del carattere «collegiale» stretto della conferenza —, rimane soltanto la possibilità del ricorso alla categoria della vicarietà — e, in tale caso, le conferenze episcopali verrebbero situate sullo stesso piano organizzativo della curia romana, come organismo vicario del sommo pontefice —, o, come ultima alternativa, l'evenienza di concepire l'investitura di autorità alle conferenze episcopali da parte della Santa Sede sulla scia delle tecniche giuridiche che seguono il regime giuridico della potestà delegata.

Più concretamente, in altra circostanza abbiamo indicato lo strumento delle facoltà abituali (can. 132 CIC), come adeguatamente rispondente, sia dal punto di vista tecnico-giuridico che da quello operativo e relazionale, al genere di rapporti che di fatto vengono a stabilirsi (anche sul piano teologico) fra la Santa Sede e le conferenze episcopali⁽⁴²⁾. A nostro avviso, il sistema di facoltà abituali, considerato in termini giuridici e amministrativi, riflette anche il tipo di relazioni che le conferenze intrattengono con la Santa Sede (normalmente attraverso i rispettivi nunzi) per quanto riguarda i rapporti Chiesa-Stato, sia per la negoziazione e conclusione di concordati e

(42) Cfr. J.I. ARRIETA, *Diritto dell'organizzazione ecclesiastica*, cit., p. 507. Da questo punto di vista, i decreti generali delle conferenze episcopali sarebbero da configurare come deleghe di potestà legislativa effettuate nei termini del can. 135 § 2 CIC, sotto forma concreta e con le caratteristiche proprie — di stabilità, titolarità impropria, autonomia operativa e controllo — delle facoltà abituali (cfr. can. 132 CIC).

accordi, sia per il relativo sviluppo normativo all'interno dell'ordinamento canonico ⁽⁴³⁾.

Oltre al mandato contenuto nell'art. 4 delle norme complementari del *motu proprio Apostolos Suos* di sottoporre nuovamente alla *recognitio* della Santa Sede (can. 451 CIC) ⁽⁴⁴⁾ gli statuti di tutte le conferenze, il documento contiene altre determinazioni giuridiche che ci limitiamo a segnalare.

a) Ribadito il criterio secondo cui soltanto i vescovi diocesani hanno diritto di voto passivo per le cariche di presidente e di vicepresidente della conferenza ⁽⁴⁵⁾, e confermata anche la facoltà di determinare negli statuti la natura del voto dei vescovi ausiliari ⁽⁴⁶⁾, il *motu proprio* chiede di tener conto «della proporzione tra vescovi diocesani e vescovi ausiliari e altri vescovi titolari, perché una eventuale maggioranza di questi non condizioni il governo pastorale dei vescovi diocesani» (AS n° 17) ⁽⁴⁷⁾. Si tratta, in realtà, di una direttiva la cui effettività corrisponde piuttosto alle congregazioni romane competenti per concedere ausiliari alle sedi episcopali, e serve da criterio generale per effettuare la richiesta di cui tratta il can. 403 § 1 CIC.

b) Lo stesso n° 17 del documento conferma il criterio dell'appartenenza alla conferenza di quanti siano equiparati in diritto ai vescovi diocesani, sia in forma stabile che transitoria. Tuttavia, la condizione di membro non è trasferibile: essa comporta l'obbligo di partecipare personalmente alle sedute di lavoro, ruolo che non può es-

⁽⁴³⁾ Cfr. can. 365 § 2 CIC che ha modificato in «*exquirere non omittat*» il dettato di «*utiliter exquiret*» dell'art. X del *motu proprio Sollicitudo omnium Ecclesiarum* del 24 giugno 1969, AAS 61 (1969) 483.

⁽⁴⁴⁾ «Le conferenze episcopali devono rivedere i loro statuti perché siano coerenti con i chiarimenti e le norme del presente documento oltreché con il Codice di diritto canonico, ed inviarli successivamente alla Sede Apostolica per la revisione (*recognitio*), a norma del can. 451 del C.I.C.» (AS, cit., *Norme complementari sulle conferenze dei vescovi*, art. 4).

⁽⁴⁵⁾ Cfr. Pont. Comm. per l'Interpretazione autentica del Codice di Diritto Canonico, Risposta del 23 maggio 1988, AAS 81 (1989) 388.

⁽⁴⁶⁾ Come si sa, non sono molte le conferenze episcopali che abbiano riservato agli ausiliari il solo voto consultivo (vedi in merito lo studio di J. RUIZ ORTA, *La organización de las Conferencias episcopales en el Derecho canónico universal y particular*, Facoltà di Diritto Canonico, Università di Navarra, Pamplona, 1992, pp. 135 ss).

⁽⁴⁷⁾ Una problematica che lo stesso documento ha voluto allargare conteggiando gli ausiliari nel computo dell'unanimità richiesta per le dichiarazioni dottrinali fatte a nome della conferenza.

sere delegato: « attesa la natura della conferenza episcopale, la partecipazione del membro della conferenza non è delegabile » (AS n° 17) ⁽⁴⁸⁾.

c) Qualche novità maggiore riveste invece, almeno come criterio generale, la previsione secondo cui si ritiene opportuno « che gli statuti delle conferenze episcopali prevedano la presenza dei vescovi emeriti con voto consultivo », sebbene una tale regola era già presente in alcuni statuti di conferenze episcopali ⁽⁴⁹⁾. « Si abbia particolare cura — segue il testo — di farli partecipare a talune commissioni di studio, quando si trattano temi nei quali un vescovo emerito sia particolarmente competente » (AS n° 17) ⁽⁵⁰⁾. Il documento non intende tuttavia modificare il criterio dell'appartenenza in qualità di « membro » alla conferenza stabilito dal can. 450 § 1 CIC; ed è piuttosto rivolto a « consolidare per via statutaria » la partecipazione dei vescovi emeriti in qualità di « invitati » (can. 450 § 1 CIC) con voto consultivo.

Tuttavia, la questione non è priva di rilievo, in quanto segna un lieve spostamento dal criterio *funzionale* stabilito per determinare la composizione delle conferenze episcopali, al criterio *sacramentale* della condizione episcopale ⁽⁵¹⁾. Benché, da un punto di vista *formale*, la presenza degli emeriti avvenga soltanto a titolo di « invitati », da una prospettiva *materiale* che tenga conto delle dinamiche pro-

⁽⁴⁸⁾ Per esempio, l'art. 3 degli Statuti della conferenza episcopale del Belgio, del 3 marzo 1984, consentono al vescovo diocesano farsi presente attraverso il vicario generale della diocesi (cfr. R. ASTORRI, *Gli statuti delle conferenze episcopali, I, Europa*, Padova, 1987, p. 66);

⁽⁴⁹⁾ Cfr., per esempio, art. 15 degli Statuti CEI del 19 ottobre 1998 (*loc. cit.*, p. 287); art. 10 degli Statuti della conferenza episcopale di Francia del 25 novembre 1975, (R. ASTORRI, *Gli statuti delle conferenze episcopali, I, Europa*, cit, p. 72).

⁽⁵⁰⁾ Il n° 4 delle « Normae de episcopis ad officio cessantibus », della Congr. per i Vescovi, del 31 ottobre 1988, indicavano quanto segue: « Quodsi statuta conferentiarum episcoporum praesentiam episcoporum emeritorum cum voto consultivo non praevideant, tunc cura habeatur eos participes efficere cuiusdam conventus et quarundam commissionum a studiis, cum themata pertractantur, in quibus episcopi emeriti sint peculiariter competentes » (« Communicationes », 20, 1988, p. 168).

⁽⁵¹⁾ A mio avviso, le conferenze episcopali sono considerate dal diritto canonico in una prospettiva prevalentemente *funzionale*, come istituti utili a radunare i « pastori » a carico delle porzioni del Popolo di Dio di un'area geografica, indipendentemente dalla loro condizione episcopale. Così emerge, almeno, dal can. 450 § 1 CIC e dalle sue fonti conciliari. Altrimenti, non sarebbe possibile comprendere per quale ragione il CD, 38.2 a proposito dei membri della conferenza episcopali abbia voluto usare i termini di « ordinarii locorum cuiuscumque ritus, vicariis generalibus exceptis ».

prie di questo tipo di riunioni, gli emeriti risultano pienamente inseriti nel processo deliberativo e, di conseguenza, il «coetus» in tale modo configurato (integrato, cioè, anche dagli emeriti) si avvicina di molto ai collegiali «non paritari» delineati dal can. 115 § 2 CIC⁽⁵²⁾.

Va inoltre ricordato che, nell'ottica del governo in comunione, prospettiva che, si può ben dire, appartiene in modo precipuo al governo pastorale proprio dei vescovi, la distinzione tra voto consultivo e voto deliberativo vede svanire una parte della sua rilevanza: non dal punto di vista giuridico formale, ma certamente si in una prospettiva che tenga conto del rapporto comunionale tra vescovi.

5. *Alcune considerazioni di carattere organizzativo.*

Il *motu proprio* fa eco alle critiche di burocratizzazione e di egemonia su istanze diocesane da più parti avanzate nei confronti delle conferenze episcopali⁽⁵³⁾. Non è questo il posto per fare valutazioni in argomento; e, tuttavia, appare inconfutabile dai fatti che l'istituto è ormai diventato una realtà insostituibile nel governo della Chiesa, e nello sviluppo dell'ordinamento canonico. Vorrei, però, accennare in chiusura ad alcune delle sue caratteristiche organizzative che, messe a confronto col tradizionale modo di considerare il governo pastorale, non possono non richiamare una qualche attenzione.

Le conferenze episcopali rappresentano nella società ecclesiale, e probabilmente anche in un contesto ancora più vasto, la prima esperienza organizzativa di assemblea legislativa — e, in questo caso, non è solo legislativa⁽⁵⁴⁾ — di carattere «intermittente» (radunata, cioè, in modo discontinuo, a intervalli), dotata di una propria e complessa organizzazione di *staff* in permanente attività. Poiché l'organo

(52) Cfr. J.I. ARRIETA, *Diritto dell'organizzazione ecclesiastica*, cit., pp. 129-130.

(53) «Tali finalità (quelle proprie delle conferenze episcopali) esigono, comunque, di evitare la burocratizzazione degli uffici e delle commissioni operanti tra le riunioni plenarie. Si deve tener conto del fatto essenziale che le conferenze episcopali con le loro commissioni e uffici esistono per aiutare i vescovi e non per sostituirsi a essi» (AS n° 18).

(54) Riguardante, al di là di altri compiti più generali, decreti generali legislativi (cann. 29-30 CIC) e anche decreti generali esecutivi (cann. 31-33 CIC); cfr. anche su questo, Pont. Comm. per l'Interpretazione autentica del CIC, risposta del 5 luglio 1985, AAS 77 (1985) 771).

collettivo che assume la titolarità delle funzioni della conferenza episcopale (l'assemblea generale) è radunato poche volte all'anno, non essendoci al suo interno una propria gerarchia ecclesiastica di supremazia⁽⁵⁵⁾, l'istituzione affida la continuità della propria attività — secondo le previsioni statutarie e dei regolamenti — a deputazioni permanenti scelte tra i propri membri — una presidenza, una commissione permanente, etc. (cfr. cann. 451-452 CIC) — nonché ai propri organismi di carattere tecnico, organizzati normalmente per settori di attività.

Una simile struttura, come dico, non ha paragone nell'organizzazione ecclesiastica provinciale (cfr. can. 431 CIC), né in quella della curia patriarcale delle Chiese orientali (cfr. cann. 114 ss. CCEO) dov'è dato riscontrare, invece, una gerarchia ecclesiastica, pur limitata nei contenuti, impersonata nel metropolita o nel patriarca. Ma non ha somiglianza neanche con l'organizzazione conciliare — sia quella dei concili ecumenici che quell'altra dei concili particolari — il cui *staff* proprio possiede natura transitoria ed è del tutto funzionale all'attività materiale dell'assemblea conciliare⁽⁵⁶⁾. La struttura della conferenza episcopale avrebbe una qualche somiglianza con quella che risulterebbe dall'affiancare ad un concilio (e l'esempio non è pienamente adeguato perché i concili hanno una prevalente funzione legislativa, secondo il can. 445 CIC) una curia amministrativa stabile, con l'incarico di dare seguito alle decisioni conciliari⁽⁵⁷⁾.

È facile capire che, come conseguenza di una organizzazione del genere, venga a crearsi in maniera spontanea, una complessa serie di processi relazionali del tutto inesistenti prima che comparissero le conferenze episcopali nell'orizzonte del governo pastorale della Chiesa (rapporti tra i membri dell'assemblea singolarmente presi; rapporti con gli organi individuali o collettivi stabilmente costituiti;

(55) Manca, per esempio, un ufficio come quello del metropolita o del patriarca (cfr. cann. 435-438 CIC).

(56) Per esempio, nel caso del Concilio Vaticano II, lo *staff* stabilito dal *motu proprio Appropinquante Concilio*, del 6 agosto de 1962, AAS 54 (1962) 609-631, e successive modifiche.

(57) Non ha nemmeno paragone con l'organizzazione del Sinodo dei vescovi, poiché la Segreteria del Sinodo svolge soltanto compiti funzionali di «collegamento tra le diverse assemblee del medesimo» (art. 11 § 1, *Ordo Synodi episcoporum celebrandae*, dell'8 dicembre 1966, AAS 59 (1967) 91-103, e successive modifiche).

rapporti con gli organismi tecnici della propria conferenza episcopale, etc.). Inoltre, accanto all'organizzazione formale della conferenza, stabilita negli statuti e regolamenti, sorge un'altra di natura informale che, tenendo conto delle peculiarità dell'organizzazione ecclesiastica, è suscettibile di trovare particolare sviluppo e incidenza concreta. L'incarico di gestire stabilmente negozi di rilevanza collettiva, anche quando tale attività sottostà alle direttrici dell'assemblea generale ed è passibile di sindacato, include apprezzabili margini di discrezionalità che finiscono per determinare posizioni di effettiva preminenza.

Nel contesto delle complesse esigenze pastorali del mondo moderno, non sempre appaiono del tutto giustificate le critiche — quanto meno quelle generali — di supremazia burocratica ogni tanto rivolte contro l'attività svolta dallo *staff* delle conferenze: il loro lavoro si rivela, in realtà, insufficiente per accudire alle incombenze pastorali del momento. E tuttavia, non c'è dubbio che una organizzazione come quella sommariamente descritta innesca tra i soggetti un tipo di dinamiche suscettibili di condizionare l'esercizio della funzione episcopale — sia quella di natura collettiva, per l'eventuale incidenza nella dinamica propria delle riunioni di gruppo all'interno della propria conferenza episcopale, sia quella di tipo personale che svolgono i singoli vescovi nelle loro rispettive diocesi — al di là, o quanto meno al margine, del dettato statutario.

È indubbio che una tale organizzazione del governo pastorale ha introdotto, quanto meno per via di fatto, elementi di novità nei tradizionali rapporti di governo di carattere bipolare esistenti tra vescovo diocesano e suprema autorità. Perciò, volendo assicurare i termini costituzionalmente bipolari del governo della Chiesa, oltre a puntare sull'adeguato autocontrollo da parte di quanti nelle conferenze occupano posizioni di preminenza, appare necessaria, da parte di tutti, l'adeguata consapevolezza dei limiti strutturali ed operativi propri dell'istituto, nonché la volontà di rafforzare i sistemi di sindacato e controllo, e di privilegiare soprattutto le linee di comunicazione diretta degli organismi della conferenza con i vescovi diocesani, attraverso questi, con i fedeli.

La conferenza episcopale, pur rispondendo a delle coordinate ecclesiali del tutto specifiche, va inserita nell'albo generale degli «istituti di corresponsabilità» e di «governo in comunione» della Chiesa. L'istituto, tuttavia, è da inquadrare all'interno di una particolare «logica» su come dev'essere concepita la responsabilità per-

sonale dei titolari degli uffici (il che include, tra l'altro, l'autocomprensione della propria funzione, e il grado di consapevolezza della sua dimensione diaconale), e su come deve rapportarsi tale responsabilità con la corresponsabilità che, in base a un fondamento teologico non meno sicuro, hanno gli altri componenti. L'ottimale impiego di questi istituti richiede, dunque, la partecipazione in una determinata «cultura di governo» (quella, appunto, del governo in comunione) che, prospettata dall'ultimo Concilio Ecumenico, richiede la pratica di non facili abilità personali.

JUAN IGNACIO ARRIETA

Pagina bianca

L'IMPEDIMENTO DI VOTO (CAN. 1088 CJC): SUA ORIGINE E QUALIFICAZIONE GIURIDICA (*)

Introduzione — 1. *L'impedimentum voti* nella legislazione codiciale e nella sua interpretazione dottrinale. Annotazioni. 2. — Origine e qualificazione giuridica dell'impedimento di voto. Una rilettura delle fonti — Conclusione.

Introduzione.

La Chiesa si è sempre preoccupata di garantire la libertà di ogni persona d'accedere al matrimonio in quanto formarsi una famiglia, scegliersi una comparte per condividere insieme tutta la vita, rientra tra i diritti fondamentali e inalienabili dell'uomo, risalenti alla volontà del Creatore, per cui nessuna legge umana può togliere o coartare arbitrariamente questo diritto primordiale e universale senza ledere la stessa dignità umana. Sulla scorta di questi immutabili principi, il can. 1058 dichiara che « omnes possunt contrahere matrimonium ».

« Da un punto di vista strettamente giuridico, un asserto del genere risente, però, di una qualche imprecisione. Un "diritto" come pretesa azionabile o situazione giuridica concretamente realizzabile, non scaturisce immediatamente da un "valore" generico, per quanto primigenio ed insopprimibile. Occorre che del "valore" venga individuato un contenuto specifico, anzitutto sul piano astratto, al fine di (pre)determinare i comportamenti idonei a realizzarlo in concreto e quindi a dargli piena attuazione »⁽¹⁾. Pertanto, a fronte di questo atteggiamento tendente a promuovere e facilitare la celebrazione del

(*) *Magistro P. Andreae Boni O.F.M., mei itineris ductori ad scientiam iuris, trigesimoquinto adveniente anniversario eius cathedrae, dicatum.*

(¹) S. BERLINGÒ, *La dispensa dagli impedimenti matrimoniali, Gli impedimenti al matrimonio canonico. Scritti in memoria di Ermanno Graziani* (Studi Giuridici XIX, Libreria Editrice Vaticana 1989), 60

matrimonio⁽²⁾, lo stesso can. 1058 precisa che questa idoneità alle nozze è riconosciuta a tutti quelli «qui iure non prohibentur», a significare che quell'*omnes* è direttamente riferito solo a coloro che possiedono l'abilità giuridica, ossia quei requisiti esigiti tanto dal diritto divino quanto dal diritto umano⁽³⁾, *ad matrimonium valide contrahendum*. Dunque la Chiesa, nella persona della sua Suprema Autorità, rivendica pure il proprio potere di «restringere» il libero esercizio del diritto al matrimonio⁽⁴⁾ *dichiarando* autenticamente quando il diritto divino proibisca o dirima il matrimonio (can. 1075 § 1) o *stabilendo* altri impedimenti per i battezzati (can. 1075 § 2). La legge che inabilita la persona a contrarre matrimonio per il fatto che versa in una particolare circostanza e situazione, viene denominata «impedimento matrimoniale» (cfr. can. 1073). Siffatta inabilità può discendere dalla legge divina (naturale e positiva) o dalla legge positiva umana, per cui l'impedimento matrimoniale conseguente, a ragione della sua origine, può essere di diritto divino o di diritto umano.

Nel Codice pio-benedettino⁽⁵⁾, gli impedimenti matrimoniali, a motivo della loro differente efficacia, venivano ulteriormente distinti in «impedienti» e «dirimenti» (cfr. can. 1036*): i primi rendevano la persona inabile a contrarre matrimonio lecitamente, i secondi anche a contrarlo validamente. Nella legislazione canonica vigente, invece, non compare più questa distinzione ma vengono considerati e descritti solo gli impedimenti dirimenti. Tra questi appare anche l'impedimento di voto, infatti nel can. 1088 si dichiara che: «Invalide matrimonium attentat, qui voto publico perpetuo castitatis in instituto religioso adstricti sunt». Il Legislatore canonico, nella sua lapidarietà, non lascia spazio a incertezze di sorta: il voto, qualora possieda tutte le caratteristiche di cui sopra, rappresenta un impedimento che rende il religioso inabile a contrarre le nozze. Tuttavia l'individuazione dell'origine dell'impedimento di voto e, conseguen-

(2) Cfr. P. MONETA, *Diritto al matrimonio e impedimenti matrimoniali, Gli impedimenti al matrimonio canonico*, 16.

(3) Cfr. J.F. CASTAÑO, *Il Sacramento del Matrimonio* (Roma 1992, 2 ed.), 195-196.

(4) Cfr. A. ABATE, *Gli impedimenti matrimoniali nel nuovo Codice di Diritto Canonico*, *Apollinaris* 60 (1987), 454.

(5) Quando citeremo i canoni di questo *Codex*, li indicheremo muniti di asterisco al fine di distinguerli più facilmente da quelli del vigente Codice del 1983.

temente, la sua qualificazione giuridica non è di facile conseguimento.

Affrontando questo problema, la domanda di fondo che ci si pone è questa: l'impedimento di cui stiamo trattando discende da istanze di ordine disciplinare ed è tale per una imposizione della Chiesa, oppure, discende da istanze di ordine teologico, ed è dovuto al fatto che il religioso ha contratto un « patto di fedeltà » (*fides*), un « mirabile connubio » (can. 607 § 1) con Cristo, impegnandosi a conformare la propria esistenza alla vita casta, povera e obbediente del Signore Gesù, per consacrarsi interamente e per sempre al culto e al servizio di Dio?

Per poter rispondere, a nostro parere, occorre evidenziare gli effetti giuridici che sono propri della professione religiosa in quanto patto sponsale contratto personalmente dal religioso con Cristo (impegno morale individuale), ufficializzato in ordine alla sua giuridicità e ratificato da parte dell'autorità della Chiesa (socializzazione ecclesiale). Esiste infatti un rapporto tra la *legge* e il *fatto* o *circostanza oggettiva* che serve da supporto alla legge. Ora, nel nostro caso, il religioso contrae l'inabilitazione al matrimonio in ragione dell'alleanza sponsale con Cristo che è il fatto o circostanza oggettiva — che per ora, al fine di non anticipare conclusioni, diciamo di ordine teologico — che costituisce l'impedimento *in senso primario* o *lato*, ma questo effetto della professione religiosa consegue rilevanza giuridica soltanto attraverso l'ufficializzazione e la socializzazione di essa da parte della Chiesa, per cui si può anche dire che il can. 1088, nella sua determinazione degli « additamenta » di origine umana, è una legge positiva ecclesiastica ossia impedimento *in senso derivato* o *stretto* ⁽⁶⁾.

La vita religiosa, in effetti, in quanto impegno personale contratto con Cristo, appartiene alla dimensione carismatica della Chiesa in quanto organizzata comunitariamente, appartiene alla dimensione strutturale di essa; pertanto, anche se i religiosi emergono direttamente dall'*humus* del Vangelo, gli istituti religiosi emergono dalla socialità costitutiva della Chiesa e ad essa devono aderire ⁽⁷⁾.

⁽⁶⁾ Cfr. J. D'ANNIBALE, *Summula theologiae moralis*, pars III (Romae 1892), 337; Th. VLAMING-L. BENDER, *Praelectiones iuris matrimonii* (Bussum in Hollandia 1950, 4 ed.), 117. Sembrerebbe che J.F. CASTAÑO, *Il Sacramento del Matrimonio*, 188, non sia favorevole a questa distinzione.

⁽⁷⁾ Cfr. A. BONI, *Vangelo e vita religiosa. Rilettura teologica e storico-giuridica delle fonti* (Roma 1994), 32-42, *passim*.

L'inabilitazione del religioso a contrarre matrimonio in quanto effetto sociale di maggior rilievo della professione religiosa, è stato anche oggetto di maggior interesse da parte della scienza canonistica di tutti i tempi la quale, in un processo travagliato di approfondimento e di verifica, ha cercato di tradurre la dottrina biblico-patristica di questa realtà in concreti provvedimenti di ordine legislativo al fine di valutare e normare le conseguenze di un patto contratto con Cristo a livello di impegno morale e a livello di impegno giuridico. Ma come accade sovente, le acque cristalline delle fonti nello scorrere diventano torbide e quando esse giungono alla foce per gettarsi in mare, talvolta diventa quasi impossibile risalire alla sorgente originaria, sempre limpida e fresca. Così è accaduto, uscendo dalla metafora, anche per l'impedimento di voto, per cui la canonistica odierna ritiene, prevalentemente, che la sua «vis irritandi matrimonii repetenda sit ex iure positivo Ecclesiae»⁽⁸⁾. Ma, sinceramente, questa dottrina non poggia affatto su solide basi di ordine biblico e patristico. Al fine di dimostrare questa nostra opinione, rileggeremo a ritroso le teorie di alcuni degli studiosi più rappresentativi che hanno preso in considerazione l'argomento per risalire fino all'insegnamento dei santi Padri e da questi ai testi scritturistici della Rivelazione, per giungere ad individuare i punti fermi, appunto di ordine biblico e teologico, che sono necessari per qualificare la natura e l'identità giuridica dell'*impedimentum voti*. Prima di affrontare questo impegno appare doveroso, o almeno utile, soffermarsi preliminarmente su alcuni punti di carattere generale che, oltre ad inquadrare l'argomento cui è dedicato il presente studio, ne costituiscono il logico e necessario presupposto.

1. *L'impedimentum voti nella legislazione codiciale e nella sua interpretazione dottrinale. Annotazioni.*

Il matrimonio, per ciò che rappresenta e implica (cfr. can. 1055), non è compatibile con altre forme stabili di vita che, scelte e abbracciate liberamente sotto l'impulso della grazia divina, per la loro indole comportano l'obbligo di custodire la continenza perfetta

(8) Cfr. F.X. WERNZ - P. VIDAL, *Ius Canonicum*, tom. V: *De Matrimonio* (Romae 1928, 2 ed.), 355, nota 36: da ora innanzi sarà citato *De Matrimonio*; cfr. anche V. MUZZARELLI, *De professione religiosa a primordiis ad saec. XII* (Romae 1938), 179.

e perpetua per il Regno di Dio, nel celibato (cfr. can. 599). È questo il caso della vita consacrata mediante la professione dei consigli evangelici «fondati sull'insegnamento e sugli esempi di Cristo Maestro» (cfr. can. 575), come sono riferiti nel Vangelo, descritta dal Legislatore canonico nel can. 573. Qui, come primo enunciato, si dichiara che essa «è una forma stabile di vita con la quale i fedeli, sotto l'azione dello Spirito Santo, si donano totalmente a Dio, sommamente amato, seguendo Cristo più da vicino». Dunque questa consacrazione a Dio di tutta la persona, si traduce in un ininterrotto sacrificio culturale (can. 607 § 1), offerto a Lui per la gloria del suo nome e la salvezza del mondo. L'accoglimento della castità e del celibato per il Regno, come pure l'accoglimento della povertà e dell'obbedienza *propter Regnum*, si traducono in un impegno (patto) di conformazione alla forma di vita che Cristo «si scelse per sé» (LG 46) come caratteristica propria e fondamentale della sua esistenza terrena. Orbene, questo impegno può essere assunto o, meglio, esplicitato, mediante voti o «altri vincoli sacri» a seconda delle leggi proprie degli istituti (cfr. 573 § 2).

Senza volerci addentrare in questioni, peraltro molto dibattute⁽⁹⁾, che esulano dalla nostra trattazione, ci limitiamo a rilevare che gli «altri vincoli sacri», pur essendo assunti davanti a Dio, conservano sempre un carattere privato nel segreto della coscienza di chi li assume e di fronte alla comunità che li accoglie. I voti, invece, che possono essere sia pubblici che privati, a seconda che siano accettati o meno *nomine Ecclesiae*, dal legittimo superiore (cfr. can. 1192 § 1), esprimono meglio la perfezione e la ecclesialità della consacrazione «in quanto legami più solidi e stabili riproducono di più l'immagine del Cristo unito alla Chiesa sua sposa con un legame indissolubile»⁽¹⁰⁾. In ordine alla loro durata, i voti possono essere perpetui

⁽⁹⁾ Cfr. B. MAGGIONI, *Semplici appunti attorno ai voti religiosi, Consacrazione e servizio* 28 (1979), 7-10; D.A. PUGLIESE, *Voti o vincoli*, *Ibid.* 19 (1970), 170-176; A. BONI, *Vota et auspicia pro revisione Codicis Iuris Canonici circa distinctionem inter vota religiosorum*, *Antonianum* 43 (1968), 365-400; IDEM, *I voti religiosi, Vita Consacrata* 14 (1978), 215-224; 289-301; 333-347; BANDERA A., *Consigli evangelici, Vita Consacrata* 18 (1982), 233-245; 328-349; 398-420; 545-564; 617-640; 689-707; *Ibid.* 19 (1983), 1-19; 81-101; 153-164; 257-279; M. CONTI, *La vita consacrata e la sua missione nelle indicazioni del Sinodo, Vita Consacrata* 31 (1995), 402-404; IDEM, *Approccio all'Esortazione Apostolica post-sinodale «Vita Consacrata»*, *Antonianum* 71 (1996), 419-427.

⁽¹⁰⁾ Conc. Ec. Vaticano II, Cost. dogm. «Lumen Gentium», n. 44, *Enchiridion Vaticanum*, 1 (Bologna 1985, 13 ed.), 219.

se emessi per tutta la vita, o temporanei se emessi per un certo arco di tempo, da rinnovarsi alla scadenza.

A partire dai diversi modi coi quali possono essere assunti i consigli evangelici, il Legislatore distingue all'interno della vita consacrata in «vita consacrata religiosa» e «vita consacrata secolare»; entrambe si concretizzano in «istituti» per cui si hanno istituti religiosi e istituti secolari. Negli istituti religiosi, i membri assumono i consigli evangelici sempre con voti pubblici e conducono vita fraterna in comunità (can. 607 § 2). Negli istituti secolari, invece, i membri assumono i consigli evangelici con vincoli sacri o anche con voti, *che però sono sempre privati*, oppure in altre forme stabilite dalle costituzioni (cfr. can. 712). Ancora, un istituto di vita consacrata si dice di diritto pontificio se viene eretto o approvato con decreto formale della Sede Apostolica; di diritto diocesano, se è eretto dal vescovo diocesano e non ha ottenuto dalla Sede Apostolica il decreto di approvazione (cfr. can. 589).

Il precedente Codice, inoltre, distingueva tra istituti con voti solenni e istituti con voti semplici (cfr. can. 1308 § 2*). «La dottrina non è stata sempre concorde nel determinare la natura dei voti solenni rispetto a quelli semplici. In genere si è detto che i voti solenni esprimono la radicalità del dono, al punto che con i voti solenni si perde la stessa capacità di porre atti contrari ai voti, nel senso che chi ha emesso i voti solenni se compie un atto ad essi contrario, tale atto è privo di efficacia nell'ordinamento giuridico; mentre lo stesso atto da parte di chi ha solo voti semplici è solo illecito ma non invalido. Il criterio in sé ha una sua validità, almeno da un punto di vista sostanziale anche se vi sarebbero da fare molte precisazioni»⁽¹¹⁾.

In riferimento all'*impedimentum voti*, le conseguenze giuridiche derivanti dall'assunzione dei consigli evangelici erano molto diverse a seconda che si trattasse di voti solenni o di voti semplici. Infatti, in base al Codice pio-benedettino, il voto di non compiere atti connessi alla sfera sessuale si opponeva alla valida celebrazione del matrimonio solo quando assumeva la forma di voto solenne (can. 1073*), mentre nel caso del voto semplice si parlava esclusivamente di *impe-*

(11) V. DE PAOLIS, *La vita consacrata nella Chiesa* (Bologna 1992), 163; cfr. A. BONI, *Discrimen inter professionem sollemnem et simplicem in statu religioso*, *Acta Conventus Internationalis Canonistarum Romae diebus 20-25 maii 1968 celebrati* (Roma 1970), 393-425.

dimentum impediens (cfr. can. 1058*), capace solo di influire sulla liceità delle nozze da celebrare⁽¹²⁾ a meno che, anche ai voti semplici « ex speciali Sedis Apostolicae praescripto vis addita sit nuptias irritandi » (can. 1073*)⁽¹³⁾.

Nel quadro fornito dal nuovo Codice, come si è già detto, è scomparso ogni cenno formale agli *impedimenta impediencia* e quindi, anche all'impedimento derivante dal voto semplice in quanto, va aggiunto, la distinzione fra le due categorie di voti è venuta sempre più riducendosi, al punto che essa oggi non ha nessun rilievo da un punto di vista giuridico⁽¹⁴⁾. Nondimeno, pure nella legislazione canonica vigente, le conseguenze giuridiche che derivano dall'assunzione del voto di castità non sono in ogni caso uguali. Perché questo voto possa derimere il matrimonio occorre che sia *pubblico, perpetuo ed emesso in un istituto religioso*, senza distinguere tra quelli di diritto pontificio o di diritto diocesano (cfr. can. 1088). Pertanto non rientrano nello stesso impedimento né i membri di istituti secolari nei quali i voti, qualora vengano emessi, sono sempre privati, né gli eremiti i quali pur potendo assumere i consigli evangelici con voti pubblici perpetui (cfr. can. 603 § 2) non appartengono ad un istituto religioso.

Tutte queste distinzioni intorno alle « specie » di voto, che in quanto tale era comunque obbligatorio « ex virtute religionis » (cfr. can. 1307 § 1*), finirono per legittimare la supposizione che la forza di invalidare il matrimonio che, come sappiamo, veniva riconosciuta al solo voto solenne o, eccezionalmente, anche al voto semplice se così disponeva la Sede Apostolica, non potesse attribuirsi o dipendere « da una virtù intrinseca del "votum" ma da motivi e da fattori estrinseci e sovrapposti »⁽¹⁵⁾. Così strumentalizzato da un punto di

(12) Cfr. T. MAURO, *Gli impedimenti relativi ai vincoli religiosi: ordo, votum, disparitas cultus, Gli impedimenti al matrimonio canonico*, 179.

(13) Questo era, per esempio, il caso dei voti semplici professati nella Compagnia di Gesù dopo il biennio di noviziato, ai quali Papa Gregorio XIII, con la Costituzione apostolica « Ascendente Domino » del 25 maggio 1584 (*Codicis Iuris Canonici Fontes*, vol. 1 [Ed. P. Gasparri - J. Sredi, Romae 1926], 269-275), aggiunge forza dirimente del matrimonio eventualmente contratto in futuro; cfr. T. MAURO, *Gli impedimenti relativi ai vincoli religiosi*, 179-180, nota 5.

(14) Cfr. V. DE PAOLIS, *La vita consacrata*, 163; tuttavia il can. 1192 § 2 riporta ancora la distinzione, probabilmente in ossequio alla storia di tanti antichi Ordini « di voti solenni ».

(15) T. MAURO, *Gli impedimenti relativi ai vincoli religiosi*, 180.

vista vincolistico, lo stesso concetto di voto non è più stato considerato nella sua giusta realtà di ordine teologico, ossia come aspetto emblematico di un « patto di conformazione di vita » con la vita stessa del Cristo, i cui contenuti (di questo patto) vanno ben oltre i limiti dell'impegno dei cosiddetti consigli evangelici: il voto, in quanto promessa fatta a Dio, « ad latriam pertinet »⁽¹⁶⁾.

Tra gli inciampi di non poche « alchimie » di ordine teologico-giuridico in parte ancora in atto (voti semplici, perpetui, definitivi, temporanei, sacri legami ecc.), si può agevolmente comprendere come anche chiarissimi autori, attraverso una evoluzione dottrinale di difficile interpretazione, pervengano ad affermare che il voto di castità, *ex sui ipsius naturae*, ossia per diritto divino naturale, rende solo illecita la celebrazione del matrimonio e che la Chiesa, onde impedire più efficacemente questa illiceità, ha aggiunto alla legge divina proibente la legge canonica irritante⁽¹⁷⁾; per cui l'impedimento di voto, benché si colleghi « a vincoli formalmente di ordine religioso, tuttavia, dal punto di vista sostanziale ... (non sembra) trovare una giustificazione piena ed esauriente in motivi di natura religiosa »⁽¹⁸⁾. Ma, come è stato acutamente rilevato, non pare conveniente soffermarsi troppo sulle specificazioni o determinazioni o addizioni di origine umana perché in tal modo, la classificazione di un impedimento fra quelli di diritto divino o quelli di diritto ecclesiastico potrebbe risultare, in larga parte, « convenzionale »; infatti « gli impedimenti di diritto divino risultano essi pure, in più o meno grande misura, *specificati* da determinazioni o "additamenta" di origine umana; reciprocamente, lo si è già osservato, gli stessi impedimenti di diritto ecclesiastico, ponendosi come limite all'esercizio del "diritto" divino-naturale al matrimonio, devono anch'essi risultare ispirati da una "ratio" armonica con la legge divina e conforme a natura »⁽¹⁹⁾.

(16) S. TOMMASO, *Summa Theologiae*, 2, 2, q. 88, a. 5 (*Utrum votum sit actus latriae sive religionis*): « Manifestum est autem praedictis quo votum est quaedam promissio Deo facta: et quod promissio nihil est aliud quam ordinatio quaedam eius quod promittitur in eum cui promittitur; unde votum est ordinatio quaedam eorum quae quis vovet in divinum cultum seu obsequium. Et sic patet quod vivere proprie est actus latriae seu religionis ».

(17) Cfr. F.X. WERNZ - P. VIDAL, *De Matrimonio*, 344.

(18) T. MAURO, *Gli impedimenti relativi ai vincoli religiosi*, 180.

(19) S. BERLINGÒ, *La dispensa dagli impedimenti matrimoniali*, 63.

Altri autori, ancora, partendo dalla considerazione che il Sommo Pontefice, *potestate Christi vicaria*, può dispensare in tutto o in parte dai voti della professione religiosa — cosa peraltro inammissibile antecedentemente — hanno dedotto che il voto solenne di castità non può avere la forza di dirimere il matrimonio «tum vi sua seu iure naturali, tum iure divino... secluso quocumque iure ecclesiastico», infatti «certe Romanus Pontifex in divinis legibus irritantibus nequit dispensare»⁽²⁰⁾. In realtà, su questi autori «ha fatto aggio una corrente dottrinale che risale molto nel tempo, e che, contraddittoriamente e paradossalmente, perviene a scindere l'ambito delle dispense sul diritto umano da quello delle dispense sul diritto divino, anche in base ad un improponibile accostamento del modo di procedere di Dio legislatore col modo di procedere, analitico e deduttivo, del legislatore umano. (...) È tipico, infatti, dell'ordinamento canonico — considerata la sua estrema dinamicità — che tutte le norme — tranne i principi assolutamente immutabili — si realizzino anche attraverso l'atto in deroga *contra legem* purché esso, come la dispensa, non sia *contra tenorem rationis*; e purché operi a modo di scure che, abbattendosi sull'albero della legge, ne favorisca, attraverso un'adeguata potatura, gli sviluppi più opportuni. È del resto chiaro nella stessa tradizione canonistica, e anche nel solco principale della *philosophia perennis*, come sia corretto parlare, in tal senso, di dispensa anche a proposito del diritto divino; con la dispensa esso non risulta, infatti, derogato nelle sue *prime ragioni* — le uniche assolutamente ferme ed immutabili — ma *attuato, realizzato o adattato* nei pur necessari svolgimenti, in cui il suo nucleo indefettibile — e non mai astraibile allo stato puro — è, come suol dirsi, rivestito di diritto canonico umano o ecclesiastico»⁽²¹⁾.

Dinanzi a tanta varietà di opinioni e, talvolta, ad una autentica precarietà di idee e di concetti, si ha l'impressione che non si siano ancora recuperati i «punti fermi» di ordine biblico e teologico che sono indispensabili per qualificare, lo abbiamo già asserito, l'origine e la natura dell'impedimento di voto. Purtroppo, le ricerche di ordine dottrinale sono rimaste, invece, troppo ancorate alle posizioni dei grandi Maestri della Scolastica e dei loro epigoni, antichi e mo-

(20) F.X. WERNZ - P. VIDAL, *De Matrimonio*, 355-356, nota 36.

(21) S. BERLINGÒ, *La dispensa dagli impedimenti matrimoniali*, 55-56; 59.

derni, senza risalire all'insegnamento dei santi Padri e da questi ai testi scritturistici.

La seconda parte di questo lavoro, rileggendo a ritroso la teorizzazione dell'*impedimentum voti*, vorrebbe tentare di «saldare» questa frattura dottrinal-concettuale, prospettando alcune «soluzioni» fondate sulla dottrina biblico-patristica e sulla sua interpretazione/traduzione giuridica nella canonistica antica.

2. *Origine e qualificazione giuridica dell'impedimento di voto. Una rilettura delle fonti.*

Il pensiero dei santi Padri sul fondamento biblico-teologico dell'inabilitazione del religioso a contrarre matrimonio, si coglie soprattutto nei loro commenti alla prima lettera che l'apostolo S. Paolo scrive a Timoteo: se l'Apostolo insegna che le vedove consacrate fedifraghe avranno una sentenza di condanna eterna (*habentes damnationem*) in quanto, passando ad altre nozze, non ratificano (*irritam fecerunt*) le conseguenze che procedono dall'impegno che hanno assunto con Cristo (*primam fidem*), significa — essi dicono — che l'inabilitazione deriva dallo stesso patto di fedeltà (*fides*) che esse hanno contratto appunto con Cristo (cfr. 1 Tim 5,11-12) ⁽²²⁾.

I criteri di rigore stabiliti dall'Apostolo per l'iscrizione delle vedove nel catalogo ufficiale delle «consacrate» ⁽²³⁾ ed il giudizio di condanna che egli pronuncia contro quelle che si risposano, non poteva non essere motivo di perplessità nella riflessione dei Padri.

Il problema di fondo che si presentava, in sostanza, si può così riassumere: un matrimonio (di cui i contraenti sono ministri del sacramento) che porta con sé una condanna eterna, può essere riconosciuto come vero matrimonio (sacramento) dalla Chiesa, agli effetti della grazia sacramentale e della comunione ecclesiale?

⁽²²⁾ 1 Tim 5, 11-12: «Adolescentiores autem viduas devita. Cum enim luxuriatae fuerint in Christo, nubere volunt: habentes damnationem, quia primam fidem irritam fecerunt».

⁽²³⁾ 1 Tim 5, 9-10: «Vidua eligatur non minus sexaginta annorum, quae fuerit unius viri uxor. In operibus bonis testimonium habens, si filios educavit, si hospitio recepit, si sanctorum pedes lavit, si tribulationem patientibus subministravit, si omne opus bonum subsecuta est».

Il giudizio di condanna di cui parla S. Paolo era certamente legato all'infedeltà nei confronti della *fides* contratta con Cristo ma è anche vero che quest'infedeltà veniva *consumata* contraendo un nuovo matrimonio.

Ammesso per certo — sulla base dell'insegnamento paolino, che è « degno di fede » (1 Tim 3, 1) — che chi si sposa (o si risposa) dopo essersi consacrato a Dio contraendo un patto di fedeltà con Cristo, va incontro a un giudizio di condanna eterna⁽²⁴⁾, si è pervenuti ad un giudizio definitivo sulla invalidità del matrimonio attentato da questi « consacrati » la cui *fides* era stata ufficializzata dalla Chiesa, attraverso un lungo travaglio dottrinale, che si è concluso definitivamente con la storica decisione del Concilio Ecumenico Lateranense II del 1139, di cui avremo modo di interessarci.

Nel dibattito, riassunto dal maestro Graziano nel suo *Decretum*, tra le « autorità » che egli adduce per comprovare che coloro i quali sono legati dal voto solenne di castità, non possono contrarre validamente matrimonio⁽²⁵⁾, si rifanno espressamente al testo di 1 Tim 5, 11-12: il Concilio di Cartagine del 398⁽²⁶⁾, Papa Innocenzo I (401-417)⁽²⁷⁾, S. Agostino († 430)⁽²⁸⁾, Papa Gelasio I (492-496)⁽²⁹⁾ e S. Gregorio Magno (590-604)⁽³⁰⁾.

⁽²⁴⁾ Cfr., per esempio, S. GREGORIO MAGNO, *Epistola ad Bonifacium* (*Decretum Gratiani*, c. 2, C. 27, q. 1): « Viduas a proposito discedentes viduitatis, super quibus nos consulere voluit dilectio tua, frater carissime, credo te nosse a sancto Paulo et a multis sanctis patribus nisi convertantur, olim esse damnatas ».

⁽²⁵⁾ Cfr. *Decretum Gratiani*, C. 27, q. 1: *Hic primum quaeritur, an coniugium possit esse inter voventes.*

⁽²⁶⁾ *Concilii Carthaginensis IV canones*, c. 104 (*Decretum Gratiani*, c. 1, C. 27, q. 1): « ... si quae viduae ... se devoverint Deo, et veste laicali abiecta sub testimonio episcopi et ecclesiae in religioso habitu apparuerint, postea vero ad saeculares transierint nuptias, secundum Apostolum damnationem habebunt, quia fidem castitatis, quam Deo voverunt, irritam facere visae sunt ».

⁽²⁷⁾ INNOCENZO I, *Codex canonum*, c. 19 (*Decretum Gratiani*, c. 9, C. 27, q. 1): « Si enim inter homines solet bonae fidei contractus nulla ratione dissolvi, quanto magis illa pollicitatio, quam cum Deo pepigit, solvi sine vindicta non debet. Nam si Apostolus illas, quae a proposito viduitatis discesserunt, dixerat habere damnationem, quia primam fidem irritam fecerunt, quanto magis virgines quae frangere fidem conatae sunt? ».

⁽²⁸⁾ S. AGOSTINO, *De bono viduitatis*, cap. 8 (*Decretum Gratiani*, c. 41, C. 27, q. 1): « Nam ut hoc demonstraret Apostolus, non ait ... sed: "nubere volunt, habentes (inquit) damnationem, quoniam primam fidem irritam fecerunt", etsi non nubendo, tamen volendo ».

⁽²⁹⁾ GELASIO I, *Epistola ad Episcopos Lucaniae et Brutiorum*, c. 23 (*Decretum Gratiani*, c. 42, C. 27, q.1): « Quae si propria voluntate professam pristini coniugii castita-

Eccettuato Sant'Agostino, tutte queste « autorità » considerano adultere ed incestuose le vedove e le vergini consacrate — e, analogamente, anche tutti gli altri che hanno contratto un patto di fedeltà con Cristo — che vanificano la propria alleanza col Signore sposandosi (o risposandosi), ossia riconoscono invalido il loro matrimonio.

Il Vescovo d'Ipbona, invece, pur riprovando il comportamento delle consacrate che si sposano, tuttavia, non ritiene invalido il loro matrimonio e reputa poco prudente (*minus consideratam*) l'opinione di coloro che lo giudicano tale e ne esigono la separazione⁽³¹⁾. Questo parere di S. Agostino ha un precedente in S. Cipriano di Cartagine († 258)⁽³²⁾, ma non è sostenuto con valide ragioni né dall'uno né dall'altro⁽³³⁾.

Si ha motivo di credere che l'opinione e l'autorità di S. Agostino, abbiano fatto sentire il proprio peso nella decisione del Concilio ecumenico di Calcedonia del 451 che stabilisce la scomunica contro i monaci e le vergini che si « sposano », ma consente al vescovo di usare loro misericordia⁽³⁴⁾. Dopo questo pronunciamento — e nonostante questo pronunciamento — del Concilio di Calcedo-

tem mutabili mente calcaverint, periculi earum intererit, quali Deum debeant satisfactione placare, quia iuxta Apostolum primam fidem irritam fecerunt ».

⁽³⁰⁾ S. GREGORIO MAGNO, *Epistola ad Bonifacium* (*Decretum Gratiani*, c. 2, C. 27, q. 1); per il testo si veda la nota 24.

⁽³¹⁾ S. AGOSTINO, *De bono viduitatis*, cap. 8 (*Decretum Gratiani*, c. 41, C. 27, q. 1): « Fit autem per hanc minus consideratam opinionem, qua putant lapsarum a sancto proposito feminarum, si nupserint, non esse coniugia, non parum malum, ut a maritis separentur uxores, quasi adulterae sint, non uxores; et, cum volunt eas separatas reddere continentiae, faciunt maritos earum adulteros veros, cum suis uxoribus vivis alteras ducunt ».

⁽³²⁾ S. CIPRIANO, *Epistola ad Pomponium*, c. 2 (PL 4, 378): « Quod si ex fide (patto?) se Christo dicaverunt, pudicae et castae sine ulla fabula perseverent, et ita fortes et stabiles praemium virginitatis expectent. Si autem perseverare nolunt vel non possunt, melius est ut nubant quam in ignem delictis suis cadant ». Questo brano di S. Cipriano è stato oggetto di molte discussioni, specialmente da parte dei protestanti, ma non se ne capisce il vero significato se non in ragione della motivazione che è all'origine di questa lettera a Pomponio: alcune vergini consacrate si erano comportate scandalosamente e, nonostante tutto, pretendevano di dirsi ancora vergini. Sembra che S. Cipriano voglia insinuare l'idea che Cristo, di tali « vergini », non sa proprio più che farsene.

⁽³³⁾ Cfr. A. BONI, *Vangelo e vita religiosa*, 85.

⁽³⁴⁾ *Concilii Oecumenici Chalcedonensis canones*, c. 16, *Conciliorum Oecumenicorum Decreta* (a cura di G. Alberigo ed Altri, ed. bilingue [latino-italiano], Bologna 1991), 94: « Virginem quae se Deo domino consecravit, similiter et monachum, non licere nuptialia iura contrahere, quod si hoc inventi fuerint perpetrantes, excommunicen-

nia, il parere di S. Agostino fu avversato ad ogni livello⁽³⁵⁾; così, per esempio, il Concilio di Tours del 567, in riferimento a questo problema, stabiliva che ci si dovesse attenere saldamente a quanto stabilito dall'apostolo Paolo, così infatti aveva reputato papa Innocenzo I e così avevano costantemente ritenuto gli antenati (*et patres nostri hoc semper custodierunt*)⁽³⁶⁾.

Durante tutto questo travaglio dottrinale, che dura parecchi secoli, la possibilità che la Chiesa potesse dispensare dal patto (voto di castità) contratto con Cristo, non viene neppure presa in considerazione⁽³⁷⁾. Essa viene esclusa a priori perché «fornicatores et adulteros iudicabit Deus» (Ebr. 13,4). Non viene prospettata la dispensa neppure da S. Agostino — che pure è per la validità del matrimonio di coloro che si sposano venendo meno al loro voto di castità — anzi,

tur. Confitentibus autem decrevimus, ut habeat auctoritatem eiusdem loci episcopus misericordiam humanitatemque largiri».

(35) RUFINO, *Summa Decretorum* (ed. H. Singer, Padeborn 1902), 435: «Quia tamen summorum pontificum et aliorum plurimorum pontificum (alii sanctorum) auctoritates huic sententiae contradicunt, ideo in hac parte Augustino praeiudicatum esse credimus».

(36) *Concilii Turonensis II canones*, c. 20, J.D. MANSI, *Sacrorum Conciliorum nova et amplissima collectio* (=Mansi), tom. 9 (Florentiae 1763), col. 798: «Nam si Paulus apostolus si quae a proposito viduitatis discesserunt, dixit eas habere damnationem, ubi ait: "Quia primam fidem irritam fecerunt, etc.". Quis sacerdotum contra decretalia talia, quae a Sede Apostolica processerunt, agere praesumat? Vel quis quod peius est, contra sententiam, quam vas electionis Paulus apostolus Spiritu Sancto ministrante promulgavit, aliud conscribere ulla ratione praesumat, cum dicat ipse per Spiritum Sanctum: Qui praedicaverit praeter id, quod praedicavi, anathema sit? ... et patres nostri hoc semper custodierunt, quod eorum praecipit auctoritas? Nos ergo hoc sequentes, quod vel apostolus Paulus vel Papa Innocentius statuit, in canonibus nostris inserentes statuimus observandum, ut nullus sacramentum Deo virginem quae in honorem Christi vestem mutavit, aut rapere aut competere aut sibi in coniugium sociare praesumat».

(37) F.X. WERNZ - P. VIDAL, *De Matrimonio*, 803: «Impedimentum, ut dicitur clandestinitatis (sc. defectus formae) a dispensatione per sanationem in radice non est exclusum; at impedimenta ordinis sacri vel solemnis professionis religiosae etiam in amplissimis facultatibus comprehendi non solebant». Cfr. soprattutto *Decretales Gregorii IX*, c. 6, III, 35 (*Innocentius III Abbati et Conventui Sublacensibus*): «Nec aestimet Abbas quod super habenda proprietate possit cum aliquo monacho dispensare; quia abdicatio proprietatis, sicut et custodia castitatis, a Deo est annexa regulae monachali, ut contra eam nec summus Pontifex possit licentiam indulgere»; S. TOMMASO, *Summa Theologiae*, 2, 2, q. 88, a. 11: «Non potest fieri per aliquem praelatum Ecclesiae quod ille qui votum solemne emisit desistat ab eo ad quod est consecratus, puta quod ille cui est sacerdos non sit sacerdos, licet possit praelatus ob aliquam causam executionem ordinis inhiberi». Riguardo a questa problematica, cfr. A. BONI, *I voti religiosi*, 344-345.

egli è, forse, l'assertore più convinto dell'equiparazione della *fides* contratta con Cristo con il voto di castità: «fidem irritam fecerunt: id est in eo quod primo voverant non steterunt»⁽³⁸⁾.

Non ci sono dubbi, pertanto, che i Padri attribuiscono al patto contratto con Cristo di consacrarsi per sempre al culto e al servizio di Dio, un contenuto morale di assoluta irreversibilità.

Il Concilio Ecumenico Lateranense II, cui si è già fuggacemente accennato, al termine di un secolare e sofferto cammino di approfondimento e di verifica, ha dato contenuto di stabilità normativa ovvero ha canonizzato definitivamente questa dottrina, pressoché identica in tutti i Padri, non riconoscendo come veri matrimoni (*matrimonia non esse censemus*) le unioni contratte da tutti coloro — vescovi, presbiteri, diaconi, suddiaconi, canonici regolari, monaci, conversi professi, e santimoniali — che «sposandosi» trasgrediscono il santo proposito della loro consacrazione a Dio (*sanctum transgredientes propositum*) e stabilendo che vengano separati dai loro presunti coniugi. Il Lateranense II si esprime in questi termini;

«Ut autem lex continentiae et Deo placens munditia in ecclesiasticis personis et sacris ordinibus dilatetur, statuimus quatenus episcopi, presbyteri, diaconi, subdiaconi, regulares canonici et monachi atque conversi professi qui sanctum transgredientes propositum uxores sibi copulare praesumpserint, separentur. Huiusmodi namque copulationem, quam contra ecclesiasticam regulam constat esse contractam, matrimonium non esse censemus. Qui etiam ab invicem separati pro tantis excessibus condignam paenitentiam agant. Idipsum quoque de sanctimonialibus feminis si, quod absit, nubere attentaverint, observari decernimus»⁽³⁹⁾.

Nella decisione del Lateranense II, la separazione dei matrimoni contratti dai chierici celibatari e dagli altri consacrati è esigita dalla componente di fede e dalla componente normativa (*regola ecclesia-*

⁽³⁸⁾ S. AGOSTINO, *De sancta virginitate*, cap. 33 (PL 40, 415); IDEM, *De adulterinis coniugiis*, cap. 8 (PL 40, 437): «... Voluntatem ad nuptias a proposito continentiae deflexerunt. Irritam quippe fecerunt fidem, quam prius voverant quod perseverantia implere noluerunt».

⁽³⁹⁾ *Concilii Oecumenici Lateranensis II canones*, cc. 7-8, *Conciliorum Oecumenicorum Decreta*, 198.

stica), costituite dall'insegnamento paolino di cui nel testo di 1 Tim 5, 11-12⁽⁴⁰⁾.

La disposizione di rescindere le unioni concubinarie dei chierici ordinati e dei « religiosi » non è una novità nella legislazione del Lateranense II: essa viene semplicemente ribadita; infatti, già il Concilio Lateranense I del 1123, dopo aver richiamato la disposizione del Concilio di Nicea del 325 che vietava ai chierici *in sacris* di coabitare con donne che non fossero al di sopra di ogni sospetto (madre, sorella o zia), interdice la possibilità di contrarre matrimonio ai chierici ordinati e ai monaci e fa obbligo all'autorità competente di separare i matrimoni da essi contratti e di indurre a penitenza i contraenti, a norma dei sacri canoni:

« Presbyteris, diaconibus, subdiaconibus, et monachis concubinas habere seu matrimonio contrahere penitus interdiximus, contracta quoque matrimonio ab huiusmodi personis disiungi et personas ad poenitentiam debere redigi, iuxta sacrorum canonum definitionem iudicamus »⁽⁴¹⁾.

Tra le disposizioni dei Concili Ecumenici Lateranensi I e II, abbiamo le statuizioni del Concilio particolare di Pisa (1134) che — anche nella forma verbale oltre che nella portata legislativa — si possono indiscutibilmente ritenere come una « preparazione » alla decisione del Lateranense II. Il Concilio di Pisa così si esprime:

« Ut autem lex continentiae, et Deo placens munditia in ecclesiasticis personis, et sacri ordinibus dilatetur, statuimus quatenus episcopi, presbyteri, diaconi, subdiaconi, regulares canonici, et monachi, qui sacrum transgredientes proposi-

⁽⁴⁰⁾ A. BONI, *Vangelo e vita religiosa*, 114: « Il concetto di “regola ecclesiastica” implica sempre la traduzione in atto di una disposizione apostolica (diritto divino-apostolico). In quanto tale, una “regola ecclesiastica” è costituita da una duplice componente: da una componente di fede e da una componente di disciplina. Essa traduce in atto una disposizione di diritto divino-apostolico, secondo modalità stabilite dal diritto umano-ecclesiastico della Chiesa »; di A. BONI cfr. anche, *Concetto di «regola ecclesiastica» nella legislazione canonica antica, Questioni canoniche* (Studia Universitatis S. Thomae in Urbe n. 23, Milano 1984), 41-68; IDEM, *Costituzionalità divina ed umana del diritto, Antonianum* 61 (1986), 40-124, pubblicato anche sotto forma di «Quaderno».

⁽⁴¹⁾ *Concilii Oecumenici Lateranensis I canones*, c. 21, *Conciliorum Oecumenicorum Decreta*, 194.

tum, uxores sibi copulare praesumpserint, separentur. Huiusmodi namque copulationem quoniam contra ecclesiasticam regulam constat esse contractam, matrimonium non esse sancimus. Qui et ab invicem separati pro tantis excessibus condignam poenitentiam agant. Idipsum quoque de sanctimonialibus feminis, si nubere aptentaverint, observari decrevimus»⁽⁴²⁾.

Al riguardo, è stato opportunamente rilevato che «è significativo il fatto che mentre il Concilio Pisano sancisce (*sancimus*) l'invalidità dei matrimoni contratti contro la "regola ecclesiastica", il Lateranense II dice semplicemente di non ritenere (*non esse censemus*) veri matrimoni i matrimoni contratti contro la "regola ecclesiastica". A nostro avviso il Lateranense II corregge l'espressione "sancimus" del Concilio Pisano, affinché non si abbia neppure il dubbio che questi matrimoni vengano invalidati per un intervento dello stesso Concilio, quanto piuttosto, in forza della stessa "regola ecclesiastica"»⁽⁴³⁾.

I Concili Lateranensi I e II non potevano certo sciogliere le nozze dei chierici maggiori e dei «religiosi» con una legge retroattiva (*nunc pro tunc*) che decretasse l'invalidità di detti matrimoni, né poteva decretare il loro scioglimento se non avesse avuto la piena consapevolezza che questi matrimoni erano invalidi⁽⁴⁴⁾: l'uomo, infatti, non può separare ciò che Dio ha unito (Mc 10, 9).

È pertanto indubitabile, ed anche assolutamente ragionevole, che in una materia tanto delicata qual è quella dello *ius connubii* specialmente in riferimento alla validità e alla indissolubilità del matrimonio, la Chiesa, prima di pronunciarsi contro queste realtà, imprescindibili ed essenziali, esiga delle garanzie e delle prove inconfutabili che le assicurino la certezza morale onde non esporsi al rischio di violare il diritto divino. Così il maestro Graziano, commentando

(42) *Concilii Pisani canones*, Mansi, tom. 21 (Venetiis 1776), coll. 489-90.

(43) A. BONI, *Vangelo e vita religiosa*, 117.

(44) «Dal tempo di Graziano e fino all'inizio del XVI secolo la dottrina dell'indissolubilità del matrimonio fu incontestata ... Non c'era bisogno che il Papa emanasse una speciale dichiarazione a questo proposito. Negli atti ufficiali la questione è considerata pacifica. Teologi e canonisti la trattano come se fosse una verità dommatica ammessa da tutti» (P. JOYCE, *Christian Marriage: an historical and doctrinal study* [London 1948, 2 ed.], 1948, 380; citato da T. DORAN, *L'impedimentum ligaminis (can. 1085 CIC), Gli impedimenti al matrimonio canonico*, 165).

la decisione del Lateranense I — poi ripresa, come si è visto, dal Lateranense II — di separare i matrimoni contratti dai chierici celibetari e dagli altri consacrati, afferma chiaramente che la motivazione di questa decisione sta nel fatto che tali matrimoni sono stati contratti invalidamente, in quanto i nubenti erano vincolati dall'obbligo di voto solenne di castità. Nel suo *dictum*, Graziano invita a fare bene attenzione al fatto che tra coloro che fanno voto di castità ci sono i *simpliciter voventes* e i *sollemniter voventes*:

«Hic distinguendum est, quod voventium alii sunt simpliciter voventes de quibus Augustinus et Theodorus locuti sunt, alii sunt, quibus post votum accedit benedictio consecrationis vel propositum religionis de quibus Hieronymus et Nicolaus et Calixtus scripserunt»⁽⁴⁵⁾.

Secondo il maestro Graziano, i *sollemniter voventes* sono coloro che dopo aver fatto voto (*propositum*) di castità per conto proprio, solennizzano, ossia pubblicizzano ecclesialmente, questo loro voto col ricevere gli ordini sacri (*benedictio consecrationis*) o con l'entrare in religione (*propositum religionis*). Di essi, egli dice, «hanno scritto Girolamo, Nicolò e Callisto».

Nel testo attribuitogli da Graziano, S. Girolamo si richiama espressamente a 1 Tim 5,11-12: «Voventibus virginitatem non solum nubere, sed etiam velle damnabile est»⁽⁴⁶⁾. I Pontefici Nicolò I (858-867) e Callisto II (1119-1124) si pongono sulla stessa linea⁽⁴⁷⁾.

I *simpliciter voventes*, invece, sono coloro che pur avendo emesso il voto di castità, tuttavia contraggono validamente il matrimonio in quanto la Chiesa, non ratifica gli effetti giuridici del loro voto in quanto emesso senza pubblica documentazione. Di essi «hanno parlato Agostino e Teodoro».

Nel testo richiamato, S. Agostino, a tenore della sua esegesi del testo paolino di 1 Tim 5,11-12, afferma: «Quidam nubentes post votum asserunt. Ego autem dico, quod graviter peccant qui tales dividunt»⁽⁴⁸⁾; è la tesi agostiniana che conosciamo. La posizione di

(45) *Decretum Gratiani*, c. 8, D. 27: *In sacri ordinibus constituti, non ducant uxores: et si duxerint separentur, (Dictum Gratiani).*

(46) *Decretum Gratiani*, c. 4, D. 27. In verità, Ae. FRIEDBERG, *Corpus Iuris Canonici* (Graz 1959), pars I, 99, nota 22 ritiene che l'attribuzione sia erronea.

(47) Cfr. A. BONI, *Vangelo e vita religiosa*, 87-88.

(48) S. AGOSTINO, *De bono coniugali*, cap. 10 (*Decretum Gratiani*, c. 2, D. 27).

« Teodoro » — non si sa se si tratti di Teodoro I (642-649) o di Teodoro II, che non ha regnato neppure un anno (897) — è di interpretazione più difficile. Tuttavia non si discosta di molto dalla linea tradizionale. Il testo attribuitogli è il seguente: « Si vir votum virginitalis habens adiungitur uxori, postea non dimittat uxorem, sed tribus annis poeniteat »⁽⁴⁹⁾.

In un altro passo del suo *Decreto*, Graziano ritorna sulla portata della pubblicizzazione o solennizzazione ecclesiale; affrontando il caso di un presbitero che, ammalatosi gravemente, fece il proposito di diventare monaco rinunciando al proprio beneficio, ma che una volta guarito non ritenne di mantenere il proprio proposito (voto), il Maestro di Bologna è dell'idea che lo si debba lasciare tranquillo poiché, scrive, tale sacerdote non ha pubblicizzato ecclesialmente (solennizzato) il proprio *propositum monachatus* secondo le modalità previste dal diritto di allora (ingresso in monastero, assunzione dell'abito monastico, professione espressa verbalmente nelle mani dell'abate, attestato scritto)⁽⁵⁰⁾. Graziano così si esprime:

« Si voventibus non solum nubere sed etiam velle damnabile est, patet, quod sacerdos iste ad executionem sui voti cogendus est, et non solum non fieri, sed etiam velle monachum non fieri sibi damnabile est (obbligo morale) ... His ita respondetur, aliud est propositum corde concipere, et etiam ore enunciare; aliud est subsequenti obligatione se reum voti facere. Quia ergo iste propositum sui cordis ore simpliciter enunciavit, non autem monasterio aut abbati se tradidit nec promissionem scripsit nequaquam reus voti habetur (conseguenze giuridiche) »⁽⁵¹⁾.

⁽⁴⁹⁾ *Decretum Gratiani*, c. 3, D. 27.

⁽⁵⁰⁾ I criteri di solennizzazione stabiliti dalla Chiesa hanno conosciuto, a seconda dei tempi, una vasta gamma di diversificazioni e sono stati raccolti dai giuristi in distici latini come questi tramandatici dalla *Glossa Ordinaria* (Romae 1584), composta da Giovanni di Botone da Parma tra il 1246 e il 1263: « Ordo sacer, vestis, professio religioni / Quae si facta palam faciunt solemnia vota », oppure: « Votum solemnne demonstrant quatuor ista: / Ordo sacer, scriptum, professio praestita sponte / et professorum vestis suscepta scienter ». Cfr. A. BONI, *Vangelo e vita religiosa*, 197.

⁽⁵¹⁾ *Decretum Gratiani*, c. 4, C. 17, q. 1: *Ante Dei oculos cadunt qui bona quae concipiunt agere recusant (Dictum Gratiani)*.

Dunque, nel testo riportato, il maestro Graziano per la soluzione del caso di cui sopra, si richiama al concetto di voto mutuando, in ordine all'obbligo morale, i criteri utilizzati dall'esegesi patristica di 1 Tim 5, 11-12, ma formula la sua conclusione in ragione dei principi che regolano l'ufficializzazione ecclesiale del *propositum*.

Tra i decretisti, Ugucione da Pisa, che scrive la sua *Summa super Decreto* verso il 1200, ovvero ad una sessantina d'anni dalla morte di Graziano, in riferimento alla nostra problematica, si esprime in questi termini:

«Dico ergo praecise et secure, quod omne votum perpetuae continentiae, et solum illud, inter omnia vota impedit matrimonium contrahendum et dirimit contractum, et in nullo casu est matrimonium post votum perpetuae continentiae: et si postea contrahit de solo facto contrahit, et ipsum contrahere, et ipsum velle contrahere est ei mortale peccatum»⁽⁵²⁾.

L'affermazione di Ugucione è molto importante per il fatto che dal suo contenuto — il voto di perpetua castità dirime di per se stesso il matrimonio — si comprende che egli si rifà al testo paolino di 1 Tim 5, 11-12. Convinto della perentorietà dell'insegnamento paolino in questione, Ugucione esclude che il voto perpetuo di castità possa essere costituito impedimento dirimente del susseguente matrimonio per disposizione positiva della Chiesa (legge ecclesiastica). Nondimeno, egli insiste sulla distinzione tra voto giuridicamente pubblico e voto giuridicamente occulto (destituito di pubblicità giuridica), e riporta i coefficienti di questa pubblicità giuridica nei seguenti termini:

«Hoc votum (scilicet perpetuae continentiae) quidam subdividunt, dicentes, aliud esse sollemne, aliud simplex, sollemne est quod fit interveniente aliqua istarum sollemnitatum vel susceptio sacri ordinis, vel assumptione habitus regularis, vel publica scriptura, vel publica attestazione, id est facta coram publica persona, vel redditione manus publicae personae. Publica persona hic dicitur Episcopus, et Abbas, et quilibet sacerdos; quilibet alia persona dicitur privata quoad hoc. Alias autem votum continentiae quamvis sit fac-

(52) UGUCCIONE DA PISA, *Summa super Decreto* (Biblioteca Apost. Vaticana, Codice Vaticano Latino 2280), fol. 256r-256v. Sarà citato *Codice 2280*.

tum coram multis dicitur simplex, quia non institutum aliqua sollemnitate»⁽⁵³⁾.

Infatti per Ugucione, *la solennizzazione del voto costituisce un fatto di ordine prettamente documentale*: le solennità giuridiche non incidono minimamente sull'efficacia del voto in sé, né riguardo a Dio, né riguardo al susseguente matrimonio, né riguardo alla gravità dell'obbligo morale: esse costituiscono soltanto un criterio di pubblicizzazione giuridica in base alla quale la Chiesa procede o meno alla ratificazione degli effetti giuridici del *votum religionis*. Ecco il significativo testo del giurista pisano:

«Sollemnitates enim non sunt de substantia voti, sed fiunt ad probationem, scilicet, ut sint praesumptiones et signa, si votum revocetur in dubium, et nihil operantur quantum ad Deum, vel ad matrimonium vel maiorem obligationem tenetur quis isto sicut et illo»⁽⁵⁴⁾.

Infatti solo con la solennizzazione del *sanctum propositum*, la Chiesa fa proprio, a tutti gli effetti ecclesiali, l'impegno di ogni consacrazione al culto e al servizio di Dio con cuore indiviso; pertanto se il voto di perpetua castità non è documentabile (mancano cioè le testimonianze sulla sua emissione), la Chiesa deve dissimulare la sua esistenza ovvero non riconosce i suoi effetti giuridici anche se è stato veramente emesso:

«Occultum est illud quod probari non potest legitime, quamvis fuerit solemne vel factum cum pluribus quia mortui sunt testes, non exstat aliqua inde scriptura. Manifestum est quod probari potest; et licet cum aliquis contrahit post votum occultum non sit matrimonium, tamen ecclesia non potest nec debet eos separare, cum non possit probare, sed errant quidam dicentes quod ex quo coniuncti post tal votum hoc profiterentur debent ab Ecclesia separari sed quia posset esse causa mali exempli, quia illegittime coniuncti, sic possint separari; ideo Augustinus invehitur in eos, dicens quod graviter peccant qui tales dividunt, et in hoc casu loquuntur omnia capitula quae prohibent post votum super

⁽⁵³⁾ UGUCCIONE DA PISA, *Summa super Decreto, Codice 2280*, fol. 258r, col. 2.

⁽⁵⁴⁾ UGUCCIONE DA PISA, *Summa super Decreto, Codice 2280*, fol. 256r-256v.

separationem, ut dist. XXVII. Quidam et infra eadem quaest. cap. *Nuptiarum* quid ergo tunc faciet Ecclesia si confiteantur? Imponat eis paenitentiam et praecipiat eis ut contineant, quod si nolint dimittat eos et non separet, nec permittat eos separari nec fiat collusio; in hac opinione fuit magister Petrus Lombardus»⁽⁵⁵⁾.

Francamente, si deve riconoscere che la ricostruzione del pensiero di Uguccione non è facile per la canonistica moderna, perché presuppone il superamento di troppe difficoltà dottrinali di ordine contingente, nondimeno «riteniamo che Uguccione sia l'ultima testimonianza della dottrina patristica sul concetto di professione religiosa, concepita come *fides* contratta con Cristo, e conseguentemente sul concetto patristico di vita religiosa»⁽⁵⁶⁾.

Con l'avvento della Scolastica, non recepito il concetto biblicopatristico di professione religiosa perché oscurato dalle invadenze dottrinali dello Pseudo-Dionigi, attraverso una «mutazione» di principi e idee di difficile dipanazione, è stato elaborato il nuovo concetto di professione religiosa, fondata sull'obbligo dell'assunzione *sub voto* dei cosiddetti consigli evangelici di obbedienza, povertà e castità. Ma questa emissione della professione religiosa con l'esplicitazione dei tre voti tradizionali, pur esprimendo la sua dimensione culturale — il voto, abbiamo detto con S. Tommaso, «ad latrām pertinet» — tuttavia, non è sufficientemente espressiva del fatto che la professione religiosa consiste essenzialmente in un patto di fedeltà, *contratto personalmente con Cristo* dinanzi alla Chiesa, per un impegno che comporta un processo di assimilazione con la vita di Cristo nella sua totalità, di cui la castità, la povertà e l'obbedienza sono soltanto aspetti emblematici ma niente affatto esaustivi.

San Tommaso d'Aquino, trattando la questione: «Utrum votum sollemne dirimat matrimonium iam contractum», afferma che tutti sono concordi nel ritenere che chi emette il voto solenne contrae un matrimonio spirituale con Dio, che è molto più degno del matrimonio materiale. Pertanto, come il matrimonio materiale invalida (dirime) il susseguente matrimonio, così fa anche il voto solenne:

⁽⁵⁵⁾ UGUCCIONE DA PISA, *Summa super Decreto, Codice 2280*, fol. 256r-256v.

⁽⁵⁶⁾ A. BONI, *Gli istituti religiosi e la loro potestà di governo* (Roma 1989), 207.

«Qui facit votum sollemne, contrahit matrimonium spirituale cum Deo, quod est multo dignius quam materiale matrimonium. Sed materiale matrimonium prius contractum dirimit matrimonium post contractum. Ergo votum sollemne»⁽⁵⁷⁾.

L'Aquinate, passa poi ad esaminare le ragioni di questo effetto giuridico: alcuni ritengono, egli riferisce, che questo effetto sia dovuto allo scandalo ingenerato da parte di chi si sposa dopo aver fatto voto solenne di castità, ma questo non prova niente (*nihil est*) perché lo scandalo si può avere anche riguardo al voto semplice. Altri adducono come causa di questo effetto giuridico una disposizione da parte della Chiesa, ma anche questa motivazione non è sufficiente, perché se così fosse, la Chiesa potrebbe stabilire anche diversamente ma ciò non sembra possibile. Bisogna pertanto concludere, afferma S. Tommaso, che il voto solenne di castità dirime il susseguente matrimonio per la sua stessa natura (*ex sui natura*), in quanto con il voto solenne di castità l'uomo perde il dominio (*potestatem*) del proprio corpo, consegnandosi (*tradens*) a Dio per vivere in perpetua continenza; per cui l'uomo, non essendo più padrone del proprio corpo non può più darsi (*tradere*) in potestà della moglie contraendo matrimonio⁽⁵⁸⁾.

Nonostante il mancato aggancio dottrinale con il testo paolino di 1 Tim 5,11-12, le ragioni addotte da S. Tommaso ci sembrano valide, non foss'altro per la reminiscenza del concetto patristico di professione religiosa concepita come alleanza sponsale. Meno convincenti appaiono, invece, le argomentazioni dell'Aquinate per dimostrare che il voto semplice di castità non dirime il susseguente matrimonio. Egli infatti, trattando la questione: «Utrum per obligationem voti simplicis matrimonium contractum dirimi debeat», dice che una cosa cessa di essere in proprietà di qualcuno quando passa ad un'altra persona. La promessa di una cosa, invece, non la trasferisce in proprietà della persona a cui viene promessa: per il fatto che qualcuno prometta una cosa, questa non cessa di essere di sua proprietà. Lo stesso discorso, dice S. Tommaso, si deve fare anche in riferimento al voto semplice, il quale non è altro che una «semplice promessa» (*non sit nisi simplex promissio*) fatta a Dio, di osservare la

⁽⁵⁷⁾ S. TOMMASO, *Summa Theologiae, Suppl.*, q. 53, a. 2.

⁽⁵⁸⁾ Cfr. S. TOMMASO, *Summa Theologiae, Suppl.*, q. 53, a. 2.

continenza del proprio corpo. Pertanto, dopo il voto semplice, l'uomo rimane ancora padrone del proprio corpo e, dunque, lo può ancora donare alla moglie attraverso il matrimonio, il quale consiste appunto in questa *totali corporis traditio* (donazione). In ragione di questa sua specifica natura, il voto semplice benché impedisca il matrimonio — pecca infatti gravemente chi lo contrae legato dal voto semplice — tuttavia, secondo S. Tommaso, non lo dirime in quanto il matrimonio è un vero contratto mentre il voto semplice è solamente « simplex promissio » (sul tipo del fidanzamento):

« Respondeo dicendum quod per hoc res aliqua desinit esse in potestate alicuius per quod transit in dominium alterius. Promissio autem alicuius rei non transfert eam in dominium eius cui promittitur. Et ideo non ex hoc ipso quod aliquis rem promittit aliquam, desinit res illa esse in potestate sua. Cum ergo in voto simplici non sit nisi simplex promissio proprii corporis ad continentiam Deo servandam facta, post votum simplex adhuc remanet homo dominus sui corporis. Et ideo potest ipsum alteri dare, scilicet uxori: et propter hoc votum simplex, quamvis impediatur contrahendum, quia peccat contrahens matrimonium post votum simplex continentiae, tamen, quia verus contractus est, non potest matrimonium propter hoc dirimi »⁽⁵⁹⁾.

Evidentemente su tale questione, Ugucione e S. Tommaso si trovano su posizioni dottrinali diametralmente opposte: per il giurista pisano il voto di castità in quanto tale ha in sé la forza di dirimere il matrimonio, ma questa *vis intrinseca* del voto deve essere ratificata dalla Chiesa al fine di sortire effetti giuridici nel suo ordinamento canonico; dunque, ricapitolando, per Ugucione il voto semplice (non solennizzato), moralmente non obbliga meno del voto solenne di castità né è privo *ex se ipso* della forza di inabilitare al susseguente matrimonio, ma non consegue socialmente l'effetto di dirimerlo in quanto, le sue conseguenze giuridiche non vengono ratificate dalla Chiesa perché non è documentabile il fatto della sua emissione; di qui la grande importanza che il voto venga emesso con le debite solennità di pubblicizzazione previste dal diritto (*sollemnia iuris*), altrimenti l'impedimento *esiste* ma è giuridicamente

(59) S. TOMMASO, *Summa Theologiae, Suppl.*, q. 53, a. 1.

inefficace ⁽⁶⁰⁾. Per l'Aquinate, invece, il voto semplice non è più neppure un « voto » in senso proprio ma rappresenta una « semplice promessa », moralmente disgiunta dal dono che comporta e, di conseguenza, inefficace.

Per gli Scolastici, quindi, a motivo dell'assimilazione di concetto tra il matrimonio di famiglia ed il matrimonio spirituale della professione religiosa, portata avanti con una consequenzialità sorprendente fino ai limiti dell'identificazione, il concetto di voto non sarebbe completo — non si tratterebbe cioè di voto vero e proprio — se non comportasse anche l'oblazione del dono (trasferimento del dominio). Senonché questa teoria lasciava la porta aperta a grosse difficoltà di ordine teologico.

Con il voto di castità, il religioso affida a Dio il dominio del proprio corpo, ma questa donazione diventa effettiva soltanto se è recepita da qualcuno in nome di Dio (*qui locum Dei tenet*) ⁽⁶¹⁾. Infatti, gli stessi teologi obiettavano che Dio non può essere destinatario immediato del dono, perché nel suo pieno possesso di tutte le cose non è capace di acquisire dominio avventizio e perché sarebbe ingiurioso restituire una cosa in dono a chi l'ha donata ⁽⁶²⁾. Per ovviare a questa difficoltà, si escogitò che la professione religiosa si sarebbe fatta a Dio e che la donazione che essa comporta nel suo adempimento, si sarebbe fatta alla famiglia religiosa d'appartenenza.

Questa assimilazione del concetto di professione religiosa vera e propria (alleanza sponsale contratta con Cristo) con le strutture co-

⁽⁶⁰⁾ Su questa problematica si veda la decretale di Alessandro III « Rursus quidam », di data incerta, passata poi nel *Corpus Iuris Canonici* sotto il nome di Celestino III (*Decretales Gregorii IX*, c. 6, 4, 6); cfr. anche O. ROBLEDA, *De conceptu actus iuridici. Excursus theoreticus*, *Periodica* 51 (1962), 439; A. BONI, *Gli Istituti religiosi*, 205-207.

⁽⁶¹⁾ S. BONAVENTURA, *Commentarium in Quatuor Libros Sententiarum*, lib. IV, dist. 38, q. 1, a. 2, *Opera Omnia*, vol. 4 (Quaracchi 1889), 820: « Votum enim tripliciter solemnizatur, scilicet ordinis susceptione, professionis emissione et habitus professorum assumptione, cum aliis quae hominem professum ostendunt. Et hoc est commune in voti solemnizatione, quod fiat coram persona, quae locum Dei tenet et quae votum potest approbare; qua recipiente votum continentiae, transfertur potestas corporis voventis in alium, quia alius adest, qui recipit. Sed in voto simplici, ubi homo mera se obliga voluntate et in nullius manibus hoc facit, obligatur quidem, sed tamen dominium sui corporis in alterum non transfertur ».

⁽⁶²⁾ ORIGENE, *In Numeros homiliae*, hom. 23, 2 (PG 12, 746-756): « Nemo suum aliquid offert Deo, sed quod offert Domini est, et non tam sua quis offert Deo, quam ipsi quae sua sunt reddit »; cfr. anche S. TOMMASO, *Summa Theologiae*, 2, 2, q. 88, a. 4.

munitarie della vita religiosa, è andata incontro ad un ulteriore consolidamento con la decretale di Bonifacio VIII «*Quod votum*», di data incerta, con cui si stabiliva che, agli effetti di dirimere il susseguente matrimonio, si dovesse considerare come voto solenne di castità soltanto quello ufficializzato, con la recezione dell'ordine sacro e la professione, espressa o tacita, emessa in una religione debitamente approvata dalla Sede Apostolica:

«*Quod votum debeat dici sollemne hac ad dirimendum matrimonium efficax, nos consulere voluisti. Nos igitur, attendentes, quod voti sollemnitas ex sola constitutione ecclesiae est inventa, matrimonii vero vinculum ab ipso ecclesiae capitae rerum omnium conditore, ipsum in Paradiso et in statu innocentiae instituendae, unionem et indissolubilitatem acceperit: praesenti declarandum duximus oraculo sanctionis, illud solum votum debere dici sollemne, quantum ad post contractum matrimonium dirimendum, quod sollemnizatum fuerit per susceptionem sacri ordinis, aut per professionem expressam vel tacitam, factam alicui de religionibus per Sedem Apostolicam approbatis. Reliqua vero vota etsi quandoque matrimonium impediunt contrahendum, et quanto manifestius sunt emissa, tanto propter plurium scandalum et exemplum durior paenitentia transgressoribus debeat, non tamen rescindere possunt matrimonia post contracta*»⁽⁶³⁾.

Con la decretale «*Quod votum*», tutti i precedenti criteri di solennizzazione del voto di castità, eccettuato l'ordine sacro, venivano sostituiti con la professione in una famiglia religiosa (religione) debitamente approvata dalla Sede Apostolica; tant'è vero che la *Glossa Ordinaria* si esprime in questi termini:

«*Nequaquam erit religiosa persona, quocumque modo vestem mutit vel propriis renuntiet vel votum emittat nisi alicui religioni se det ... Potest ergo aliqua in domo propria accipere vestem religiosam nec tamen religiosa erit cum nulli monasterio se tradat*»⁽⁶⁴⁾.

⁽⁶³⁾ BONIFACIO VIII, «*Quod votum*» (data incerta), *Liber Sextus Bonifacii VIII*, c. unic. 3, 15.

⁽⁶⁴⁾ *Glossa Ordinaria*, in c. 7, C. 27, q. 1.

Il Concilio di Trento (1545-1563), in ragione dei criteri di riforma disciplinare, abolita la professione semplice (non ratificata dalla Chiesa), prescrive che la professione religiosa (unica e solenne) si debba emettere, dopo un anno di noviziato, in una religione debitamente approvata dalla Sede Apostolica⁽⁶⁵⁾. «Con le prescrizioni del Concilio di Trento l'emissione della professione religiosa e l'ascrizione del religioso ad una determinata famiglia hanno dovuto necessariamente coincidere: praticamente, l'ascrizione del religioso ad una determinata famiglia religiosa è rimasta l'unico criterio giuridico, stabilito dalla Chiesa, per la solennizzazione della professione religiosa»⁽⁶⁶⁾.

Con l'avvento della Compagnia di Gesù è stata recuperata, sotto altri aspetti, la professione semplice, per cui si è imposto nuovamente di cogliere la distinzione tra questa e la professione solenne.

Abbandonato ogni riferimento ai criteri del passato, il gesuita Francisco Suárez († 1617) individuava questa distinzione in un *rapporto di contrattualità* tra il religioso e la famiglia religiosa cui appartiene. A differenza della stessa concezione scolastica, in cui riesce ugualmente a sopravvivere il concetto patristico di professione religiosa come alleanza sponsale, il Suárez, al fine di risolvere un «problema di famiglia», non lega il concetto di solennizzazione della professione al concetto di matrimonio — con la relativa *traditio* assoluta e irrevocabile del proficiente alla propria famiglia religiosa — in quanto non congruente con la professione dei religiosi studenti e dei fratelli coadiutori nella Compagnia di Gesù, ma lo lega al concetto di contratto (*do ut des*); egli si esprime in questi termini:

«Ex dictis omnibus concludendum est, quamvis traditio et tria vota substantialia secundum se hac formaliter diversa sint, ex illis coalescere professionem quoad substantiam suam per modum unius contractus perfecti et consummati (tra il religioso e la religione)»⁽⁶⁷⁾.

Successivamente, il Suárez chiarisce i termini di questo contratto, affermando che:

⁽⁶⁵⁾ Cfr. *Concilium Tridentinum*, Sessio 25, *Decretum de regularibus et monialibus*, cap. 15, *Conciliorum Oecumenicorum Decreta*, 781.

⁽⁶⁶⁾ A. BONI, *Vangelo e vita religiosa*, 204.

⁽⁶⁷⁾ F. SUÁREZ, *De statu perfectionis et religionis*, tract. 7, lib. 6, cap. 2, n. 26, *Opera Omnia*, tom. 15 (Parisiis 1869), 396.

«Voti religiosi sollemnitas in duobus consistit. Unum est, ut traditioni seu oblationi personae religiosae omnino absolute et ex utraque parte irrevocabili coniunctum sit. Alterum est, ut habeat vim inhabilitandi personam ad effectus morales supra declaratos. Haec enim duo coniunctim necessaria sunt, et alterum sine altero non sufficit, ut in superioribus declaratum est et in votis scholarium et coadiutorium Societatis (Jesu) manifestum est»⁽⁶⁸⁾.

Il concetto suareziano di «professione-contratto»⁽⁶⁹⁾ ha portato il problema della solennizzazione e della non-solennizzazione della professione religiosa dal campo ecclesiale all'ambito interno degli istituti religiosi (ordini e congregazioni); per cui un autore ha potuto recentemente scrivere che: «motivi di tutela e salvaguardia della struttura ecclesiastica (...) operano a favore della nullità dei matrimoni contratti da chi ha professato i voti in una associazione religiosa (...) non il voto di per sé ma (...) l'appartenenza formale, o addirittura organica, ad una siffatta associazione quale risulta consacrata dalla professione dei voti»⁽⁷⁰⁾. Ed in seguito aggiunge, per sviluppare il suo ragionamento: «D'altra parte, però, proprio il riferimento fatto da ultimo al rapporto che istaurandosi fra il professore e l'associazione religiosa, servirebbe ad attribuire valore dirimente al voto solenne, potrebbe apparire tale da escludere l'anzidetta conclusione, ove venisse raffrontato con quanto era previsto dal can. 1073 nel quale si attribuiva forza invalidante anche ai voti semplici, che fossero stati pronunciati in una congregazione religiosa. In realtà anche questo ragionamento potrebbe non sembrare del tutto convincente: infatti, tenuto conto che l'anzidetta forza invalidante verrebbe attribuita al voto semplice da una disposizione della Santa Sede, parrebbe scaturirne, per logica conseguenza che, mentre il voto semplice non basterebbe da solo, ossia senza una disposizione

⁽⁶⁸⁾ F. SUÁREZ, *De statu perfectionis et religionis*, tract. 7, lib. 2, cap. 14, n. 10, *Ibid.*, 184.

⁽⁶⁹⁾ Riguardo all'insostenibilità di questa teoria suareziana, tra gli altri, P. PASSE-RINI (*Passerinus*), *De hominum statibus et officiis* (Lucae 1732), 1, q. 186, N. 23, ha delle parole accorate, quasi di sdegno: «Adhuc indecens est et minime conveniens, ut qui relinquit sua propter Deum et ita, quod nedum relinquat bona ex quibus sustentatur abunde, sed et parentes et honores et mundum et seipsum velit postea esse in sua professione mercenarius et deducere in pactum miserrimum sustentamentum».

⁽⁷⁰⁾ T. MAURO, *Gli impedimenti relativi ai vincoli religiosi*, 180.

dell'autorità competente a produrre un effetto invalidante, tale effetto, viceversa, lo potrebbe produrre "ex natura sua" il voto solenne. Sicché, per quanto l'opinione prevalente sia nel senso che l'effetto invalidante del voto solenne derivi anch'esso da una espressa prescrizione dell'autorità ecclesiastica, tuttavia, in definitiva, non si può dire con assoluta certezza quale sia l'opinione più fondata»⁽⁷¹⁾.

Per superare questa incertezza sulla qualificazione giuridica dell'*impedimentum voti* ossia per risolvere la divergenza dottrinale tra coloro — e sono la maggioranza — che ritengono che l'effetto invalidante del voto derivi da una disposizione disciplinare dell'autorità ecclesiastica (cioè sia di diritto ecclesiastico), e quelli che, pur senza andare alla scaturigine, lo dicono «tradizionalmente»⁽⁷²⁾ di diritto naturale e divino positivo «in quanto si fonda sul voto fatto a Dio»⁽⁷³⁾, a nostro parere, occorre recuperare il testo paolino di 1 Tim 5,11-12 in tutto il suo vigore di «regola ecclesiastica» il cui concetto non è assolutamente assimilabile a quello di «legge ecclesiastica». Infatti «il concetto di "regola ecclesiastica" implica sempre la traduzione in atto di una disposizione apostolica (diritto divino-apostolico). In quanto tale, una "regola ecclesiastica" è costituita da una duplice componente: da una componente di fede e da una componente di disciplina. Essa traduce in atto una disposizione di diritto divino-apostolico, secondo modalità stabilite dal diritto umano-ecclesiastico della Chiesa»⁽⁷⁴⁾.

Conclusione.

Abbiamo cercato di esporre sopra, sia pure in forma sintetica, l'origine e la qualificazione giuridica dell'*impedimentum voti* a partire dalla dottrina biblico-patristica e dalla sua traduzione in norme concrete ad opera della canonistica antica, almeno fino ad Ugucione da Pisa. Questo spiega perché qualche volta ci siamo dilungati in considerazioni di ordine ascetico. L'abbiamo fatto anche perché gli

(71) T. MAURO, *Gli impedimenti relativi ai vincoli religiosi*, 189.

(72) S. BERLINGÒ, *La dispensa dagli impedimenti matrimoniali*, 61: «Tra questi ... (il) voto pubblico perpetuo di castità (inclusivo anch'esso di obblighi tradizionalmente fondati sul diritto divino) ...».

(73) J.F. CASTAÑO, *Gli impedimenti matrimoniali, Matrimonio canonico fra tradizione e rinnovamento* (Bologna 1991, 2 ed.), 151.

(74) A. BONI, *Vangelo e vita religiosa*, 114.

« oppugnatori » del fondamento di diritto divino-apostolico di questo impedimento hanno cercato — forse preterintenzionalmente — di ridurre ad una problematica meramente *giuridicista* e disciplinare il significato e la portata di una « legge » che ha invece profonde radici teologiche e dottrinali. Ci siamo preoccupati di dimostrarlo nel corso di tutto il nostro lavoro, attingendo le nostre argomentazioni direttamente dalle « fonti » bibliche, patristiche e magisteriali. Nel ripercorrere a ritroso una strada lunga e ardua, riteniamo d'aver individuato dei « punti fermi » che crediamo possano risolvere le incertezze dottrinali sulla qualificazione giuridica dell'impedimento di voto. Li proponiamo qui, a mo' di conclusione, in forma così compendiata:

a) In quanto la professione religiosa consiste in un'alleanza sponsale o patto contratto con Cristo (*fides*) di conformazione di vita con la Sua esistenza casta, povera e obbediente, se i religiosi vengono meno al loro impegno di castità, volontariamente assunto, per sposarsi, sono trasgressori di un *sanctum propositum* e i loro matrimoni (unioni concubinarie) risultano contratti contro la « regola ecclesiastica » o legge di diritto divino-apostolico di cui in 1 Tim 5,11-12.

b) I matrimoni da essi contratti sono pertanto invalidi non per disposizione della Chiesa, ma in forza di questa legge di diritto divino-apostolico.

c) Benché la *fides* di cui nel testo paolino di 1 Tim 5, 11-12 invalidi per se stessa il susseguente matrimonio, tuttavia essa non conseguirebbe i propri effetti giuridici ecclesiali se questi non venissero ratificati (solennizzati) dalla Chiesa; in altre parole: la professione religiosa pur inabilitando a contrarre il susseguente matrimonio *ex ipsa eius natura*, in quanto « fatto ecclesiale » deve essere ufficializzata e socializzata attraverso l'autorità che regge tutta la compagine ecclesiale per conseguire, nell'ordinamento canonico, l'efficacia di dirimere il matrimonio.

d) Moralmente il voto privato non obbliga meno del voto pubblico, ma non costituisce impedimento dirimente, perché non essendo documentabile il fatto della sua emissione la Chiesa dissimula la sua esistenza.

e) Questa « dissimulazione » è pienamente conforme al principio del *favor matrimonii*, per cui, nel dubbio, occorre presumere la validità del matrimonio almeno fino a quando non si possa provare il contrario (cfr. can. 1060), per non esporre la Chiesa al pericolo di violare il diritto divino.

f) Al fine di salvare la presunzione di validità del matrimonio, talvolta, si ritenne di dover valorizzare soprattutto gli aspetti formalistici anziché quelli sostanziali, la qual cosa, probabilmente, ha contribuito a generare l'opinione secondo cui il valore particolare attribuito a determinate «specie» di voti dipende non dal voto in sé ma da fattori e motivi estrinseci e sovrapposti; in realtà il voto costituisce un impedimento dirimente del matrimonio di per se stesso (*ex sui ipsius naturae*), a prescindere da qualsiasi ulteriore intervento di ordine costitutivo da parte della Chiesa, cui compete soltanto la determinazione delle «modalità» di ecclesializzazione o pubblicizzazione ecclesiale (cfr. can. 576).

g) Peraltro, la determinazione o delimitazione del contenuto, vale a dire la specificazione dell'impedimento di voto in riferimento al «diritto al matrimonio», poiché è in giuoco un «valore» fondamentale della persona, può essere ricavabile, in primo luogo, dal diritto divino rivelato, essendo il Signore, ad un tempo «auctor naturae et institutionis»⁽⁷⁵⁾. È quanto abbiamo cercato di dimostrare, proponendo come origine dell'impedimento di voto, la legge di diritto divino-apostolico («regola ecclesiastica») di cui nel testo paulino di 1 Tim 5, 11-12.

PRIAMO ETZI, OFM

(75) S. BERLINGÒ, *La dispensa dagli impedimenti matrimoniali*, 60.

Rassegna di bibliografia

Recensioni

Pagina bianca

AA.VV., *Laicidad, cooperación y sistemas de acuerdos. Actas del VI Congreso Interuniversitario de Derecho Eclesiástico para Estudiantes*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid 1997, p. 295.

El volumen que se comenta corresponde a la publicación de las ponencias presentadas en un congreso de Derecho Eclesiástico. Esta somera descripción del libro no resaltaría la originalidad del mismo — unas actas más de las numerosas que anualmente se publican en las más distintas facetas del saber humano — si no fuera porque han sido íntegramente redactadas por estudiantes. Es común en la experiencia de los profesores universitarios admitir la pasividad de los alumnos a los que se imparte la docencia. Para algunos profesores ello es la consecuencia natural de su escasa formación e interés, de la infinita distancia que les separa de la elevada posición del docente, encastillado en su torre de marfil, que ya bastante se digna en exponerles dos o tres veces por semana sus lecciones magistrales. Otros se rebelan contra este hecho, si bien factores como la masificación, la escasez de profesores ayudantes o de medios de la universidad española, acaban convirtiéndose en elementos excusatorios de su tendencia acomodaticia. Afortunadamente siempre hay

profesores que, dentro de las posibilidades que brindan las circunstancias actuales de la universidad, pretenden cambiar la tradicional inercia que restringe las actividades a las clases teóricas y a los exámenes, con proyectos imaginativos que contribuyan a la vez a potenciar las aptitudes intelectuales de los estudiantes, e integrar su formación mediante sesiones y trabajos creativos. Más allá de las descalificaciones absolutas, las críticas inmoderadas o las predicciones catastrofistas que tan frecuentemente escuchamos en nuestro medio profesional, la labor docente se ha de juzgar por las obras; es decir, por los métodos ideados por el profesor para romper con esa tradicional inercia hacia la pasividad y lograr efectivamente la participación del alumno en el procedimiento de transmisión de conocimientos.

Me ha parecido que estas reflexiones son necesarias para que el lector comprenda, y valore consecuentemente, el significado del libro que se comenta. Las actas de un congreso o reunión científica no dejan de ser el resultado final de un largo proceso, desde que se determina una materia a tratar, se invita a estudiar a equipos de personas o a individuos aspectos concretos de ésta, y culmina con la presentación y discusión de las ponencias. La peculiaridad del volumen, el estar

escrito por estudiantes de Derecho de cinco universidades españolas y una italiana, a mi modo de ver hace conveniente explicar previamente cómo surgió la iniciativa de los congresos interuniversitarios de Derecho Eclesiástico — pionera sin duda en nuestra disciplina — y qué resultados ha producido.

La idea de celebrar congresos de estudiantes partió de dos de esos profesores, de la última categoría descrita, que siguen pensando que su dedicación a la universidad se entiende por el servicio que prestan por y para los alumnos: José María González del Valle, catedrático de la Universidad de Oviedo, e Iván Ibán, catedrático de la Universidad Complutense de Madrid. De hecho Ibán, organizador del Congreso cuyas actas se comentan y autor del prólogo de las mismas, hace profesión, en el estilo iconoclasta y descarnado que le caracteriza, del sentido que para él tiene la vida en la universidad. Todos los que le conocen saben que, lejos de ser mera retórica, ha convertido en realidad sus convicciones a lo largo de su trayectoria universitaria. Uno de los ejemplos es precisamente la iniciativa de los congresos interuniversitarios para estudiantes. No hizo falta mucho esfuerzo para que otras tres universidades, Cádiz, Córdoba y Alcalá, se unieran al proyecto, una vez que la experiencia piloto de su organización se realizara en Oviedo. En ella se instauró una práctica que fue repetida a lo largo de los años: elección de un tema de discusión relevante para el Derecho

Eclesiástico; reparto de las distintas perspectivas de estudio que su análisis puede ofrecer entre los cinco grupos de trabajo formados en el seno de cada universidad; elaboración e intercambio previo de las ponencias; y, ya reunidos en la sede del congreso, su exposición y discusión. Cualquier tipo de estereotipo del alumno masificado, sin ilusión y criterio, cae por su base al observar la labor que han realizado. Su capacidad para el trabajo en equipo, las aptitudes para la investigación y exposición de los temas, el entusiasmo en la defensa de sus posiciones y el rigor en las polémicas que naturalmente surgieron del debate de ideas..., fueron, por lo menos para quien esto escribe, una agradable sorpresa que confirmaba la bondad de la iniciativa. De ahí que, después de la celebración del Congreso de Oviedo en 1992, se sucedieran los de Jerez (1992) y Córdoba (1993). En este último los organizadores tuvieron a bien, extendiendo el modelo de reuniones de estudiantes al extranjero, invitar a alumnos de la Universidad de Milán. Estoy persuadido que las contribuciones de la doctrina italiana al Derecho Eclesiástico han sido y serán un continuo referente para todo eclesiástico que desee realizar un trabajo de calidad. Pues bien. La idea de integrar en la iniciativa a estudiantes de tan prestigiosa Universidad enriqueció, tanto en el aspecto humano como científico superando posibles barreras de lengua o cultura, la experiencia de los congresos interuniversitarios. La Universidad de

Milán se encargó de organizar la cuarta edición (Gargnano, 1995) y ha participado en las sucesivas ediciones de Alcalá de Henares (1996) y Madrid (1997).

La celebración de congresos, los frutos de la convivencia personal entre estudiantes de distintas ciudades y países, y la exposición y discusión de las ponencias — sin la mínima intervención de los profesores, esta vez dedicados a labores de mera intendencia —, eran suficientemente positivos para justificar la dedicación de todo un equipo de personas de cada universidad para preparar la celebración de la siguiente cita. Tarea ardua y no exenta de incomprendiones; no es infrecuente que la petición de ayudas oficiales fueran contestadas por el silencio o una sonrisa irónica, en una actividad, los congresos, monopolizada por los «profesionales» en la materia. Sin embargo, los organizadores decidieron que era necesario, cerrando el círculo, dar trascendencia al exterior de lo expuesto y discutido en los congresos. En una palabra, publicar las ponencias elaboradas. Las actas del congreso de Oviedo se publicaron en el número 17, Abril de 1993, de la Revista de Castilla-La Mancha y las de Jerez y Córdoba en sendas publicaciones «ad hoc» («La libertad ideológica en la Constitución Española de 1978»). Actas del II Congreso de Derecho Eclesiástico del Estado para Estudiantes. Jerez de la Frontera, 24 a 27 de Marzo 1993. Fundación Universitaria de Jerez. Jerez 1995 y «Sectas y Derechos Humanos».

III Congreso Interuniversitario de Derecho Eclesiástico para Estudiantes, 21-24 de abril 1994. Universidad de Córdoba. Córdoba 1997).

El volumen que se comenta corresponde a la última edición de estas reuniones, el VI Congreso Interuniversitario de Derecho Eclesiástico para Estudiantes, celebrado en Madrid los días 11 a 14 de abril de 1997. El tema central del encuentro de estudio y que aparece en el título de la publicación, es clave para entender el sistema de Derecho eclesiástico español, y común en este aspecto al existente en Italia: los acuerdos entre el Estado y las confesiones. No en vano a través de esta fuente del Derecho, cuyos antecedentes son los concordatos pactados entre el Estado y la Santa Sede a lo largo de los siglos, se viene canalizando la aplicación de un Derecho especial favorable a las confesiones. Tras el sugerente prólogo de Ibán al que ya me he referido, los equipos de estudiantes de las cinco universidades españolas analizan diferentes perspectivas en relación con el sistema de acuerdos, así como los distintos estatutos jurídicos de las confesiones en función del tipo de acuerdo o de su acceso a esta vía privilegiada para su posición en el ordenamiento. Estos son los títulos de las ponencias comprendidas en el volumen:

- Nuevas tendencias concordatorias (Universidad de Oviedo)
- Modelo constitucional y sistemas de acuerdos (Universidad de Cádiz)

— Los acuerdos con la Iglesia católica (Uníversidad Complutense de Madrid)

— Los acuerdos con las minorías religiosas (Universidad de Córdoba)

— Posición jurídica de las confesiones religiosas no inscritas (Universidad de Alcalá)

— Il sistema di accordi tra Stato e confessioni in Italia (Universidad de Milan)

Debe disculparse que no me refiera, por obvias razones, al contenido de las ponencias reunidas en el volumen que se comenta. No obstante, a toda persona interesada por estas materias le pido que suspenda un eventual juicio descalificatorio « a priori » por provenir su redacción de estudiantes de licenciatura. Nada más erróneo — y todavía con mayor razón en nuestros días, atendiendo al nivel científico de muchos supuestos « especialistas » — que adoptar una pretenciosa superioridad de los « profesionales » frente a los estudiantes. Si el lector, aunque sólo sea por curiosidad, tiene la higiene mental de rechazar estos prejuicios, se encontrará con acertadas síntesis expositivas de materias en sí complejas y polémicas, y sugerentes valoraciones sobre el sistema de los acuerdos. Coincido con Ibán cuando afirma en el prólogo que algunas de las ponencias « son perfectamente equiparables, en lo que a su nivel científico se refiere, a publicaciones de profesionales » (p. 15). Animo al lector a comprobarlo.

Agustín Motilla

Giovanni BARBERINI, *Chiesa e Santa Sede nell'ordinamento internazionale. Esame delle norme canoniche*, Giapichelli, Torino, 1996, p. XIV+242.

Uno degli sforzi che, a mio parere, deve compiere al momento presente la dottrina canonistica, è quello della ricostruzione sistematica degli istituti giuridici appartenenti all'ordinamento canonico o in rapporto col diritto della Chiesa. Gli anni passati, quelli immediatamente posteriori alla promulgazione del nuovo Codice di Diritto canonico e al completamento dell'ordinamento della Chiesa mediante l'avvio del codice orientale, hanno visto concentrarsi lo sforzo della canonistica — in termini complessivi, e al di là di rilevanti eccezioni —, in una valutazione della nuova disciplina fatta soprattutto in funzione della sua continuità o meno con la disciplina precedente del Codice del 1917, e più frequentemente ancora, della sua maggiore o minore adeguatezza alle aspettative dell'ultimo concilio ecumenico, col predominante impiego delle ragioni dottrinali di natura sostanziale, e il richiamo come fonte di autorità ai pareri di eminenti canonisti emessi lungo i lavori nella commissione per la revisione fornite dalle relative pubblicazioni.

Sembra arrivato il momento di andare oltre la semplice comparazione dei testi normativi vecchi e nuovi, e di riconoscere ulteriormente, in tutte le sue conseguenze, anche di ordine metodologico, il carattere quanto meno circoscritto,

se non addirittura molto limitato, che per l'interpretazione degli istituti canonisti, hanno i pareri e i voti consultivi che, pur essendo autorevoli, vennero emessi come elementi di lavoro o di procedura lungo il periodo di revisione del Codice Piano-Benedettino. A questo corrisponde ora seguire le norme ermeneutiche dallo stesso corpo legale tracciate per compiere sforzi ricostruttivi di maggiore portata degli istituti e, senza tralasciare né la discussione dottrinale né i pareri degli autori, portare a termine una completa riflessione dell'esperienza giuridica riguardante ogni singolo istituto, tenendo in conto la realtà dell'elemento normativo e la prassi di attuazione.

Penso che il libro di Barberini rientri nelle coordinate appena indicate per quanto riguarda un settore del tutto particolare della esperienza giuridica della Chiesa: quello cioè dei rapporti istituzionali con i soggetti di diritto internazionale, e particolarmente con le organizzazioni internazionali; un ambito singolarmente delicato e impegnativo della missione specifica della Chiesa, che negli ultimi anni ha assunto un rilievo preponderante nell'attività della Santa Sede.

In questo settore, il libro di Barberini costituisce prima di tutto una ricostruzione giuridica, puntuale e di notevole sensibilità storica, degli istituti di diritto internazionale che hanno rilievo nell'ordinamento canonico, e di quelli connessi nell'ambito dell'organizzazione ecclesiastica e di quel che

una volta era chiamato diritto pubblico esterno della Chiesa. Si tratta di una ricostruzione moderna, attenta alla concreta esperienza giuridica e a quanto essa apporta come elemento integrativo delle norme generali di un ordinamento giuridico. Il sottotitolo del libro, «Esame delle norme canoniche», è giustificato, da una parte, dall'analisi che realizza l'autore delle norme codiciali: quelle, ad es., riguardanti la personalità giuridica della Chiesa e della Santa Sede (cann. 113, 361 CIC), o relative ai soggetti di potestà nella Chiesa (cann. 331, 333, 381 CIC), o concernenti l'attività diplomatica dei legati pontifici (cann. 363 ss CIC); ma d'altra parte, il sottotitolo rispecchia anche lo studio integrativo di altre norme — come il Trattato Lateranense o le diverse Convenzioni diplomatiche sottoscritte dalla Santa Sede — che danno ragione dell'operato della Chiesa nell'ambito internazionale.

Dopo una premessa di Francesco Margiotta Broglio e di un sintetico *excursus* storico dell'autore circa la posizione giuridica della Sede Apostolica volto ad evidenziare le caratteristiche dell'attività internazionale della Chiesa nei vari periodi della storia, l'opera di Barberini si divide in due parti: la prima riguarda la *presenza* internazionale della Santa Sede, mentre la seconda è dedicata ad alcune manifestazioni di tale *attività*.

La prima parte — «La presenza della Santa Sede nella comunità internazionale» — si snoda in tre capitoli: il primo riassume il dibattito

dottrinale riguardante la personalità giuridica internazionale della Santa Sede e la sua specificità, muovendo dall'evoluzione della normativa codiciale in proposito, e dal riconoscimento della sovranità della Santa Sede nell'art. 2 del Trattato Lateranense e dai relativi problemi posti dalla dottrina, si giunge a delineare lo status internazionale ormai acquisito dalla Santa Sede che, tra l'altro, emerge attraverso la sua attiva partecipazione al processo di codificazione del diritto internazionale. Il secondo capitolo è dedicato allo studio degli obiettivi giuridici perseguiti dalla dichiarazione della sovranità della Santa Sede nel Trattato del 1929 — tenuto particolarmente conto del quadro storico e giuridico precedente —, del quadro normativo che tale dichiarazione consentì, e dei suoi riflessi posteriori nell'assemblea costituente italiana. Nel terzo capitolo di questa parte è contenuta una efficace presentazione sintetica dello Stato della Città del Vaticano, la sua speciale natura, il sistema di poteri e di istituti di governo, nonché i capisaldi del relativo ordinamento civile.

La parte seconda del libro, intitolata «L'attività della Santa Sede nella comunità internazionale», contiene cinque capitoli. Il primo fa una sintesi del sistema di valori e dei peculiari interessi che presiedono l'attività della Santa Sede nell'ambito internazionale, delle sue principali fonti magisteriali (cost. *Gaudium et spes* e dich. *Dignitatis humanae*, principalmente), e di alcune peculiari vie di comunicazione

(allocuzioni pontificie, giornata per la Pace ecc.). Il secondo capitolo analizza la presenza della Santa Sede nei vari sistemi di organizzazioni internazionali, particolarmente in quello dell'Organizzazione delle Nazioni Unite, dell'Organizzazione per la Sicurezza e la Cooperazione in Europa — dove le valutazioni dell'autore hanno, com'è noto, particolare autorevolezza —. Il terzo capitolo riguarda la capacità negoziale della Santa Sede nell'ambito internazionale e la sua partecipazione al processo definitorio nonché il significato dell'adesione ad alcuni peculiari strumenti (energia atomica, diritto del fanciullo ecc.). Il quarto e il quinto capitolo di questa seconda parte sono, infine, destinati allo studio della diplomazia pontificia (diritto attivo e passivo di legazione, ufficio di legato), e all'attività diplomatica dei rappresentanti pontifici davanti agli Stati, con particolare considerazione dei suoi ruoli nella stipulazione di accordi e concordati con gli Stati e il suo compito di mediazione e di arbitrato.

Dalla lettura del volume emerge lo scopo docente che l'autore si è imposto in questa occasione. Infatti, le caratteristiche del libro sono quelle adatte ad una prima ma rigorosa analisi della pluralità dei fattori giuridici, di provenienza non unicamente ecclesiale, che al momento presente rientrano nella considerazione degli istituti canonistici interessati, fornendo loro l'adeguato conteso storico.

Juan Ignacio Arrieta

Bruno ESPOSITO, O.P. (ed.), *Attuali problemi di interpretazione del Codice di Diritto Canonico*, Actes du Symposium International à l'occasion du premier Centenaire de la Faculté de Droit Canonique de l'Université Pontificale S. Thomas d'Aquin (Rome, 24-26 octobre 1996), Millenium Romae, Roma 1997, p. 336.

Le recueil s'ouvre par une présentation de l'éditeur, le R.P. Esposito, o.p., suivi du mot d'accueil du R.P. E. Kaczynski, o.p., Recteur Magnifique de l'Université Pontificale de l'Ordre Prêcheur à Rome, la *Pontificia Università S. Tommaso d'Aquino* (P.U.S.T.), organisatrice du Symposium.

Après cela le R.P. A. Urru, o.p., doyen de la Faculté de Droit canonique de cette même Université, parla des *Origines et du développement* de la dite Faculté. En pleine lutte contre le gouvernement sectaire au pouvoir à cette époque à Rome, alors que le *Studium* de l'ordre avait été expulsé du couvent de Santa Maria sopra Minerva, les Pères dominicains décident de fonder une université avec, entre autre une faculté de Droit canonique. Celle-ci verra ses statuts approuvés par le card. Mazzella, Préfet de la Sacré Congrégation pour les Etudes le 10 août 1896 et sera érigé canoniquement par le même le jour suivant en vertu d'une faculté particulière accordée par le Souverain Pontife. Puis l'orateur évoque certains des professeurs de l'Ordre qui ont particulièrement illustré la

Faculté, dont les RR.PP. Noval, Esser (qui deviendra par la suite évêque), Blanco, Narvanin, etc. A noter que quatre professeurs ordinaires dans la période post-Conciliaire furent Consultants de la Commission pour la Révision du Code de Droit canonique et que plusieurs ont assumé la même fonction auprès de divers dicastères romains.

L'exposé d'ouverture fut l'oeuvre de S.E. Mgr. J. Herranz, président du Conseil Pontifical pour l'Interprétation des Textes Législatifs, et porta sur l'*Introduction au Thème du Symposium* (« Problèmes actuels de l'Interprétation du Code de Droit canonique »). Il fit bien sentir qu'il ne s'agissait pas d'une question marginale, mais vraiment d'un problème central à quasi toute l'activité juridique de l'Eglise. Un juge qui émet une sentence interprète la loi pour le cas particulier qui lui est soumis, comme le rappelait le Souverain Pontife dans son discours à la Rote romaine de janvier 1984; de même dans bien des cas un évêque émanant un décret administratif, etc.

Donc tout acte interprétatif, direct ou indirect, de la Loi visera d'une part à préciser la « mens » du Législateur, et d'autre part à faciliter « l'incarnation » de la norme dans les réalités sociales et personnelles. Cela se fera, pour reprendre la formule de P. Lombardia, avec « réalisme, sens de l'historicité et critère théologique », c'est-à-dire en tenant compte des réalités sociales du moment et de la nature théo-

logique de l'Eglise, des principes fondamentaux du droit canonique, ainsi que de la *salus animarum*, loi suprême de tout l'ordonnement ecclésial.

Ensuite, la première *Relatio*, confiée au Professeur A. de la Hera, portait sur les *Problèmes d'interprétation du droit canonique*: comme le titre l'indique, il s'agit d'un espèce de *Status questionis* du thème général du Congrès.

En tout premier lieu il s'agit d'examiner ce qu'est l'interprétation législative. Pour cela l'auteur s'appuie sur la notion qu'en donne P. Lombardi: «une délicate opération intellectuelle destinée à préciser le sens de la norme en vue de son application adéquate»: il s'agit de passer du langage abstrait de la législation au langage concret et accessible à tous de l'application.

On pourrait décomposer cela en trois «éléments» logiquement distincts (même si dans la pratique ils peuvent avoir une certaine simultanéité). D'abord l'évidenciation du sens et de la signification: la norme possède un sens, exprimé par les paroles choisies par le Législateur et visant une fin précise. Puis suit l'opération intellectuelle de l'interprétation par celui qui en a reçu la charge d'une manière ou d'une autre, avec les éléments fournis par le Législateur, en particulier les normes d'interprétation (la loi doit envisager brièvement les cas généraux et ne peut prévoir explicitement toutes les circonstances particulières). Enfin, la norme étant destinée à régler des situations concrètes, il

en résultera toutes sortes d'applications concrètes, certaines d'entre elles même nécessitant des «corrections» entre autre par le biais de recours administratifs.

Les difficultés que soulève l'interprétation sont ensuite groupées par l'auteur en quatre catégories causales:

— l'ignorance de la loi, les problèmes de diffusion de la connaissance de celle-ci étant distincts de la simple promulgation juridique;

— l'activité interprétative du Législateur lui-même, «traduisant» le droit divin en normative concrète et l'adaptant à la fin sociale de l'ordonnement;

— ce que l'auteur appelle, à la suite de Lo Castro, la relation entre la norme et son interprétation;

— le caractère personnaliste du droit de l'Eglise: la fin individuelle de l'homme, la *salus animarum*, prime sur la fin sociale.

Suit une espèce d'application pratique: *le Code de Droit canonique et les Corporations américaines liées à l'Eglise*; *Temps pour un nouveau dialogue*, par la Soeur Mélanie di Pietro, S.C.. Il s'agit d'une étude sur les questions de pouvoir effectif dans des institutions dont l'Eglise est gestionnaire, et en particulier les hôpitaux et écoles gérés par des Congrégations ou Instituts religieux. Alors que jusque vers 1970 ceux-ci étaient gérés comme, en quelque sorte, faisant partie de l'Institut gestionnaire, maintenant un effort de réflexion juridique a été entrepris pour bien distinguer les deux entités et pour

faire de ces entités de vrais lieux de rencontre entre le monde séculier et le monde ecclésiastiques, entre les gens d'Eglise et les personnes de bonnes volontés, catholiques ou non.

Retournant à l'aspect théorique du thème du Congrès, voici une conférence sur le *Rôle de la Fin intrinsèque de la Loi dans l'interprétation doctrinale*, par le R.P. B. Gangoiiti, o.p.. La fin essentielle ou intrinsèque de la norme est entendue par l'A. comme étant le but immédiat que cette loi se propose d'atteindre et sans lequel la loi n'aurait pas de raison d'être. Pour mettre en évidence le rôle de celle-ci dans l'interprétation, trois textes législatifs concernant les procès en matière matrimoniale nous sont proposés: la bulle *Saepe contingit* attribuée à Clément V, la bulle *Dei miseratione* de Benoît XIV, le motu proprio *Causas matrimoniales* de Paul VI.

Ces trois textes commencent par l'énoncé de leur but, puis les dispositions législatives en découlent: cela montre bien comment la fin essentielle occupe la première place parmi les causes de l'être de la loi. Or le *modus interpretandi* doit suivre le *modus essendi*; ainsi la fin de la loi doit modeler aussi bien son énoncé que son interprétation.

Cela dit il faut aussi tenir compte des causes ultimes, la *salus animarum*, et médiates (le plus souvent liées aux institutions mêmes de l'Eglise, parfois aussi exprimées dans le texte législatif lui-même) de toute loi. En conséquence l'étude et

l'interprétation de tout texte normatif doit comporter non seulement une analyse de son énoncé littéraire, mais aussi des fins — ultimes, médiates et immédiates — de la loi; ce n'est qu'alors que l'on pourra prétendre comprendre vraiment la norme.

Il est à remarquer que dans le C.I.C. de 1983 d'une certaine manière la distance entre les fins immédiates et ultimes est réduite du fait du caractère volontairement pastorale de celui-ci. Le Législateur a voulu que cela ressorte de manière plus évidente et fréquente.

En appendice sont donnés les textes complets des trois textes cités pour permettre au lecteur de bien approfondir ce rapport entre la fin et l'énoncé de la loi.

L'exposé suivant, dû au Professeur N. Cafardi, doyen de la Faculté de Droit de l'Université Duquesne aux Etats Unis, porte sur *L'autorité de l'évêque diocésain en matière de taxation selon le can. 1263*.

Le C.I.C. de 1917 spécifiait que la taxe de l'évêché, en particulier sur les paroisses, devait être modérée, ce qui était interprété comme «symbolique» et ne constituant pas un revenu majeur pour la curie épiscopale. Lors de la révision du Code, après le Concile Vatican II, cela a paru insuffisant et de ces déliérations est résulté l'actuel can. 1263: l'évêque résidentiel, après consultation du Conseil pour les affaires économiques du diocèse et de son Conseil presbytéral, peut imposer aux personnes morales de son

diocèse une taxe modérée, proportionnelle à leurs revenus, pour les besoins du diocèse. De plus, en cas de grave nécessité, en respectant les mêmes formalités, il peut aussi créer une taxe extraordinaire inclusivement sur les personnes physiques de sa juridiction. En fait il ne s'agit plus d'un impôt « symbolique », mais il doit toutefois demeurer « modéré », ce que l'on pourrait interpréter avec certains auteurs comme n'excédant pas les besoins réels de l'administration diocésaine.

La détermination des personnes morales soumises à la taxe ordinaire présente quelques difficultés. Il n'y a pas de discussion pour les paroisses, les fondations diocésaines, les associations publiques diocésaines de fidèles: elles sont soumises. Par contre les Instituts de vie consacrée de droit pontifical ne sont pas soumis. Pour les Instituts de droit diocésain, il semblerait qu'en vertu des can. 586 et 594 — qui distinguent entre le « soin » que doit avoir l'évêque de ceux-ci, mais qui précisent qu'il n'a pas juridiction, *regimen*, à proprement parler — ils ne seraient pas soumis. De même pour les écoles externes des Instituts de Droit Pontifical en vertu d'une réponse de la Commission Pontificale pour l'Interprétation des textes législatifs de 1989.

Le deuxième jour du Symposium s'est ouvert par une *Relatio* de Mons. Hugo Schwendenwein, professeur de Droit canonique à l'Université de Graz, sur *Le droit canonique dans les Tribunaux d'Etat autrichiens*.

Une première catégorie de normes, dans l'ordonnancement civil national, dérivantes du Droit canonique sont celles qui concernent spécifiquement les catholiques, en particulier dans les domaines du mariage et de l'incapacité à hériter des religieux à vœux solennels. Il semblerait, en ce qui concerne les affaires matrimoniales, qu'actuellement les normes du Concordat de 1933 soient partiellement ou totalement remplacées par le droit imposé par les allemands lors de la deuxième guerre mondiale.

Un deuxième groupe de lois dérive de l'application du droit concordataire. C'est ainsi que les professeurs de théologie catholique dans des établissements d'Etat ne peuvent enseigner que s'ils sont agréés par l'autorité ecclésiastique compétente. D'autre part les personnes juridiques en droit ecclésiastique se voient reconnues aussi par l'Etat, et bénéficient à ce titre de certaines exemptions d'impôt.

Par ailleurs il y a des cas d'application du droit de l'Eglise en matière de droit international privé. Par exemple, il y a encore quelques temps un citoyen espagnol tenu en son pays, en matière matrimoniale, à toutes les prescriptions canoniques, l'était aussi de ce fait en Autriche; cependant de récents changements et dans le droit espagnol et dans celui autrichien permettent maintenant dans certains cas, par exemple, le remariage devant l'officier d'état civil des divorcés.

Enfin le droit civil reconnaît l'autonomie de l'Eglise dans les matières dites « mixtes »: c'est ainsi que

l'Eglise peut mettre fin au contrat des « Pastoralassistentinnen » laïcs pour des raisons qui lui sont spécifiques. Autre cas: les actes juridiques des personnes morales de droit ecclésiastique sont soumises aux exigences canoniques même pour leurs effets civils.

En fin de ce même matin le R.P. J.-P. Durand, o.p., doyen de la Faculté de Droit canonique de l'Institut Catholique de Paris, faisait une communication sur *L'utilisation du Droit canonique dans les tribunaux administratifs français*.

Depuis 1905, lois de la séparation de l'Eglise et de l'Etat, et surtout depuis les Constitutions de 1946 et 1958, proclamation de la laïcité de l'Etat, officiellement le droit français ne reconnaît nullement le droit canonique: il est « neutre » et laïc.

En pratique il y a des domaines où des activités essentiellement religieuses participent à des services publiques, comme par exemple les aumôneries d'hôpitaux ou militaires. D'autre part les départements de l'ancienne Alsace-Lorraine sont toujours, pour des raisons historiques, en régime concordataire. En Guyane française, par contre, c'est un décret du roi très catholique Charles X de 1828 qui continue de régir ces domaines dits « mixtes » en faveur de la seule Eglise catholique.

Pour le reste du territoire national le droit canonique est reconnu comme le règlement interne d'un culte qui participe à un service d'intérêt public et, à ce titre, respecté dans les affaires où les juridictions se ren-

contrent, à condition qu'il ne soit pas en opposition avec l'ordre public.

Après avoir étudié la progressive instauration de la laïcité de fait dans les décisions des tribunaux administratifs de 1910 à 1920, l'auteur, se basant sur une note remise par un représentant du Ministère des affaires étrangères français au Secrétaire d'Etat de l'époque, le cardinal Gasparri, dégage 5 principes de la reconnaissance des normes canoniques en droit administratif civil qui cherchent à garantir que les associations culturelles résultant de la loi de 1901 — structures civiles des personnes morales ecclésiastiques — soient conformes aux règles générales de leur propre culte (le droit canonique donc pour l'Eglise catholique).

Par contre au niveau des décisions des cours d'appel et de cassation on trouve une certaine oscillation entre la stricte « laïcité » et le respect du droit de l'Eglise en ce qui concerne ses affaires propres.

Le début d'après-midi de ce même deuxième jour du symposium fut consacré à une conférence de Mons. J.M. Serrano Ruiz, vice doyen de la Rote romaine et professeur à la Faculté de Droit canonique de « l'Angelicum », sur *Les décisions des tribunaux ecclésiastiques et l'interprétation du droit matrimonial*.

L'illustre auditeur de la Rote commence par un long préambule théorique sur la loi et ses différentes modalités d'interprétation, inclusive-ment celle du juge qui applique la norme aux cas particuliers ... dont certains ne sont pas prévus par le législateur. Puis il fait remarquer la na-

ture particulière du droit dont il s'agit: le droit matrimonial dont une partie relève du droit naturel et divin, donc intangible et non ouvert, sous cet aspect, à l'interprétation. Puis il aborde un certain nombre de cas particuliers, de chefs de nullité matrimoniale, montrant comment la jurisprudence a fait progresser la législation, d'un Code à l'autre, l'affinant et parfois la clarifiant: dol, condition, coaction, etc. Après cela l'auteur aborde les apports de la même activité judiciaire en matière de recueil et d'appréciation des preuves.

En général on perçoit ces contributions comme venant quasi-exclusivement des Tribunaux du Saint-Siège. Ici l'auteur tient à affirmer que les tribunaux diocésains et interdiocésains ont aussi leur part à jouer, principalement en raison de leur autonomie et de l'emploi que font les Juges romains de leurs sentences.

Cette journée s'est terminée par un exposé de l'Abbé Luc J.G. De Maere, juge du Tribunal diocésain de Namur sur une *Interprétation plus adéquate de l'exclusion des enfants en accord avec le critère personnaliste du mariage*.

Le problème que pose cet auteur semble être: est-ce que l'on peut considérer le bien spirituel des enfants, en particulier leur éducation religieuse comme un élément essentiel du mariage?

Après avoir trouvé quelques éléments dans la patrologie, il montre les hésitations de la jurisprudence rotale avant et après le concile Vatican II et il répond à quelques objections.

En conclusion l'auteur dit que cette conception personnaliste non seulement du mariage mais encore du bien de l'éducation des enfants mériterait des études plus approfondies de la part des auteurs et des juges ecclésiastiques. Mais il ne va pas plus loin ...

La troisième journée s'est ouverte par une communication magistrale du R.P. R.-B. Traufer, o.p., secrétaire de la Conférence épiscopale suisse, sur *Le statut des Conférences épiscopales, une « Quæstio vexata »*.

L'auteur se base sur la réponse de la Conférence épiscopale suisse à l'*Instrumentum laboris* du 1 juillet 1987 en vue du Synode des évêques consacré à la même question où diverses critiques sont faites à ce texte, lui reprochant entre autre d'être trop restrictif en ce qui concerne les « pouvoirs » des dites Conférences. En particulier le conférencier leur attribue une « autorité doctrinale » propre, affirmation qui mériterait au moins d'être nuancée.

Puis il expose ce qu'il estime devoir être les besoins, en matière d'autorité, des dites Conférences et les réserves formulées par certains, en raison de la limitations apportées à l'autonomie des évêques eux-mêmes. Par moments on peut avoir l'impression que l'auteur confond un peu Conférence épiscopale nationale et Collégialité universelles des évêques, attribuant aux premières certaines caractéristiques et prérogatives qui n'appartiennent qu'à la seconde.

La deuxième conférence de ce jour, la dernière du Symposium en

fait, était: *Les principes d'interprétation dans le «Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium»* de 1990 par le Père Dimitrios Salachas, professeur de «l'Angelicum».

L'auteur commence par un préambule plutôt long pour situer le Code oriental par rapport à celui destiné à l'Eglise latine, avec une mention spéciale des cas de plus en plus fréquents où il y a interférence entre les deux. Puis il explique la nature propre de ce Code destiné à diverses Eglises *sui iuris*, donc laissant ample place aux traditions normatives de chacune.

Le can. 1499 du CCEO, correspondant et quasi identique au can. 17 du CIC, cite comme règles subsidiaires d'interprétation les lieux parallèles, la fin et les circonstances de la loi, l'intention du législateur. En ce qui concerne la première catégorie, les lieux parallèles, on pourrait ici les chercher non seulement dans le CCEO mais aussi dans le CIC (la réciproque étant aussi vraie), le Législateur étant le même.

Certaines difficultés surgissent en matière de relations interrituelles. Le CCEO est ici claire (can. 40 § 3): chacun reste soumis aux normes de son propre rite. Ce qui signifie, entre autre, que chaque Eglise *sui iuris* doit codifier son propre droit en ce qu'il a de spécifique.

Cependant le can. 2 du CCEO précise que la présente normative doit être interprétée dans le sens de la tradition propre, donc de tout le droit antique des Eglises orientales. Cela crée des difficultés en raison de la complexité de certaines évolutions

normatives, mais peut aussi ouvrir des voies de dialogue avec les Eglises orientales non en pleine communion.

Dans les présents actes on a inséré ici une communication en anglais qui n'a pas été lue durant le Symposium, mais qui est considérée comme y contribuant: *Réflexions sur la mission et la nature des Universités catholiques dans la loi de l'Eglise* par le R.P. J.M. Tinoko, o.p., doyen de la Faculté de Droit canonique de l'Université «Santo Tomàs» de Manille.

Toute université aspire à une double fonction d'enseignement et de recherche, c'est-à-dire qu'elle vise non seulement à transmettre les connaissances mais aussi à les développer et les approfondir. Les domaines spécifiques où les universités catholiques doivent apporter leur contribution en ce qui concerne la recherche sont essentiellement les questions de rapports entre science et la la foi et les approfondissements théologiques.

En conclusion on pourrait dire que ces Actes présentent un remarquable éventail de conférences en particulier sur le thème de l'interprétation des normes. On peut seulement regretter que le titre ou le nom de l'auteur ne soit pas reproduit en haut des pages, ce qui rendrait la consultation plus aisée. C'est bien sûr une petite chose, mais lorsqu'on veut consulter rapidement tel ou tel article, il est parfois pratique de ne pas avoir à passer chaque fois par la table des matières.

Jean Marie Pommarès, *osb*

Philip GOYRET, *El Obispo, Pastor de la Iglesia. Estudio teológico del munus regendi en Lumen Gentium 27*, EUNSA, Pamplona 1998, p. 320.

L'autore, professore del Dipartimento di Ecclesiologia e Teologia Sacramentaria della Pont. Università della Santa Croce, ci offre in questa monografia uno studio teologico del *munus regendi* del vescovo nel n. 27 di *Lumen Gentium*. La celebrazione della prossima Assemblea Generale Ordinaria del Sinodo dei vescovi, che verserà proprio sulla funzione episcopale («*Episcopus minister Evangelii Iesu Christi propter spem mundi*»), rende questo libro di particolare interesse ed attualità, sebbene non si rivolge al gran pubblico, ma agli specialisti in materia.

L'opera è introdotta da Mons. Jorge Mejía, allora Segretario della Congregazione per i Vescovi. Le sue riflessioni, sostanzialmente in sintonia con l'autore, si muovono attorno a quattro questioni specifiche sviluppate nel libro (il vescovo vicario di Cristo, lo *status perfectionis*, l'unità della potestà, primato-episcopato). Non tralascia però di lodare la metodologia seguita. Inoltre, sebbene Goyret prende apertamente posizione nei confronti dei diversi argomenti presentati, la caratteristica più saliente del suo metodo è la costante preoccupazione di arrivare al senso genuino del contenuto dottrinale di *Lumen Gentium 27: quid voluerint dicere patres*.

A questo scopo, viene utilizzata con padronanza la metodologia propria di questo tipo di lavori: mentre

nel primo capitolo si presenta lo *status quaestionis* del tema nel periodo immediatamente anteriore al Concilio, nei capitoli II, III e IV si rintraccia l'*iter* conciliare del testo che costituirà finalmente il n. 27 della Costituzione. Il lavoro diventa particolarmente meticoloso nel presentare le diverse proposte, schemi, cambiamenti, scambi di pareri, votazioni, ecc., lungo le sessioni preconciliari e conciliari. Oltre all'inseguimento storico-genetico degli sviluppi successivi del testo, vengono rilevate le motivazioni teologiche sottostanti alle varie proposte. Sebbene il lavoro è incentrato sulla dottrina esposta in questo numero del documento conciliare, non mancano i necessari riferimenti ad altri numeri il cui contenuto è maggiormente collegato.

Il capitolo V costituisce la parte più originale del libro. Troviamo qui i risultati dei capitoli precedenti e i contributi della bibliografia post-conciliare, sistemati in modo tale da presentare un'analisi esauriente del tema. Riguardo alle diverse questioni si offre la dottrina conciliare, curando in modo speciale di stabilire bene la sua delimitazione e i problemi lasciati alla libera discussione teologica. Le opinioni più significative apparse nel postconcilio sono confrontate con le pagine precedenti al fine di valutare la legittimità delle interpretazioni proposte. L'autore non manca di offrire la sua posizione riguardante i diversi problemi, o d'indicare possibili vie di sviluppo. Come sottofondo prevale il desiderio di situare la discus-

sione in una cornice ecclesiologica, di sottolineare l'unità della *sacra potestas* e di portare la sacramentalità dell'episcopato fino alle sue ultime conseguenze.

Tra i diversi argomenti presi in considerazione spicca, fin dalle prime pagine, la comprensione del *munus regendi* del vescovo quale realtà più ricca del solo esercizio della *potestas iurisdictionis*. Per l'autore la sacramentalità dell'episcopato — intesa sia rispetto alla sua origine che rispetto al suo sviluppo, e considerando in entrambi gli aspetti l'intera funzione pastorale (non soltanto il *munus sanctificandi*, ma anche il *munus docendi et regendi*) — conferisce all'esercizio del *munus regendi* attraverso « i consigli, le esortazioni e gli esempi » (enunciati da LG 27 come elementi appartenenti alla funzione di governo) una forza molto più profonda del solo senso parenetico. Parallelamente l'autore si schiera con la posizione che afferma l'origine sacramentale della *potestas iurisdictionis*. Sebbene essa non sia stata esplicitamente ribadita dal Concilio, Goyret è dell'opinione che la *mens* dei padri conciliari — specie nel momento delle votazioni — assunse questa posizione. Secondo l'autore, « la consacrazione episcopale conferisce l'intero potere pastorale, in tutta la sua ampiezza, includendo la vera potestà di giurisdizione » (p. 222). Anche se la questione è forse, almeno in buona parte, di natura terminologica, pensiamo che questa affermazione di Goyret richieda qualche precisazione.

In primo luogo, ricordiamo che la costituzione *Lumen gentium* non utilizza l'espressione « *potestas iurisdictionis* », ma si limita a parlare di « *sacra potestas* » (LG 10) o di « *potestas ad actum expedita* » (*Nota explicativa praevia*, 2). Ciò sembra indicare già di per sé che il Concilio non ha voluto risolvere la complessa questione di come ordine e giurisdizione confluiscono nella sacra potestà.

Dal punto di vista canonistico, questa tesi dell'autore suscita comunque il problema di come può venir conciliata con i principi formulati dal CIC. Il supremo legislatore ha infatti regolato la « *potestas iurisdictionis* » secondo una concezione diversa, come si può osservare soprattutto nel can 131, secondo il quale la potestà di governo (anche chiamata di giurisdizione) non si ottiene per via sacramentale, ma giuridica: tramite la concessione di un ufficio, o per mezzo di una delega. Ciò non toglie che, come indicano i cann 129 § 1 e 274 § 1, la potestà di giurisdizione presuppone il fondamento ontologico conferito dall'ordine sacro. In questo senso siamo pienamente d'accordo con l'autore quando sottolinea l'unità della sacra potestà (ossia l'unità fra ordine e giurisdizione); ci sembra invece problematico affermare « l'intero origine sacramentale della sacra potestà... includendo la vera potestà di giurisdizione » (pp. 222-223). La consacrazione episcopale costituisce di per sé solo — come insegna il Concilio — l'essere membro del Collegio episcopale (cfr. LG

22/a). Ogni ulteriore determinazione della potestà di governo avviene per via giuridica e non sacramentale.

Per il resto condividiamo pienamente le riflessioni dell'autore, come quelle a proposito del contenuto teologico del vescovo, «vicario e delegato di Cristo». Fra l'altro, rileva che «la qualità di *vicarius Christi*, poiché scaturisce dal sacramento ricevuto, diventa molto più che un semplice titolo onorifico. Essa indica la presenza della *auctoritas Christi* nel vescovo» (p. 238). È proprio questo ciò che permette di contemplare il *munus regendi* del vescovo nel suo senso più genuinamente teologico e cristiano: lui è innanzitutto il Pastore della Chiesa. Le impostazioni anteriori al Concilio Vaticano II, che privilegiavano soprattutto il potere giurisdizionale, nel quale la funzione episcopale di governo sembrava esaurirsi, evolvono nell'Aula conciliare verso una visione più ampia del significato di «*regere*» la Chiesa: una prospettiva in cui si sottolinea la connessione con Cristo e il contatto con i fedeli. Tutto ciò viene proposto senza che l'attività giurisdizionale venga sottovalutata.

Il secondo capoverso di LG 27 sviluppa la problematica della concorrenza della *potestas* primaziale e di quella episcopale sulla stessa porzione del Popolo di Dio. Dopo aver passato in rassegna le diverse proposte di soluzione in ambito teologico, Goyret prende posizione a favore dell'unità della *sacra potestas*, considerata nel senso più largo dell'unica *episkopé* esistente nella Chiesa.

Particolarmente interessante — sia sul piano pastorale che su quello canonistico — ci sembra l'ermeneutica del *ius moderandi* del vescovo che il Concilio ha così formulato: «*Vi huius potestatis Episcopi sacrum ius et coram Domino officium habent in suos subditos leges ferendi, iudicium faciendi, atque omnia, quae ad cultus apostolatusque ordinem pertinent, moderandi*» (LG 27/a).

Per mostrare che quest'ultima affermazione non va intesa nel senso che il vescovo debba governare l'apostolato svolto da ogni fedele o gruppo di fedeli della diocesi, l'autore rileva che il testo non dice «governare tutto l'apostolato», ma «moderare tutto quanto si riferisce all'ordine del culto e dell'apostolato». L'oggetto del compito di moderare non è direttamente l'apostolato, ma l'ordine dell'apostolato. Non è infatti uguale dire «moderare l'apostolato» che dire «moderare l'ordine dell'apostolato», procurare cioè che le attività apostoliche si svolgano ordinatamente (cfr. p. 258). La stessa idea ricompare in altri testi conciliari che si riferiscono alla missione della Gerarchia riguardo all'apostolato. Nel Decreto sull'apostolato dei laici troviamo le due seguenti affermazioni: «*Non minus necessaria est cooperatio inter varia apostolatus incepta, congrue ab Hierarchia ordinanda*» (AA 23/a); e quest'altra: «*Hierarchiae est laicorum apostolatum fovere, principia et subsidia spiritualia praeberere, eiusdem apostolatus exercitium ad bonum commune Ecclesiae ordinare*» (AA 24/a). È inoltre significativo che il testo conciliare

abbia scelto in questo caso il termine «moderare». Il senso di questa missione del vescovo viene esplicitato nel decreto conciliare sulla funzione pastorale dei vescovi nei termini di una «coordinazione e intima connessione di tutte le opere apostoliche» (CD 17/a).

Per concludere, possiamo affermare che il libro riempie un certo vuoto finora esistente nella letteratura teologica sull'episcopato, concentrata piuttosto su problemi quali il rapporto primato-episcopato, le conferenze episcopali, la collegialità, ecc., ma senza prestare particolare attenzione alla funzione di governo della comunità, un aspetto questo di indubbio interesse canonistico. Sarebbe auspicabile che l'autore intraprendesse un analogo studio delle altre funzioni episcopali, specie di quella di magistero.

Arturo Cattaneo

Giacomo INCITTI, *Il consiglio presbiterale. Alle origini di una crisi*, Edizioni Dehoniane Bologna, Bologna 1996, p. 223.

«Il clima di diffusa sfiducia e stanchezza che ristagna attorno al consiglio presbiterale è lo stimolo che ha motivato questo lavoro...» (p. 7). In particolare, l'A. intende «verificare se la crisi è del sistema o, al contrario, nel sistema; se si tratta cioè di una crisi dell'istituto, che riguarda i suoi elementi costitutivi o è una crisi delle persone, nella

fase applicativa» (pp. 7-8). Per affrontare tale questione e dare indicazioni per una sua soluzione, mons. Incitti — che unisce l'attività di docente a quella di ufficiale del Pontificio Consiglio per l'Interpretazione dei Testi legislativi — svolge un'accurata, chiara ed insieme essenziale esposizione storica e dottrinale circa il consiglio presbiterale.

Il punto di partenza è il n. 7 del decreto «Presbyterorum Ordinis» del Concilio Vaticano II, alla cui elaborazione «lunga e difficoltosa» dalla fase preparatoria all'approvazione (p. 9) l'A. dedica il cap. 1. Ciò permette soprattutto di chiarire quale sia stata la *mens* dell'assise ecumenica circa questo nuovo «coetus seu senatus sacerdotum presbyterium representans», chiamato ad assistere il vescovo diocesano «in regimine dioecesis».

La realizzazione di PO 7 è avvenuta, da un lato, attraverso alcuni documenti postconciliari (cap. 2) e, dall'altro, mediante i lavori di revisione del codice di diritto canonico (cap. 3).

L'A. illustra anzitutto il contenuto concernente il consiglio presbiterale del motuproprio «Ecclesiae Sanctae» di Paolo VI (1966), della lettera circolare della S. Congregazione per il Clero «Presbyteri sacra» (1969), del documento finale del Sinodo dei Vescovi del 1971 sul sacerdozio ministeriale e del direttorio pastorale per i vescovi «Ecclesiae imago», pubblicato dalla S. Congregazione per i Vescovi (1973). Egli istituisce un confronto fra tali norme e PO 7, evidenziando

done così valori e limiti, e non manca, inoltre, di notare l'influsso che l'evoluzione concreta del consiglio pastorale in quegli anni esercitò su tali documenti.

Si passa, poi, ad esaminare i lavori della codificazione che hanno portato al codice del 1983. In appendice al volume si trova un'interessante documentazione in proposito: i voti dei consultori della commissione di revisione, le osservazioni allo Schema del 1977 e una tavola sinottica dei canoni circa il consiglio presbiterale nei vari schemi preparatori del CIC (cfr. pp. 175-203). Va rilevato, in proposito, un giudizio piuttosto critico dell'A. circa le scelte operate in sede di revisione del codice, che avrebbero prodotto «una normativa non sempre univoca e precisa» (p. 169).

Nella seconda parte dello studio di Incitti viene fatto in tre capitoli un esame della vigente normativa codiciale, evidenziando alcuni temi e problematiche di particolare interesse, «in dialogo con le principali posizioni emerse dalla dottrina» (p. 8).

Così a proposito della natura giuridica del consiglio presbiterale (cap. 4), ci si sofferma soprattutto sul tema della «rappresentanza», che l'A. considera come un rapporto giuridico che viene a crearsi fra i membri del consiglio stesso ed il presbiterio diocesano. Si parla così, fra l'altro, di «un diritto del presbiterio ad essere rappresentato» (p. 100): ci si può, però, chiedere, al riguardo, come sia configurabile l'esigibilità di questo diritto! Più avanti, trattando dei modi della

composizione del consiglio presbiterale, viene affermato che «una vera rappresentatività si raggiunge soltanto con un sistema di elezione» (p. 141), per cui l'A. si pone criticamente sia verso la formula «dimidia circiter pars» del can. 497, 1° (cfr. p. 143), sia rispetto alla presenza di membri «ex officio» (cfr. p. 144). D'altra parte, Incitti è dell'avviso che il numero complessivo dei membri del consiglio sia per la sua natura sia per la stessa rappresentatività, debba essere limitato (cfr. pp. 146-147).

Nello stesso cap. 4, meritano pure una menzione le pagine dedicate al tipo di collaborazione offerto da questo istituto al vescovo. Essa si fonda sulla struttura comunione della Chiesa e si esplica nella natura consultiva di tale organismo. L'A., da parte sua, giunge ad ipotizzare anche una «con-decisione» del consiglio presbiterale per atti di governo del vescovo (cfr. pp. 115-118). Interessanti sono anche le annotazioni circa la competenza «in regimine dioecesis» e per i «negotii maioris momenti» del consiglio stesso.

Trattando nel cap. 5 dei membri del consiglio presbiterale, si ribadisce che lo possono essere solo i sacerdoti, e non diaconi, seminaristi o laici (cfr. p. 126). Al riguardo, andrebbe menzionato che in alcuni luoghi si è posta anche la questione di una qualche rappresentanza dei presbiteri che hanno lasciato il ministero.

Circa il titolo che determina la voce attiva e passiva, per quanto riguarda quello dell'incardinazione,

le affermazioni dell'A. non chiariscono, ad esempio, la posizione di un sacerdote al servizio della Sede Apostolica (cfr. p. 132). Circa poi il titolo derivante dalla dimora e dall'ufficio svolto in diocesi, viene qui sostenuto che esso va inteso in senso tecnico, come sancito dal can. 145 § 1 (cfr. pp. 132-135). L'appartenenza dei membri degli istituti di vita religiosa e delle società di vita apostolica al consiglio presbiterale dà luogo ad interessanti considerazioni circa la appartenenza al presbiterio diocesano (cfr. pp. 136-140).

Nel cap. 6 «La durata del consiglio presbiterale. La normativa particolare», speciale rilevanza assume il tema della situazione di detto istituto durante il periodo di sede vacante e, conseguentemente, il confronto con il collegio dei consultori (cfr. pp. 153-158). L'A. esprime la convinzione che, per ragioni teologiche e giuridiche, il consiglio presbiterale non dovrebbe decadere sede vacante, anzi dovrebbe assumere il ruolo che l'attuale codice attribuisce in tale circostanza al collegio dei consultori.

A proposito della normativa particolare, mons. Incitti offre in appendice al presente volume anche una bozza di statuto diocesano del consiglio presbiterale e di un regolamento del medesimo (cfr. pp. 205-210).

Nella conclusione, rispondendo alla domanda di partenza, si legge questa considerazione, a nostro avviso, valida e lungimirante: «La crisi è quindi del sistema e nel sistema. È una crisi del sistema perché la normativa sul consiglio presbiterale po-

trebbe apparire equivoca e non sufficientemente adeguata. Ma soprattutto crisi nel sistema perché manca l'applicazione corretta della norma, forse anche per una scarsa conoscenza di essa. La crisi è nel sistema anche perché la crisi del consiglio presbiterale è conseguenza inevitabile della crisi del diritto nella Chiesa che si è tramutata in una crisi della funzione di governo» (p. 171). Come proposta concreta per un rilancio del consiglio stesso, l'A. auspica un'iniziativa della competente Congregazione per il Clero, che, dopo aver raccolto «i dati riguardanti il diritto particolare dei consigli» e verificato «il campo specifico di competenza loro attribuito dai rispettivi vescovi», giunga a una revisione di «quelle norme bisognose di chiarimento» (ibid.).

Abbiamo così brevemente delineato il contenuto di questo studio e abbiamo colto soltanto alcuni spunti dei molti che esso offre. Lo stile chiaro e l'informazione completa ne fanno un'utilissimo strumento per conoscere il consiglio presbiterale. Allo stesso tempo, esso offre al lettore la possibilità di cogliere e di riflettere sulle problematiche teologiche e giuridiche che la normativa vigente su tale istituto — nel suo riferimento alla dottrina del Vaticano II — fa emergere.

Antonio Filipazzi

José Luis KAUFMANN, *La presentación de obispos en el patronato regio*

y su aplicación en la legislación argentina, Buenos Aires, 1996, p. 329.

La problematica riguardante l'intervento delle autorità civili dei diversi Stati nella nomina dei vescovi è stata oggetto di non pochi lavori, sia dal punto di vista dello studio di situazioni storiche concrete, sia anche come teoria generale. È ben noto come la Chiesa abbia assunto lungo i secoli una posizione sempre più restrittiva rispetto alla concessione degli interventi delle autorità civili in questo ambito. Basti pensare al primo concordato in senso stretto, quello di Worms, ormai quasi millenario, con il quale si diede inizio alla prassi delle convenzioni sulle diverse procedure da seguire in tali circostanze. L'evoluzione, lunga e complicata, caratterizzata da molteplici aspetti, portò ad una graduale scomparsa della presentazione dalla legislazione concordataria, in modo tale che al momento presente risultano essere ancora in vigore soltanto tre fattispecie: le diocesi di Metz e Strasbourg, in Francia, e l'Ordinariato militare spagnolo. Il Concilio Vaticano II aveva incluso, fra le sue proposte, l'abolizione della presentazione dei vescovi da parte delle autorità degli Stati.

Un passo significativo verso la scomparsa del diritto di presentazione goduto dalle autorità statali era stato compiuto poco dopo la prima codificazione di questo secolo, nel 1921, con l'allocuzione concistoriale *In hac quidem*, di Benedetto XV, seguita dall'intervento

diretto dell'allora Segretario di Stato, card. Gasparri, il quale informò i nunzi della decisione di non concedere alcun nuovo diritto di presentazione alle sedi episcopali. L'evoluzione posteriore, come è noto, non è stata lineare, né ha evitato che, di fatto, fosse concesso più volte il diritto di presentare.

Il lavoro di Kaufmann, *excerpta* della tesi di dottorato presentata alla Facoltà di diritto canonico dell'Università cattolica argentina, studia la situazione del patronato regio in Argentina con speciale riferimento alle problematiche sorte nei confronti della vacante della arcidiocesi di Buenos Aires prodottasi nel 1923. In virtù della vicinanza con la allocuzione di Benedetto XV del 1921, il lavoro suscita un particolare interesse. L'autore parte dalla descrizione dei precedenti del patronato regio argentino nel periodo 1810-1834 e studia il suo inserimento nella costituzione argentina del 1853. Descrive poi la posizione della Santa Sede nei confronti della pretesa delle autorità argentine di esercitare il diritto di patronato sulle sedi episcopali e si ferma alla già menzionata vacante del 1923. Aggiunge anche uno studio riguardante i nuovi accordi fra Argentina e Santa Sede del 1966.

Il libro costituisce, quindi, un valido studio di un evento accaduto in un periodo storico particolarmente interessante per la comprensione dell'atteggiamento della Santa Sede nei confronti degli Stati in materia di nomina dei vescovi. Certamente, il suo carattere specifico lascia il

campo aperto ad ulteriori approfondimenti che non potranno prescindere dal prenderlo nella dovuta considerazione.

Jesús Miñambres

DAVIDE RONDONI (a cura di), *Comunione e Liberazione. Un movimento nella Chiesa*, Cooperativa Editoriale Nuovo Mondo, Milano 1998, p. 113.

Ci troviamo di fronte alla più recente presentazione istituzionale del Movimento Comunione e Liberazione. In questa presentazione si può trovare l'informazione su tutti gli elementi essenziali per formarsi un'esatta visione d'insieme del Movimento: sul fondatore, sulla storia, sulla vita, sul carisma e sulla situazione giuridica.

La figura di Mons. Luigi Giussani viene presentata da un breve profilo biografico (cfr. pp. 23-25) ma anche attraverso alcuni suoi scritti particolarmente significativi (pp. 6-13 e 71-85). In queste poche pagine si trova il punto di partenza necessario e conveniente per cominciare a capire meglio la specificità del movimento ecclesiale nato a Milano nel 1954 e oggi presente in circa settanta paesi in tutti i continenti. Il fondatore di ogni istituzione ecclesiale costituisce sempre un punto singolare, scelto e preparato da Dio per portare avanti i suoi piani, così che la conoscenza della sua biografia, dell'ambiente familiare e sociale dove è cresciuto,

della formazione ricevuta, perfino del suo carattere e del suo modo di parlare o scrivere risulta essere un passaggio obbligato per arrivare alla conoscenza dell'istituzione, anche se evidentemente fondatore e fondazione non siano la stessa cosa.

I cenni storici cominciano dal viaggio in treno da Milano verso la riviera adriatica, nel 1954, quando don Giussani, avvicinando alcuni giovani nello scompartimento, rimase colpito dall'ignoranza e dal modo sprezzante e distaccato con cui quei giovani trattavano gli argomenti riguardanti la fede e la Chiesa. Dio volle che quell'incontro e quella conversazione occasionale fosse l'inizio germinale di questa storia.

Per un certo periodo i ragazzi di don Giussani e lui stesso si considerarono parte della Gioventù Studentesca, nell'ambito delle formazioni giovanili dell'Azione Cattolica, anche se presto si giunse ad una distinzione fondamentale radicata nella specificità del metodo educativo adoperato.

Fin dalle prime comunità i pilastri dello sviluppo furono due: il «raggio», riunioni settimanali per ogni comunità, aperte a chiunque volesse parteciparvi, con l'intenzione di parlare e discutere su un tema, coordinati e aiutati da un responsabile per arrivare a delle conclusioni; e le «iniziative», momenti in cui si è invitati all'impegno e alla generosità mediante la preghiera in comune, dibattiti culturali e pubblici, opere di carità, vacanze a carattere formativo, momenti di eser-

cizi spirituali e di formazione, gite, sport, teatro, ecc.

Nel percorrere la storia del Movimento, anche se si tratta di una presentazione istituzionale, non si nascondono i momenti di crisi interna, avvenuta principalmente fra il 1965 e il 1969, sconfinata impropriamente nell'impegno sociale e politico e con dolorose esperienze nella prima proposta missionaria del Movimento sviluppatasi a partire dal 1962 in Brasile, ma diventata in seguito occasione di rinascita sotto il nome nuovo di Comunione e Liberazione. E, così come non si nascondono i momenti di crisi, si presentano con squisito rispetto le persone e le istituzioni che hanno faticato a capire il carisma proprio di CL.

Dal 1970 in poi assistiamo ad un intenso sorgere di iniziative in un vasto campo: l'impegno in difesa della vita in occasione del referendum italiano sull'aborto del 1974; la presenza di membri di CL fra i Cattolici Popolari, il cartello unitario di universitari cristiani nato in quegli anni, e nel Movimento Popolare, sorto nel 1975 e operativo fino al 1993; la nascita nel 1986 della Compagnia delle Opere; la presenza in alcuni organi d'informazione e di dibattito come il settimanale *Il Sabato* e il mensile *30 giorni*; ecc. A metà degli anni 70 comincia la pubblicazione della rivista ufficiale del Movimento: *Litterae communionis - Tracce*.

In quegli anni assistiamo anche ad un progressivo sviluppo di ordine spirituale: dalla metà degli anni '70, in continuità col «raggio», si

diffonde l'uso della «Scuola di comunità»: gesto, in genere settimanale, di discussione e catechesi aperto alla partecipazione di chiunque, diventato momento centrale e fondante di tutta la vita del Movimento. Le «iniziative» acquistano forme concrete nell'ambito della carità, delle vacanze e del lavoro culturale. E continua, logicamente presente come momento di forza centrale, la vita di preghiera personale e comunitaria.

Ma soprattutto cominciano a svilupparsi forme di vita associata nate dall'esperienza di CL: il punto di partenza possiamo situarlo nella metà degli anni settanta nella *Fraternità sacerdotale di Comunione e Liberazione*. In questi ultimi anni sono sorti anche gruppi di Fraternità formati da sacerdoti diocesani: il primo di questi gruppi ha assunto il nome di *Studium Christi*, in ricordo del foglio alla cui pubblicazione aveva collaborato Mons. Giussani nei suoi anni di seminario. All'interno di quella esperienza si formò il cosiddetto «Gruppo Adulto»: uomini e donne che si consacrano a Dio con una promessa di castità, povertà e obbedienza, e che normalmente vivono in case maschili e femminili seguendo una regola di convivenza e di ascesi personale: sono i *Memores Domini*. Ancora più recente è la formazione della *Fraternità San Giuseppe*, costituita da coloro che vogliono dedicare definitivamente la loro vita a Cristo nella pratica della verginità pur rimanendo nelle proprie condizioni di vita. Nel settembre del 1985, in seno a Comunione

e Liberazione, nasce la *Fraternità sacerdotale dei missionari di San Carlo Borromeo* fondata da don Massimo Camisasca. Infine, l'Istituto religioso delle *Suore di Carità dell'Assunzione*, che sebbene fosse stato fondato nel secolo scorso dal francese Padre Stefano Pernet trovò in don Giussani la guida per vivere oggi il carisma del fondatore.

Dal punto di vista del carisma specifico, Comunione e Liberazione si autodefinisce un movimento — un movimento ecclesiale di educazione alla fede — perché non si configura come nuova organizzazione o struttura (di fatto è assente qualsiasi forma di iscrizione) né come caratteristica specifica su qualche aspetto né come pratica particolare della vita di fede, bensì come richiamo a vivere nel presente l'esperienza cristiana propria della Tradizione. Cosicché, con le parole dello stesso don Giussani, « il carisma di Comunione e Liberazione non è definito da alcuna specificità di "settore" ». Direi piuttosto che il carattere originale del nostro movimento consiste nell'insistenza di metodo su come si può vivere l'esperienza cristiana » (p. 16).

Dal punto di vista giuridico la *Fraternità di Comunione e Liberazione* fu riconosciuta dal Pontificio Consiglio per i Laici l'11 febbraio 1982 come Associazione laicale di Diritto Pontificio. I *Memores Domini* vennero riconosciuti dallo stesso Pontificio Consiglio per i Laici nel 1988 come Associazione ecclesiale privata universale, dotata di personalità giuridica nell'Ordina-

mento canonico. La *Fraternità sacerdotale dei missionari di San Carlo Borromeo* fu riconosciuta nel 1989 come Società di Vita Apostolica di diritto diocesano dall'allora Cardinale Vicario Ugo Poletti ed è diventata di diritto pontificio il 19 marzo 1999. Infine le *Suore di Carità dell'Assunzione* furono erette come istituto religioso nel 1993. Tutte queste forme associative sono rappresentate di diritto nella Diaconia centrale della Fraternità di Comunione e Liberazione.

Il volume che presentiamo offre anche il testo del discorso di Giovanni Paolo II rivolto a Comunione e Liberazione in occasione del trentennale della nascita; la lettera del Cardinale Opilio Rossi accompagnatoria del Decreto di riconoscimento della Fraternità e lo stesso Decreto; l'interessantissimo testo, dal punto di vista spirituale e giuridico, della lettera di don Giussani che riceve ogni nuovo iscritto alla Fraternità di Comunione e Liberazione; un riassunto dello Statuto dell'Associazione *Memores Domini*; una bibliografia essenziale; i dati postali ed elettronici dei riferimenti centrali del movimento e alcune fotografie illustrative.

Insomma, tutto il necessario e nella dovuta proporzione per avere l'informazione basica su questa realtà ecclesiale. Sottolineamo anche come in tutte queste pagine vengono offerti interessanti particolari della vita del Movimento senza per questo mortificare la presentazione del carisma. Anzi, questi particolari aiutano molto a cogliere le sfuma-

ture proprie dello stile di CL. Secondo noi, dunque, si tratta di un modello di presentazione istituzionale di un carisma fatto vita.

Juan Carlos Domínguez

Roberto SERRES LÓPEZ DE GUEREÑU, «*Error recidens in condicionem sine qua non*» (can. 126). *Estudio histórico jurídico*, Editrice Pontificia Università Gregoriana, Roma, 1997, p. 230.

Se aborda en la obra que comentamos uno de los temas de más entraña jurídica: la armonización de los factores objetivos y subjetivos en el Derecho. Por una parte, la relevancia de los factores subjetivos (en la monografía que comentamos, el error) en el Derecho se presenta como algo contradictorio, puesto que un elemento irrenunciable del ordenamiento jurídico es su validez intersubjetiva, sin que el contenido y la aplicación del Derecho puedan depender de los estados subjetivos de aquéllos que precisamente son sus destinatarios. Es ésta una exigencia, no sólo del principio de igualdad jurídica ante la ley, sino de la lógica más elemental: la determinación de aquello que es justo debe ser independiente de los estados subjetivos de quienes están sometidos al Derecho. Pero, por otra parte, las exigencias de la justicia en el caso concreto reclaman en muchos supuestos que el Derecho tome en

consideración elementos subjetivos. Este campo de fuerza entre el polo subjetivo y el polo objetivo del Derecho encuentra su máxima expresión cuando el propio legislador incorpora en una norma jurídica (que participa de los elementos típicos de generalización y abstracción propios de las exigencias objetivas del Derecho) el elemento subjetivo como una de las premisas de las que depende una determinada consecuencia jurídica.

Si lo que acabamos de decir cabe aplicarlo a cualquier tipo de ordenamiento jurídico, en el ordenamiento canónico presenta unos perfiles propios debido a las notas peculiares del Derecho de la Iglesia católica, especialmente la relación entre fuero interno y fuero externo y la flexibilidad.

En la monografía que comentamos se aborda la eficacia objetiva (nulidad del acto) de un elemento subjetivo (*error recidens in conditio sine qua non*), desde un objetivo muy concreto: mostrar el modo en que puede hacerse compatible la figura del error y la de la condición, puesto que desde el punto de vista subjetivo la primera presupone la certeza del sujeto y la segunda el estado de duda.

La obra está dividida en dos partes. La primera de ellas se dedica a la evolución histórica del concepto «*Error recidens in condicionem sine qua non*» en el Derecho romano, y en la doctrina posterior. En el capítulo primero se recoge un breve estudio sobre la influencia del error en los actos jurídicos. Las ideas

centrales del mismo son dos: irrelevancia del error en los períodos más formalistas e introducción de los elementos subjetivos principalmente a través del Derecho hereditario. Se ofrece un breve comentario de los primeros textos del *Corpus Iuris Civilis* en los que un error objetivamente accidental adquiere eficacia invalidante sólo por la relevancia con que el elemento accidental es pretendido por la voluntad del sujeto. Es decir, supuestos que podrían hoy encuadrarse en lo que llamamos *error recidens in conditionem*.

En el capítulo segundo se aborda el estudio de esta figura en la historia de la romanística. Se dedica atención a la historia desde los glosadores hasta la pandectística, pasando por los comentaristas, la escuela humanista del Derecho (pp. 36-38), los romanistas de los siglos XVII y XVIII (pp. 38-41) y la escuela del Derecho natural. Dentro de ésta, se expone la doctrina al respecto de Grocio y Pufendorf: «el error en los motivos produce por Derecho natural la nulidad de la promesa, cuando haya sido el único motivo en consentir, porque en este caso la circunstancia erróneamente apreciada ha actuado como una condición necesaria que no se verifica» (pp. 42-43). El capítulo tercero se dedica a la formación del concepto del *error recidens* en la doctrina de moralistas y canonistas. Ocupa un papel central en la sistemática S. Alfonso María de Liguorio, no tanto en cuanto al contenido (se le dedica sólo la p. 108). En el tratamiento de

esta parte histórica, la división entre la doctrina romanística y la canónica no permite del todo ver las estrechas influencias entre ambas corrientes (Grocio y la escolástica española). La influencia de Suárez en Pufendorf, el segundo es tratado antes y como sin conexión más que con Grocio, cuando está demostrada la influencia de la metafísica de Suárez en las Universidades calvinistas. Naturalmente, ésto no obsta para la valoración positiva de la aportación que hace el autor. Por una parte, el estudio de las influencias recíprocas de los autores estudiados excede del propósito de la obra y, por otra, las fuentes de Suárez tratadas son de moral y no de metafísica.

En la segunda parte se trata la interpretación y la aplicación del *error recidens in conditionem sine qua non* en el CIC. El autor toma clara postura respecto a la cuestión central de su estudio, defendiendo que no existe incompatibilidad entre el error y la condición, porque en el caso de la condición implícita, la duda no es un presupuesto necesario (p.147). Hace la distinción entre condición implícita, donde sí puede darse la certeza errónea y condición explícita, donde no puede darse más que la duda. Sostiene que no hay obstáculo para equiparar el *error recidens in substantia* y la *conditio sine qua non*, porque aunque se trate de estados subjetivos distintos, el efecto que producen es el mismo: la ausencia de voluntad del sujeto y, por tanto, los efectos invalidantes son los mismos. En la fundamentación

de esta tesis entra a discutir los argumentos de quienes afirman la tesis contraria, especialmente Fedele, pero también autores más recientes como Martín de Agar, Bañares, García Failde o Davino (pp. 143 y ss.). El autor ha dedicado una esmerada atención a la jurisprudencia rotal sobre esta figura y ha excluído cual-

quier referencia al error en el Derecho penal (cc. 1323-1325).

En suma, se trata de una tesis doctoral bien planteada, más expositiva que especulativa, en la que los lectores interesados sobre el tema podrán encontrar un valioso material trabajado con atención y acierto.

María J. Roca

Documenti

Pagina bianca

ATTI DI GIOVANNI PAOLO II

Litterae Apostolicae Motu Proprio datae «Ad tuendam fidem», quibus normae quaedam inseruntur in Codice Iuris Canonici et in Codice Canonum Ecclesiarum Orientalium, 18 maggio 1998 (AAS 90 [1998], p. 457-461) (*).

AD TUENDAM FIDEM Catholicae Ecclesiae contra errores insurgentes ex parte aliquorum christifidelium, praesertim illorum qui in sacrae theologiae disciplinas studiose incumbunt, pernecessarium visum est Nobis, quorum praecipuum munus est fratres suos in fide confirmare (cfr *Lc* 22, 32), ut in textum vigentium Codicis Iuris Canonici et Codicis Canonum Ecclesiarum Orientalium addantur normae, quibus expresse imponatur officium servandi veritates definitive ab Ecclesiae Magisterio propositas, addita mentione in sanctionibus canonicis ad eandem materiam spectantibus.

1. Iam inde a prioribus saeculis usque ad hodiernum diem Ecclesia de fide Christi Eiusque redemptionis mysterio profitetur veritates, postea collectas in Symbola fidei; hodie enim communiter cognoscuntur atque proclamantur a christifidelibus in Missarum celebratione sollemni et festiva Symbolum Apostolorum aut Symbolum Nicaenum-Constantinopolitanum.

Hoc ipsum Symbolum Nicaenum-Constantinopolitanum continetur in Professione fidei, a Congregatione pro Doctrina Fidei ulterius elaborata⁽¹⁾, quae specialiter imponitur determinatis christifidelibus emitenda in susceptione aliquorum officiorum directe vel indirecte respicientium profundiorum investigationem in veritates de fide et de moribus aut coniunctorum cum peculiari potestate in Ecclesiae regimine⁽²⁾.

2. Professio fidei, rite praemisso Symbolo Nicaeno-Constantinopolitano, habet etiam tres propositiones aut commata, quae explicare intendunt fidei catholicae veritates ab Ecclesia, sub ductu Spiritus Sancti

(*) Vedi *nota* di G. Gänswein alla fine del documento.

(1) CONGREGATIO PRO DOCTRINA FIDEI, *Professio Fidei et Iusiurandum fidelitatis in suscipiendo officio nomine Ecclesiae exercendo*, 9 Ianuarii 1989, in *ASS* 81 (1989), p. 105.

(2) Cfr *Codex Iuris Canonici*, can. 833.

qui eam « omnem veritatem docebit » (Io 16, 13), sequentibus temporibus altius perscrutatas aut perscrutandas⁽³⁾.

Primum comma, quod enuntiat: « Firma fide quoque credo ea omnia quae in verbo Dei scripto vel tradito continentur et ab Ecclesia sive sollemni iudicio sive ordinario et universali Magisterio tamquam divinitus revelata credenda proponuntur⁽⁴⁾, congruenter affirmat et suum praescriptum habet in legis latione universali Ecclesiae in can. 750 Codicis Iuris Canonici⁽⁵⁾ et in can. 598 Codicis Canonum Ecclesiarum Orientalium⁽⁶⁾.

Tertium comma edicens: « Insuper religioso voluntatis et intellectus obsequio doctrinis adhaereo quas sive Romanus Pontifex sive Collegium Episcoporum enuntiant cum Magisterium authenticum exercent etsi non definitivo actu easdem proclamare intendant »⁽⁷⁾, locum suum obtinet in can. 752 Codicis Iuris Canonici⁽⁸⁾ et in can. 599 Codicis Canonum Ecclesiarum Orientalium⁽⁹⁾.

⁽³⁾ Cfr *Codex Iuris Canonici*, can. 747 § 1; *Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium*, can. 595 § 1.

⁽⁴⁾ Cfr SACROSANCTUM CONCILIUM OECUMENICUM VATICANUM II, Constitutio dogmatica *Lumen gentium*, De Ecclesia, n. 25, 21 Novembris 1964, in *AAS* 57 (1965), pp. 29-31; Constitutio dogmatica *Dei Verbum*, De divina Revelatione, 18 Novembris 1965, n. 5, in *AAS* 58 (1966), p. 819; CONGREGATIO PRO DOCTRINA FIDEI, Instructio *Donum veritatis*, De ecclesiali theologi vocatione, 24 Maii 1990, n. 15, in *AAS* 82 (1990), p. 1556.

⁽⁵⁾ *Codex Iuris Canonici*, can. 750 - Fide divina et catholica ea omnia credenda sunt quae verbo Dei scripto vel tradito, uno scilicet fidei deposito Ecclesiae commisso, continentur, et insimul ut divinitus revelata proponuntur sive ab Ecclesiae magisterio sollemni, sive ab eius magisterio ordinario et universali, quod quidem communi adhaesione christifidelium sub ductu sacri magisterii manifestatur; tenentur igitur omnes quascumque devitare doctrinas iisdem contrarias.

⁽⁶⁾ *Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium*, can. 598 - Fide divina et catholica ea omnia credenda sunt, quae verbo Dei scripto vel tradito, uno scilicet deposito fidei Ecclesiae commisso continentur et simul ut divinitus revelata proponuntur sive ab Ecclesiae magisterio sollemni sive ab eius magisterio ordinario et universali, quod quidem communi adhaesione christifidelium sub ductu sacri magisterii manifestatur; tenentur igitur omnes christifideles quascumque devitare doctrinas eisdem contrarias.

⁽⁷⁾ Cfr CONGREGATIO PRO DOCTRINA FIDEI, Instructio *Donum veritatis*, De ecclesiali theologi vocatione, 24 Maii 1990, n. 16, in *AAS* 82 (1990), p. 1557.

⁽⁸⁾ *Codex Iuris Canonici*, can. 752 - Non quidem fidei assensus, religiosum tamen intellectus et voluntatis obsequium praestandum est doctrinae, quam sive Summus Pontifex sive Collegium Episcoporum de fide vel de moribus enuntiant, cum magisterium authenticum exercent, etsi definitivo actu eandem proclamare non intendunt; christifideles ergo devitare curent quae cum eadem non congruant.

⁽⁹⁾ *Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium*, can. 599 - Non quidem fidei assensus, religiosum tamen intellectus et voluntatis obsequium praestandum est doctrinae

3. Attamen secundum comma, in quo asseveratur: « Firmiter etiam amplector ac retineo omnia et singula quae circa doctrinam de fide vel moribus ab eadem definitive proponuntur⁽¹⁰⁾, nullum habet congruentem canonem in Codicibus Ecclesiae Catholicae. Magni momenti est hoc comma Professionis fidei, quippe quod indicet veritates necessario conexas cum divina revelatione. Hae quidem veritates, quae in doctrinae catholicae perscrutatione exprimunt particularem inspirationem divini Spiritus in alicuius veritatis de fide vel de moribus profundiore Ecclesiae intellectu, sive historica ratione sive logica consecutione conectuntur.

4. Quapropter dicta necessitate compulsi mature censuimus hanc legis universalis lacunam complere insequenti modo:

A) Can. 750 Codicis Iuris Canonici posthac duas paragraphos habebit, quarum prima constet textu vigentis canonis, altera vero novo textu sit ornata, ita ut ipse can. 750 absolute sic sonet:

Can. 750 § 1. Fide divina et catholica ea omnia credenda sunt quae verbo Dei scripto vel tradito, uno scilicet fidei deposito Ecclesiae commisso, continentur, et insimul ut divinitus revelata proponuntur sive ab Ecclesiae magisterio sollemni, sive ab eius magisterio ordinario et universali, quod quidem communi adhaesione christifidelium sub ductu sacri magisterii manifestatur; tenentur igitur omnes quascumque devitare doctrinas iisdem contrarias.

§ 2. Firmiter etiam amplectenda ac retinenda sunt omnia et singula quae circa doctrinam de fide vel moribus ab Ecclesiae magisterio definitive proponuntur, scilicet quae ad idem fidei depositum sancte custodiendum et fideliter exponendum requiruntur; ideoque doctrinae Ecclesiae catholicae adversatur qui easdem propositiones definitive tenendas recusat.

In can. 1371, n. 1 Codicis Iuris Canonici congruenter addatur canonis 750 § 2 locus, ita ut ipse can. 1371 posthac absolute sic sonet:

Can. 1371 - Iusta poena puniatur:

1° qui, praeter casum de quo in can. 1364 § 1, doctrinam a Romano Pontifice vel a Concilio Oecumenico damnatam docet vel doctrinam, de qua in can. 750 § 2 vel in can. 752, pertinaciter respuit, et ab Apostolica Sede vel ab Ordinario admonitus non retractat;

2° qui aliter Sedi Apostolicae, Ordinario, vel Superiori legitime praecipienti vel prohibenti non obtemperat, et post monitum in inobedientia persistit.

de fide et de moribus, quam sive Romanus Pontifex sive Collegium Episcoporum enuntiant, cum magisterium authenticum exercent, etsi definitivo actu eandem proclamare non intendunt; christifideles ergo curent, ut devitent, quae cum eadem non congruunt.

(10) Cfr CONGREGATIO PRO DOCTRINA FIDELI, Instructio *Donum veritatis*, De ecclesiali theologi vocatione, 24 Maii 1990, n. 16, in *AAS* 82 (1990), p. 1557.

B) Can. 598 Codicis Canonum Ecclesiarum Orientalium posthac duas paragraphos habebit, quarum prima constet textu vigentis canonis, altera vero novo textu sit ornata, ita ut ipse can. 598 absolute sic sonet:

Can. 598 § 1. Fide divina et catholica ea omnia credenda sunt, quae verbo Dei scripto vel tradito, uno scilicet deposito fidei Ecclesiae commisso continentur et simul ut divinitus revelata proponuntur sive ab Ecclesiae magisterio sollemni sive ab eius magisterio ordinario et universalì, quod quidem communi adhaesione christifidelium sub ductu sacri magisterii manifestatur; tenentur igitur omnes christifideles quascumque devitare doctrinas eisdem contrarias.

§ 2. Firmiter etiam amplectenda ac retinenda sunt omnia et singula quae circa doctrinam de fide vel moribus ab Ecclesiae magisterio definitive proponuntur, scilicet quae ad idem fidei depositum sancte custodiendum et fideliter exponendum requiruntur; ideoque doctrinae Ecclesiae catholicae adversatur qui easdem propositiones definitive tenendas recusat.

In can. 1436 § 2 Codicis Canonum Ecclesiarum Orientalium congruenter addantur verba, quae ad can. 598 § 2 se referant, ita ut ipse can. 1436 posthac absolute sic sonet:

Can. 1436 § 1. Qui aliquam veritatem fide divina et catholica credendam denegat vel eam in dubium ponit aut fidem christianam ex toto repudiat et legitime monitus non respiscit, ut haereticus aut apostata excommunicatione maiore puniatur, clericus praeterea aliis poenis puniri potest non exclusa depositione.

§ 2. Praeter hos casus, qui pertinaciter respuit doctrinam, quae a Romano Pontifice vel Collegio Episcoporum magisterium authenticum exercentibus ut definitive tenenda proponitur vel ut erronea damnata est, nec legitime monitus respiscit, congrua poena puniatur.

5. Quaecumque vero a Nobis hisce Litteris Apostolicis Motu Proprio datis decreta sunt, ea omnia firma ac rata esse iubemus et inserenda praecipimus in legis latione universalì Catholicae Ecclesiae, respective in Codice Iuris Canonici et in Codice Canonum Ecclesiarum Orientalium, sicuti supra demonstratum est, contrariis quibuslibet rebus non obstantibus.

Datum Romae, apud Sanctum Petrum, die XVIII mensis Maii, anno MCMXCVIII, Pontificatus Nostri vicesimo.

Ioannes Paulus II

Commento al Motu proprio «Ad tuendam fidem».

In data 18 maggio 1998 Giovanni Paolo II ha firmato la Lettera Apostolica in forma di Motu proprio «Ad tuendam fidem»⁽¹⁾, con

⁽¹⁾ Giovanni Paolo II, Lettera Apostolica data Motu proprio «Ad tuendam fi-

cui vengono inserite alcune norme nel Codex Iuris Canonici (CIC) e nel Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium (CCEO), al fine di adeguare la normativa e le sanzioni canoniche a quanto stabilito e prescritto dalla Formula della «*Professio fidei*», specialmente in relazione al dovere di aderire alle dottrine proposte dal Magistero della Chiesa in modo definitivo.

A) *La problematica canonistica.*

1. *I due Codici della Chiesa Cattolica.*

I due codici di diritto canonico della Chiesa cattolica, il CIC ed il CCEO, distinguono le dottrine del Magistero circa il contenuto, la forma, l'esigenza e le conseguenze giuridiche⁽²⁾. Le norme del CIC (cann. 750-754) mostrano una quadrupla differenziazione delle dottrine magisteriali.

Solo il can. 750 CIC (can. 598 CCEO) e il can. 752 CIC (can. 599 CCEO) si riferiscono esclusivamente alle dottrine dell'autorità suprema del Magistero: Romano Pontefice o Collegio episcopale. Essi si distinguono fra di loro soprattutto per il fatto che nel can. 750 si tratta di un contenuto che appartiene al deposito inalienabile della fede che viene proposto da credere («*credenda*»), mentre il can. 752 riguarda dottrine che non vengono proposte con un atto definitivo e pertanto non esigono l'assenso della fede, ma il religioso ossequio dell'intelletto e della volontà.

Le dottrine della fede a norma del can. 750 CIC possono essere proposte o dal Magistero solenne o dal Magistero ordinario e universale. Il confronto fra Magistero «*solenne*» e magistero «*ordinario e universale*», anche se è giustificato dalla tradizione sotto l'aspetto terminologico, non è del tutto soddisfacente. Questa espressione risale a ciò che prima del Concilio Vaticano Secondo era ritenuto essere l'unico soggetto della potestà suprema collegiale: non il Collegio dei Vescovi, ma il Concilio Ecumenico. Poiché proprio il Concilio Vaticano II ha messo in evidenza che anche per la suprema potestà collegiale esiste un soggetto perpetuo, cioè il Collegio dei Vescovi, ne deriva che il Concilio Ecumenico è luogo teologico per l'esercizio di tale potestà, vale a dire per l'esercizio di essa in modo solenne.

dem», con la quale vengono inserite alcune norme nel Codice di Diritto Canonico e nel Codice dei Canoni delle Chiese Orientali, in: *L'Osservatore Romano* del 30 giugno/1 luglio 1998; Promulgazione ufficiale in: AAS 90 (1998) 457-461.

(2) In seguito vengono prese in considerazione le norme del CCEO soltanto in modo complementare, perché per la «*Professio fidei*» viene fatto riferimento direttamente soltanto al Codice della Chiesa latina.

L'altra modalità dell'esercizio della potestà suprema da parte del Collegio episcopale, che è caratterizzato dalla mancanza di adunanza, può essere compreso come esercizio semplice. In tutti e due i casi si tratta però di una dottrina con vincolo definitivo. Mentre il Magistero «ordinario e universale» si esprime nell'insegnare continuamente o nella prassi dei Vescovi in comunione con il Romano Pontefice, il cosiddetto Magistero «solenne» ha carattere «straordinario». Questo carattere straordinario nella sua essenza riguardo all'insegnamento dottrinale non è caratterizzato da solennità esterne, ma dal fatto che l'insegnamento viene effettuato tramite un formale atto inequivocabile.

Di ciò tratta il can. 749 CIC (can. 597 CCEO), il cui soggetto è l'infallibilità del Magistero. Essa può essere realizzata dal Sommo Pontefice «ex cathedra» (§1) o dal Collegio dei Vescovi, sia se si sono radunati in un Concilio Ecumenico (§ 2, prima parte), sia, senza essere fisicamente riuniti in un determinato luogo, tramite un atto esplicito collegiale (§ 2, seconda parte). L'insegnamento del Sommo Pontefice «ex cathedra» viene espresso con le parole «definitivo actu». Circa l'esigenza dell'infallibilità per il Collegio dei Vescovi che sono in comunione con il Papa nel Concilio Ecumenico, si legge «quando ... doctrinam de fide vel de moribus definitive tenendam declarant» (§ 2, prima parte) e per l'espressione di un atto collegiale al di fuori di una riunione, viene detto «quando ... in unam sententiam tamquam definitive tenendam conveniunt» (§ 2, seconda parte).

Poiché si tratta di una testimonianza della fede, l'atto collegiale non può consistere né in una qualsiasi decisione presa a maggioranza né in una concordanza di tutti i membri senza eccezione; piuttosto deve trattarsi di una unanimità morale.

Anche se nel can. 749 CIC ci sono espressioni differenti riguardo all'infallibilità del Romano Pontefice e del Collegio dei Vescovi, in ciò però non è da vedere una differenza rispetto all'adesione al contenuto della fede⁽³⁾. Tuttavia il riferimento della parola «definitivo» all'atto stesso nel caso del Romano Pontefice non è senza importanza. Vale a dire, allorché il Papa dichiara che una verità è da ritenersi in modo definitivo, non parla necessariamente «ex cathedra»; tale definizione si realizza infatti soltanto se ciò consta manifestamente. Altrimenti il Romano Pontefice conferma che egli, come Capo della Chiesa e a tutela del suo Magistero autentico, ritiene una verità appartenente al deposito inalienabile della fede cattolica da lungo tempo. Quindi si tratta di una conferma formale del Magistero ordinario e universale della Chiesa e non del Magistero straordinario «ex cathedra».

(3) Circa il Romano Pontefice il § 1 recita «... con *atto definitivo* proclama da tenersi una dottrina sulla fede o sui costumi» e circa il Collegio dei Vescovi il § 2 afferma «... da *tenersi definitivamente* una dottrina sulla fede o sui costumi».

Nel can. 749 CIC si tratta esclusivamente del Magistero straordinario infallibile. Certamente anche il Magistero ordinario e universale può insegnare una dottrina o una verità in modo infallibile, però di sua natura questa dottrina non è «definita» nel senso del § 3 di detto canone.

Il Codice di Diritto Canonico quindi conosce soltanto due gradi di carattere vincolante da parte del Magistero supremo della Chiesa riguardo alla testimonianza della dottrina sulla fede e sui costumi: 1) ciò che è da credere «fide divina et catholica»⁽⁴⁾ e 2) ciò che esige il «religiosum intellectus et voluntatis obsequium»⁽⁵⁾.

Alla differenza della forma di esigenza, corrispondono anche diverse conseguenze giuridiche: circa le dottrine che sono da credere «fide divina et catholica», tutti i fedeli sono tenuti a evitare qualsiasi formulazione ad esse contraria. Un credente della Chiesa latina che nega o dubita ostinatamente una verità da credere «fide divina et catholica» cade nell'eresia (can. 751 CIC) ed incorre nella scomunica «latae sententiae» (can. 1364), che può essere ulteriormente inasprita per casi specifici. Un credente che appartiene ad una Chiesa cattolica orientale, non incorre nella pena «latae sententiae» perché il CCEO non conosce questa sanzione, ma viene punito con la scomunica maggiore; un chierico può incorrere inoltre in altre pene (can. 1436 § 1 CCEO).

Sono da distinguere bene da ciò le dottrine che secondo il can. 752 CIC esigono l'ossequio religioso dell'intelletto e della volontà. I fedeli devono evitare quello che non concorda con esse. Chi respinge pertinacemente tali dottrine o, dopo essere stato ammonito dalla Sede Apostolica o dall'Ordinario competente, non ritratta il suo dissenso, viene punito con una giusta pena (can. 1371 nr. 1 CIC).

2. *La «Professio fidei» del 1989 e la sua formula conclusiva.*

Nell'anno 1967, sulla scia del Concilio Vaticano Secondo, la *Professio fidei Tridentina* e il *Iuramentum antimodernisticum* sono state sostituite con un'aggiunta breve alla *Professio fidei*⁽⁶⁾. Essa consisteva nel Simbolo niceno-costantinopolitano seguito da una formula conclusiva. Questa nuova stesura, appresa come un frutto positivo del Vaticano II, ha messo in evidenza il significato della dottrina innanzitutto sui sacramenti, sul sacrificio eucaristico e sul primato del Romano Pontefice

(4) Cfr. can. 750 CIC.

(5) Cfr. can. 752 CIC.

(6) Sacra Congregatio pro Doctrina Fidei, Formula deinde adhibenda in casibus in quibus iure praescribitur Professio Fidei, loco formulae Tridentinae et iuramenti antimodernistici: AAS 59 (1967) 1058. Pubblicato anche in: Congregatio pro Doctrina Fidei, Documenta inde a Concilio Vaticano Secundo expleto edita (1966-1985), Libreria Editrice Vaticana 1985, nr. 6, p. 14.

come pure sull'adesione alle dottrine della Chiesa secondo il loro ordine dottrinale⁽⁷⁾.

Questa formula della «*Professio fidei*» è stata inserita nell'ordine codiciale, al tempo della promulgazione del CIC nell'anno 1983. Poiché essa, però, non aveva differenziato in modo sufficiente i diversi gradi dell'adesione e non aveva seguito dei criteri del tutto chiari circa le dottrine che non sono sviluppate espressamente nel simbolo niceno-costantinopolitano, sembrava necessario elaborare una nuova stesura che distinguesse inequivocabilmente fra «*fede teologale*», «*fede ecclesiastica*» riguardo all'«*oggetto secondario della rivelazione*» e «*l'ossequio religioso*» nei riguardi del magistero non infallibile. Questa nuova aggiunta alla «*Professio fidei*», che consiste di tre proposizioni o commi, è entrata in vigore il 9 gennaio 1989⁽⁸⁾.

Questa formula voleva distinguere in modo più chiaro i singoli gradi dell'adesione. Ormai non vengono più elencati soltanto dei singoli elementi della fede, ma vengono chiesti tre diversi modi di adesione, al fine di poter meglio distinguere il rispettivo ordine delle verità a cui il credente aderisce.

Secondo il can. 833 CIC, che non ha un parallelo nel CCEO, la professione di fede è da applicare nella forma approvata dalla Santa Sede nei casi in cui si viene ad assumere un ufficio da esercitare a nome della Chiesa.

La sua differenziazione riguardo alla qualificazione delle dottrine non trova completamente una corrispondenza nelle normative dei cann. 750 e 752 CIC. Non ci sono difficoltà circa il primo e il terzo comma. Il soggetto del primo comma sono quelle dottrine che vengono trattate nel can. 750 CIC e presentate nella professione di fede con le parole «*Firma fide quoque credo*». Il terzo comma propone le dottrine secondo il can.

(7) AAS 59 (1967) 1058: «*Firmiter quoque amplector et retineo omnia et singula quae circa doctrinam de fide et moribus ab Ecclesia, sive solemni iudicio definita sive ordinario magisterio adserta ac declarata sunt, prout ab ipsa proponuntur, praesertim ea quae respiciunt mysterium sanctae Ecclesiae Christi, eiusque Sacramenta et Missae Sacrificium atque Primatum Romani Pontificis*».

(8) *Congregatio pro Doctrina Fidei, Professio fidei et iusiurandum fidelitatis in suscipiendo nomine Ecclesiae exercendo*: AAS 81 (1989) 104-106. Questa formula è stata approvata dal Romano Pontefice: *Rescriptum ex Audientia SS.mi Formulas professionis fidei et iuris iurandi fidelitatis continens foras datur* (19. 9.1989), AAS 81 (1989) 1169. Al riguardo cfr. U. Berti, *Professione di fede e giuramento di fedeltà*, in *L'Osservatore Romano*, 25 febbraio 1989, p. 6; T. Bertone, *Giuramento di fedeltà: considerazioni canonistiche*, in *L'Osservatore Romano*, 19 aprile 1989, p. 7. Un'approfondita ricostruzione storica di questa prescrizione normativa, dal Concilio di Trento ai giorni nostri, è fatta da H. Schmitz, «*Professio fidei*» und «*Iusiurandum fidelitatis*». *Glaubensbekenntnis und Treueid - Wiederbelebung des Antimodernisteneides?*, in: *Archiv für katholisches Kirchenrecht* 157 (1988) 352-429.

752 CIC che esigono l'ossequio religioso dell'intelletto e della volontà e che vengono ribadite con la formula « Insuper religioso voluntatis et intellectus obsequio ... adhaereo ». Il secondo comma comprende tutto ciò che riguarda la fede o i costumi proposto definitivamente dal Magistero supremo. Verrà confermato con la formula « Firmiter etiam amplector ac retineo ». Per queste dottrine, infatti, nel CIC non ci sono formule che corrispondono ad esse. Da ciò risulta che queste dottrine o sono incluse in uno dei due canoni o non sono state considerate dal legislatore.

<p>Codex Iuris Canonici <i>can. 750</i> Fide divina et catholica ea omnia credenda sunt quae verbo Dei scripto vel tradito, uno scilicet fidei deposito Ecclesiae commisso, continentur, et insimul ut divinitus revelata proponuntur sive ab Ecclesiae magisterio sollemni, sive ab eius magisterio ordinario et universali, quod quidem communi adhaesione christifidelium sub ductu sacri magisterii manifestatur; tenentur igitur omnes quascumque devitare doctrinas iisdem contrarias.</p> <p><i>can. 752</i> Non quidem fidei assensus, religiosum tamen intellectus et voluntatis obsequium praestandum est doctrinae quam sive Summus Pontifex sive Collegium Episcoporum de fide vel de moribus enuntiant cum magisterium authenticum exercent, etsi definitivo actu eandem proclamare non intendant; christifideles ergo devitare curent quae cum eandem non congruant.</p>	<p>Professio fidei-Formula conclusiva <i>1° comma</i> Firma fide quoque credo ea omnia quae in verbo Dei scripto vel tradito continentur et ab Ecclesia sive sollemni iudicio sive ordinario et universali Magisterio tamquam divinitus revelata credenda proponuntur.</p> <p><i>2° comma</i> Firmiter etiam amplector ac retineo omnia et singula quae circa doctrinam de fide vel de moribus ab eadem definitive proponuntur.</p> <p><i>3° comma</i> Insuper religioso voluntatis et intellectus obsequio doctrinis adhaereo quas sive Romanus Pontifex sive Collegium episcoporum enuntiant etsi non definitivo actu easdem proclamare intendant.</p>
--	--

Le dottrine del secondo comma della formula conclusiva non possono essere chiaramente attribuite al can. 752 CIC, perché questo canone tratta quelle dottrine che non vengono proposte con un atto definitivo. Anche se il secondo comma di detta formula non usa — come il canone del CIC l'espressione « definitivo actu », ma « definitive propo-

nuntur», ciò non fa una differenza circa la questione dell'attribuzione. Si tratta delle dottrine definitivamente proposte; ciò è possibile soltanto, se esse sono da comprendere irreversibili in se stessi.

D'altra parte il secondo comma non rientra chiaramente nel can. 750 CIC, perché dalle dottrine in esso proposte, cioè nel secondo comma, non viene affermato che sono divinamente rivelate, né viene fatto espressamente un riferimento al «verbum Dei scriptum vel traditum». Un tale rimando, però, dovrebbe esserci almeno indirettamente, poiché altrimenti una dottrina definitiva potrebbe estendersi su qualsiasi contenuto e ciò in fin dei conti significherebbe una nuova rivelazione. Anche l'esigenza che risulta da una tale dottrina è diversa a causa del riferimento indiretto alla rivelazione. Tale dottrine non diventano note attraverso «credo», ma attraverso «amplector ac retineo».

Queste difficoltà di correlazione creano problemi anche sotto l'aspetto del diritto penale. Poiché le verità del secondo comma non vengono indicate come «fide divina et catholica credendae», un'infedeltà nei confronti di esse non può configurare materia dell'eresia. Pertanto il can. 1364 § 1 CIC in nessun modo può essere applicato; eventualmente si può ricorrere al can. 1371 CIC.

Da ciò risulta che le fattispecie riguardo alle dottrine e all'obbligo di professarle nel Codice di Diritto Canonico o non sono state del tutto incluse o sono rimaste poco chiare nella formula conclusiva della *Professio fidei*.

B) *Il completamento nei due Codici e la sua interpretazione ufficiale.*

In seguito della nuova formulazione della *Professio fidei* nel 1989 si poteva constatare una insufficienza che anche la promulgazione del CCEO nell'anno 1990 non ha dissipato. Poiché si tratta di una questione di grande importanza per il «munus docendi» in generale e per l'ordinamento giuridico-canonico in particolare, era necessaria una risposta da parte del legislatore supremo.

All'esimia importanza della questione corrisponde il fatto che il Romano Pontefice ha dato la risposta nell'unico modo adeguato: la formulazione di una legge propria — il Motu proprio *Ad tuendam fidem*⁽⁹⁾ mediante il quale i due Codici della Chiesa cattolica sono stati completati con alcune norme importanti.

In questo contesto la Congregazione per la Dottrina della Fede in data 29 giugno 1998 ha pubblicato una «Nota dottrinale illustrativa della formula conclusiva della *Professio fidei*», allo scopo di spiegare il significato e il valore dottrinale dei tre commi conclusivi, che si riferiscono alla qualificazione teologica delle dottrine e al tipo di assenso ri-

(9) AAS 90 (1998) 457-461.

chiesto ai fedeli. Questa Nota dottrinale è stata firmata dal Cardinale Prefetto e del Segretario di detto Dicastero⁽¹⁰⁾.

1. *Motu proprio «Ad tuendam fidem».*

Il Romano Pontefice si riferisce direttamente alla normativa dei due Codici e alla formula conclusiva della «Professio fidei». Afferma la necessità di inserire nei Codici alcune norme sul dovere di tutelare quelle verità che sono proposte dal Magistero della Chiesa in modo definitivo. Anche senza il rinvio al contesto degli errori, soprattutto da parte di quei fedeli che si dedicano alle discipline teologiche, non si può dubitare della necessità oggettiva che si è trattato di colmare una lacuna della legge⁽¹¹⁾.

Dalla formula conclusiva della «Professio fidei» il primo comma viene attribuito inequivocabilmente al can. 750 CIC e rispettivamente al can. 598 CCEO, il terzo comma al can. 752 CIC e rispettivamente al can. 599 CCEO (nr. 2)⁽¹²⁾.

Riguardo al secondo comma, invece, in tutti e due i Codici manca un canone corrispondente. È però di grande importanza riguardo alle verità connesse necessariamente con la divina rivelazione, sia per ragioni storiche che per conseguenze logiche. Nell'esposizione della dottrina cattolica, queste verità esprimono una particolare ispirazione dello Spirito di Dio per la comprensione più profonda nella Chiesa di una verità circa la fede o i costumi (nr. 3)⁽¹³⁾.

Il completamento dei due Codici avviene da una parte tramite una caratterizzazione delle dottrine e della richiesta di assenso che ne risulta e dall'altra riguardo al problema delle implicazioni penali⁽¹⁴⁾.

⁽¹⁰⁾ Congregazione per la Dottrina della Fede, Nota dottrinale illustrativa della formula conclusiva della Professio fidei, in: L'Osservatore Romano del 30 giugno/1 luglio 1998.

I testi della «Professione di Fede e del Giuramento di fedeltà nell'assumere un ufficio da esercitare a nome della Chiesa», della «Lettera Apostolica in forma di Motu proprio *Ad tuendam fidem*» e della «Nota dottrinale illustrativa della formula conclusiva della *Professio fidei*» sono stati pubblicati (in diverse lingue) in: Congregazione per la Dottrina della Fede, Testi del Magistero sulla «Professio fidei», Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano 1998.

⁽¹¹⁾ AAS 90 (1998) 459: «Quapropter dicta necessitate compulsi mature censuimus hanc legis universalis lacunam complere» (nr. 4).

⁽¹²⁾ Cfr. AAS 90 (1998) 458-459.

⁽¹³⁾ AAS 90 (1998) 459: «Magni momenti est hoc comma Professionis fidei, quippe quod indicet veritates necessario conexas cum divina revelatione. Hae quidem veritates, quae in doctrinae catholicae perscrutatione exprimunt particularem inspirationem divini Spiritus in alicuius veritatis de fide vel de moribus profundiore Ecclesiae intellectu, sive historica ratione sive logica consecutione conectuntur» (nr. 3).

⁽¹⁴⁾ In merito cfr. le considerazioni canonistiche di Winfried Aymans, *Veritas de*

La caratterizzazione delle dottrine e della loro esigenza di fede avviene formalmente nel modo che il can. 750 CIC e il can. 598 CCEO, con le stesse parole, vengono completati con un secondo paragrafo. Così il contenuto tramandato diventerà il paragrafo uno. Non verrà quindi introdotto un nuovo canone. Ciò avrebbe avuto come conseguenza o una nuova numerazione dei canoni o una nuova descrizione⁽¹⁵⁾. L'integrazione della normativa nel can. 750 CIC e nel can. 598 CCEO fa capire che il contesto materiale con questi canoni è più ampio di quello con il can. 752 CIC e can. 599 CCEO. Determinante perciò è il carattere definitivo.

La formulazione del nuovo canone 750 § 2 — molto vicina al secondo comma della formula conclusiva della «*professio fidei*» — recita: «*Firmiter etiam amplectanda ac retinenda sunt omnia et singula quae circa doctrinam de fide vel moribus ab Ecclesiae magisterio definitive proponuntur, scilicet quae ad idem fidei depositum sancte custodiendum et fideliter exponendum requiruntur; ideoque doctrinae Ecclesiae catholicae adversatur quae easdem propositiones definitive tenendas recusat*»⁽¹⁶⁾.

Si tratta di una dottrina definitiva del Magistero della Chiesa che riguarda la fede o i costumi. Il riferimento al «*depositum fidei*» non verrà dichiarato come suo elemento formale, ma come necessario per conservare il deposito della fede in modo incolume e per interpretarlo fedelmente. L'esigenza della dottrina non viene indicata come «*credenda*», ma come «*amplectanda ac retinenda*». Nella parte seconda si traggono le conseguenze: chi negasse queste dottrine insegnate definitivamente, contrasta la dottrina della Chiesa cattolica.

Nonostante il nesso molto stretto fra i due paragrafi, sono chiaramente diverse le conseguenze penali. Le mancanze contro il § 2 non configurano l'eresia e perciò non hanno per conseguenza le pene secondo can. 1364 CIC (scomunica) e can. 1436 § 1 CCEO (scomunica maggiore). Il Motu proprio ha inserito anche nel diritto penale dei due codici un cambiamento. A norma del can. 1371 n. 1 CIC (can. 1436 § 2 CCEO) tali mancanze vengono valutate penalmente come mancanze contro l'esigenza del can. 752 CIC (can. 599 CCEO), da cui deriva la necessità dell'inflizione di una pena adeguata.

Il Motu proprio così colma una «*lacuna legis*» evidente da quando è stata promulgata la nuova formulazione della «*professio fidei*». Come

fide tenenda. Kanonistische Erwägungen zu dem Apostolischen Schreiben «*Ordinatio sacerdotalis*» im Lichte des Motu proprio «*Ad tuendam fidem*», in: *Frauen in der Kirche. Eigensein und Mitverantwortung* (a cura di Gerhard Ludwig Müller). Würzburg 1999, 380-399, specialmente 390-399.

(15) Per esempio: can. 750 *a* CIC; can. 598 *a* CCEO.

(16) AAS 90 (1998) 459-460.

tale esso cerca di differenziare, che non tutte le dottrine con carattere definitivo possono esigere lo stesso rango. Anche in questo ambito esiste una «hierarchia veritatum» che ha delle necessarie diversificate conseguenze nel diritto penale.

2. *La Nota dottrinale illustrativa della formula conclusiva della « professio fidei ».*

Benché la Congregazione per la Dottrina della Fede, a suo tempo, con la nuova stesura della formula conclusiva e con la formulazione dei tre commi abbia avuto l'intenzione di «meglio distinguere l'ordine delle verità a cui il credente aderisce», essa ha ritenuto necessario spiegare ulteriormente in modo più esplicito il contenuto in merito⁽¹⁷⁾.

I tre commi della formula conclusiva riguardo al loro significato formale vengono precisati teologicamente nei nn. 5-10; successivamente vengono riportate alcune esemplificazioni (nr. 11). La maggior attenzione è stata riservata ovviamente al secondo comma.

Circa il primo comma viene esposto: «Tali dottrine sono contenute nella Parola di Dio scritta o trasmessa e vengono definite con un giudizio solenne come verità divinamente rivelate o dal Romano Pontefice quando parla "ex cathedra" o dal Collegio dei Vescovi radunato in concilio, oppure vengono infallibilmente proposte a credere dal magistero ordinario e universale. Queste dottrine comportano da parte di tutti i fedeli l'assenso di fede teologale. Per tale ragione chi ostinatamente le mettesse in dubbio o le dovesse negare, cadrebbe nella censura di eresia, come indicato dai rispettivi canoni dei Codici canonici»⁽¹⁸⁾.

Il cosiddetto «giudizio solenne» è il procedimento del Magistero supremo straordinario. In quanto il Collegio dei Vescovi è il suo soggetto, esso può essere attivo anche al di fuori di una riunione (Concilio) tramite un atto formale collegiale⁽¹⁹⁾. Non importa la solennità esterna nel procedere del Collegio episcopale, ma la sua evidenza, nella quale viene espressa la decisione per una definizione.

Significativo è inoltre che la Nota dottrinale abbia precisato la qualificazione di una «verità divinamente rivelata» poco prima come «formalmente rivelata da Dio». Tale espressione lascia spazio per il riferimento delle verità del secondo comma alla rivelazione.

Gli insegnamenti del Romano Pontefice o del Collegio dei Vescovi secondo il terzo comma non godono del carattere definitivo. Essi «sono proposti per raggiungere un'intelligenza più profonda della rivelazione, ovvero per richiamare la conformità di un insegnamento con le verità di

(17) Cfr. Nota dottrinale, nr. 4.

(18) Nota dottrinale, nr. 5.

(19) Cfr. sopra p. 350.

fedele, oppure infine per mettere in guardia contro concezioni incompatibili con queste stesse verità o contro opinioni pericolose che possono portare all'errore»⁽²⁰⁾. Chi respinge pertinacemente una tale dottrina, è da punire con una giusta pena (can. 1371 CIC; can. 1436 § 2 CCEO).

Circa le dottrine del secondo comma qualificate come « definitive » viene esposto che il loro oggetto comprende « tutte quelle dottrine attinenti al campo dogmatico o morale, che sono necessarie per custodire ed esporre fedelmente il deposito della fede, sebbene non siano state proposte dal magistero della Chiesa come formalmente rivelate »⁽²¹⁾. Questa affermazione non deve essere compresa nel senso che si tratti soltanto di norme volte a tutelare il deposito della fede. Piuttosto si tratta di verità che sono « necessariamente connesse con la rivelazione », sebbene esse non vengano « proposte come formalmente rivelate ». Con ciò la Nota dottrinale non esclude che uno sviluppo della storia della fede possa giungere al punto di proclamare alcune di queste dottrine come dogmi di fede divina e cattolica⁽²²⁾. Ciò viene esposto ad esempio circa la dottrina sul primato⁽²³⁾.

La connessione di queste verità con la rivelazione è un fondamentale presupposto materiale. Non si tratta quindi di qualsiasi contenuto. La connessione può realizzarsi in diversi modi, come è esposto nel nr. 3 del Motu proprio. Nei riguardi delle verità formalmente e divinamente rivelate, le verità del secondo comma sono da intendere come contenute « inclusivamente » nella rivelazione o come succedenti da essa « indirettamente ».

La Nota illustrativa sostiene: « Tali dottrine possono essere definite in forma solenne dal Romano Pontefice quando parla "ex cathedra" o dal Collegio dei Vescovi radunato in concilio, oppure possono essere infallibilmente insegnate dal magistero ordinario e universale della Chiesa come "sententia definitiva tenenda" »⁽²⁴⁾. Questa dichiarazione è di

⁽²⁰⁾ Nota dottrinale, nr. 10; cfr. can. 752 CIC; can. 599 CCEO.

⁽²¹⁾ Nota dottrinale, nr. 6.

⁽²²⁾ Cfr. Nota dottrinale, nr. 7, ultima frase.

⁽²³⁾ « Per quanto riguardo le verità del secondo comma, con riferimento a quelle connesse con la rivelazione per necessità logica, si può considerare, ad esempio, lo sviluppo della conoscenza della dottrina legata alla definizione dell'infalibilità del Romano Pontefice, prima della definizione dogmatica del Concilio Vaticano I. Il primato del Successore di Pietro è stato sempre creduto come un dato rivelato sebbene fino al Vaticano I fosse rimasta aperta la discussione se l'elaborazione concettuale sottesa ai termini di "giurisdizione" e "infalibilità" fosse da considerarsi parte intrinseca della rivelazione o soltanto conseguenza razionale. Comunque, anche se il suo carattere di verità divinamente rivelata fu definito nel Concilio Vaticano I, la dottrina sull'infalibilità e sul primato di giurisdizione del Romano Pontefice era riconosciuta come definitiva già nella fase precedente al concilio » (nr. 11).

⁽²⁴⁾ Nota dottrinale, nr. 6.

grande importanza, perché viene chiarito cosa nel Motu proprio non è espresso appunto in modo inequivocabile, cioè: il «magisterium Ecclesiae» del nuovo can. 750 § 2 CIC (can. 598 § 2 CCEO) viene precisato nel senso che tali verità possono essere proposte soltanto nello stesso procedimento del magistero come riguardo il § 1 dello stesso canone. Questa constatazione è decisiva per tutta la valutazione del Motu proprio. Essa significa innanzitutto che riguardo alle «definizioni solenni», anche sotto l'aspetto giuridico, non tutte sono della stessa natura. La differenziazione se una tale definizione giuridica di una verità è da valutare come «formalmente e divinamente rivelata» o come «da desumere indirettamente dalla rivelazione» porta in questo ambito al riconoscimento di una «hierarchia veritatum» che è ormai anche canonicamente tangibile.

Lo stesso vale per le verità trasmesse dal magistero ordinario e universale, solo che in questo caso il fatto della definitività non deriva con la stessa chiarezza, come nel caso delle definizioni, perché l'intenzione del magistero «di proporre una dottrina come definitiva non è generalmente legata a formulazioni tecniche di particolare solennità»⁽²⁵⁾. Un criterio importante può essere visto in ciò che il Romano Pontefice o il Collegio dei Vescovi, a tutela del magistero ordinario autentico (can. 752 CIC; can. 599 CCEO), confermano o riaffermano una dottrina «come verità divinamente rivelata»⁽²⁶⁾ o «come verità della dottrina della Chiesa cattolica»⁽²⁷⁾. Una tale riaffermazione non esclude però, che nel corso di ulteriori sviluppi, diventerà necessaria e si imporrà una definizione formale del magistero straordinario.

Pertanto il completamento dei Codici canonici non è una limitazione, ma al contrario esso sancisce una differenziazione adeguata. In entrambe i casi si tratta del deposito della fede della Chiesa; si sottolinea che da verità diverse si esige una differente adesione. La Nota dottrinale esprime questa differenza con le formule «de fide credenda» (can. 750 § 1 CIC; can. 598 § 2 CCEO) e «de fide tenenda» (can. 750 § 2 CIC; can. 598 § 2 CCEO). La differenziazione si mette in evidenza innanzitutto con la diversità delle sanzioni penali. Negare o dubitare ostinatamente una «veritas de fide credenda» causa la censura di eresia (can. 751 CIC) e porta con sé la rispettiva pena (can. 1364 CIC; can. 1436 § 1 CCEO). Chi nega una «veritas de fide tenenda», assume una posizione di «rifiuto di verità della dottrina cattolica e pertanto non è più in piena comunione con la Chiesa cattolica»⁽²⁸⁾; è da punire con una giusta pena (can. 1371, 1° CIC; can. 1436 § 2 CCEO).

(25) Cfr. Nota dottrinale, nr. 9, nota 17.

(26) Can. 750 § 1 CIC; can. 598 § 1 CCEO.

(27) Can. 750 § 2 CIC; can. 598 § 2 CCEO.

(28) Cfr. nr. 6, capoverso 2.

Sotto l'aspetto canonistico è importante che materialmente, ma anche formalmente una «*veritas de fide tenenda*», per molti riguardi, è più vicina alla «*veritas de fide credenda*» che alle dottrine del magistero autentico non definitivo. Tuttavia la differenza fra le verità della fede è stata ritenuta così importante dal legislatore, che le conseguenze penali concernenti la «*veritas de fide tenenda*» sono da paragonare con le conseguenze giuridiche riguardo alle rispettive mancanze contro l'esigenza del magistero autentico non infallibile⁽²⁹⁾.

3. *Conclusioni circa la qualificazione teologico-canonistica delle dottrine in materia di fede e morale.*

Tenendo conto delle precedenti esposizioni, sulla base della «*Professio fidei*» e della «*Nota dottrinale*», si evince che il termine *definitivo* si applica sia alla *dottrina* sia all'*atto* del Magistero.

Una dottrina può essere insegnata dal magistero della Chiesa come «*definitiva*» sia con un atto definitivo (solenne) sia con un atto ordinario (non solenne). Il Magistero proclama una dottrina definitiva con un atto definitivo o *definitorio* in due modi⁽³⁰⁾:

a) con un pronunciamento solenne del Romano Pontefice «*ex cathedra*»,

b) con un pronunciamento solenne del Concilio Ecumenico.

In entrambi i casi il Magistero esercita il carisma dell'infalibilità.

Il Magistero ordinario del Romano Pontefice può insegnare come definitiva una dottrina in quanto essa appartiene con certezza alla Tradizione universale della Chiesa o viene proposta dal Magistero ordinario e universale dei Vescovi uniti al Romano Pontefice. Ovviamente si deve trattarsi di una dottrina che la Tradizione e la prassi universale della Chiesa propone da sempre come definitiva e permanente⁽³¹⁾.

⁽²⁹⁾ Cfr. cann. 752, 1371 § 1 CIC; cann. 599, 1436 § 2 CCEO.

⁽³⁰⁾ Nota dottrinale, nr. 9: «Il Magistero della Chiesa, insegna una dottrina da credere come divinamente rivelata (1° comma) o da ritenere in maniera definitiva (2° comma), con *atto definitorio* oppure *non definitorio*. Nel caso di un atto *definitorio*, viene definita solennemente una verità con un pronunciamento "ex cathedra" da parte del Romano Pontefice o con l'intervento di un concilio ecumenico».

⁽³¹⁾ Nota dottrinale, nr. 9: «Nel caso di un atto *non definitorio*, viene insegnata infallibilmente una dottrina dal magistero ordinario e universale dei Vescovi sparsi per il mondo in comunione con il Successore di Pietro. Tale dottrina può essere confermata o riaffermata dal Romano Pontefice, anche senza ricorrere ad una definizione solenne, dichiarando esplicitamente che essa appartiene all'insegnamento del magistero ordinario e universale come verità rivelata (1° comma) o come verità della dottrina cattolica (2° comma). Di conseguenza, quando su una dottrina non esiste un giudizio nella forma so-

Nella fattispecie di un pronunciamento del Magistero ordinario pontificio che riafferma e attesta formalmente una dottrina insegnata o applicata unanimemente dal Magistero ordinario e universale, tale pronunciamento gode della stessa infallibilità, propria del Magistero ordinario e universale, sebbene esso non sia presentato nella forma di una definizione solenne.

Occorre distinguere due questioni: una cosa è sapere se una dottrina è insegnata in modo definitivo; altra cosa è sapere se la dottrina insegnata in modo definitivo è anche proposta formalmente come divinamente rivelata o se è proposta come connessa intrinsecamente con la rivelazione o comunque è necessaria per custodire ed esporre il deposito della fede⁽³²⁾.

Si è soliti distinguere tra «dottrina de fide divina et catholica credenda» (cioè dottrina divinamente rivelata, dogma di fede) e dottrine «de fide tenenda» (o verità cattoliche, dottrina della Chiesa cattolica).

Sia le dottrine divinamente rivelate (de fide credenda) sia le verità cattoliche (de fide tenenda) sono insegnamenti definitivi, che pertanto esigono l'assenso pieno, irrevocabile e incondizionato dei fedeli. La differenza si riferisce solo al ruolo della virtù soprannaturale della fede nell'assenso. Chi dissente circa le dottrine di fede divina e cattolica, cade nell'eresia. Chi dissente circa le dottrine della Chiesa cattolica o verità cattoliche, cade nell'errore dottrinale.

Differente è invece il caso degli insegnamenti del *Magistero ordinario autentico* proposti come non definitivi. Essi esigono l'ossequio della volontà e dell'intelletto.

Si propone qui di seguito la nuova normativa canonica in forma di una tabella sinottica, alla luce del Motuo proprio, della *Professio fidei* e della Nota illustrativa.

lenne di una definizione, ma questa dottrina, appartenente al patrimonio del *depositum fidei*, è insegnata dal magistero ordinario e universale — che include necessariamente quello del Papa —, essa allora è da intendersi come proposta infallibilmente. La dichiarazione di conferma o riaffermazione da parte del Romano Pontefice in questo caso non è un nuovo atto di dogmatizzazione, ma l'attestazione formale di una verità già posseduta e infallibilmente trasmessa dalla Chiesa».

⁽³²⁾ Secondo la dottrina di *Lumen gentium* (nr. 25) l'infallibilità della Chiesa si estende non solo al deposito della fede, ma anche a tutto ciò che è necessario perché esso possa esser custodito ed esposto come si deve. La Dichiarazione «*Mysterium Ecclesiae*» della Congregazione per la Dottrina della Fede (AAS 65 [1973] 396-408) spiega questo testo: «*Extensio vero illius infallibilitatis ad ipsum fidei depositum, est veritas quam Ecclesia inde ab initiis pro comperto habuit in promissionibus Christi esse revelatum*» (nr. 3).

<p>CIC dopo il Motu proprio «Ad tuendam fidem»⁽³³⁾</p>	<p>Professio fidei - «Nota illustrativa»</p>
<p>Can. 750 § 1. Fide divina et catholica ea omnia credenda sunt quae verbo Dei scripto vel tradito, uno scilicet fidei deposito Ecclesiae commisso, continentur, et insimul ut divinitus revelata proponuntur sive ab Ecclesiae magisterio sollemni, sive ab eius magisterio ordinario et universali, quod quidem communi adhaesione christifidelium sub ductu sacri magisterii manifestatur; tenentur igitur omnes quascumque devitare doctrinas iisdem contrarias.</p>	<p>1° Comma Firma fide quoque credo omnia quae in verbo Dei scripto vel tradito continentur et ab Ecclesia sive sollemni iudicio sive ordinario et universali Magisterio tamquam divinitus revelata credenda proponuntur.</p> <p><i>Dalla Nota dottrinale, nr. 8</i> = <i>veritas «de fide credenda»</i></p>
<p>§ 2. Firmiter etiam amplectanda ac retinenda sunt omnia et singula quae circa doctrinam de fide vel moribus ab Ecclesiae magisterio definitive proponuntur, scilicet quae ad idem fidei depositum sancte custodiendum et fideliter exponendum requiruntur, ideoque doctrinae Ecclesiae catholicae adversatur qui easdem propositiones definitive tenendas recusat.</p>	<p>2° Comma Firmiter etiam amplector ac retineo omnia et singula quae circa doctrinam de fide vel de moribus ab eadem definitive proponuntur.</p> <p><i>Dalla Nota dottrinale, nr. 8</i> = <i>veritas «de fide tenenda»</i></p>
<p>Can. 752 Non quidem fidei assensus, religiosum tamen intellectus et voluntatis obsequium praestandum est doctrinae quam sive Summus Pontifex sive Collegium Episcoporum de fide vel de moribus enuntiant cum magisterium authenticum exercent, etsi definitivo actu eandem proclamare non intendant; christifideles ergo devitare curent quae cum eadem non congruant.</p>	<p>3° Comma Insuper religioso voluntatis et intellectus obsequio doctrinis adhaereo quas sive Romanus Pontifex sive Collegium episcoporum enuntiant etsi non definitivo actu eandem proclamare intendant.</p>
<p>Can. 1364 § 1. Apostata a fide, haeticus vel schismaticus in excommunicationem latae sententiae incurrit, firmo praescripto c. 194, § 1 n. 2; clericus praeterea potest poenis,</p>	<p><i>Dalla Nota dottrinale, nr. 5:</i> «Queste dottrine comportano da parte di tutti i fedeli l'assenso di fede teologale. Per tale ragione chi ostinatamente le mettesse in dubbio o le dovesse negare, cadrebbe</p>

(33) Cambiamenti giuridici in grassetto.

<p>de quibus in c. 1336, § 1, nn. 1,2 et 3, puniri.</p> <p>§ 2. Si diuturna contumacia vel scandali gravitas postulet, aliae poenae addi possunt, non excepta dimissione e statu clericali.</p> <p>c. 1371 Iusta poena puniatur: 1° qui, praeter casum de quo in c. 1364 § 1, doctrinam a Romano Pontifice vel a Concilio Oecumenico damnatum docet vel doctrinam, de qua in c. 750 § 2 vel in c. 752, pertinaciter respuit, et ab Apostolica Sede vel ab Ordinario admonitus non retractat. 2° qui aliter Sedi Apostolicae, Ordinario, vel Superiori legitime praecipienti vel prohibenti non obtemperat, et post monitum in inoboedientia persistit.</p>	<p>nella censura di eresia, come indicato dai rispettivi canoni dei Codici canonici».</p> <p><i>Dalla Nota dottrinale, nr. 6:</i> «Ogni credente, pertanto, è tenuto a prestare a queste verità il suo assenso fermo e definitivo, fondato sulla fede nell'assistenza dello Spirito Santo al magistero della Chiesa, e sulla dottrina cattolica dell'infallibilità del magistero in queste materie. Chi le negasse, assumerebbe una posizione di rifiuto di verità della dottrina cattolica e pertanto non sarebbe più in piena comunione con la Chiesa cattolica».</p>
--	---

C) *Riflessioni dottrinali conclusive.*

Circa l'attuale problematica riguardo al Motu proprio *Ad tuendam fidem* e alla «Nota dottrinale illustrativa della formula conclusiva della *Professio fidei*» è da richiamare l'attenzione sul valore differente dei due testi. Il primo è un documento dottrinale. Il secondo, invece, è un commento autorevole che intende spiegare il valore dottrinale dei tre commi aggiunti alla *Professio fidei* che si riferiscono alla qualificazione teologica delle dottrine e all'ordine dell'adesione da parte del credente.

Questo testo è stato elaborato dalla Congregazione per la Dottrina della Fede e approvato dalla Sessione Ordinaria dei Cardinali; esso è stato successivamente approvato anche dal Santo Padre⁽³⁴⁾. Però si è convenuto che questo testo non venga considerato come nuovo documento dottrinale, ma esso viene offerto come illustrazione alla *Professio fidei*. Per significare però che non si tratta solo di un lavoro privato da parte del Prefetto o del Segretario di questo Dicastero, ma di un aiuto autorizzato per comprendere bene i testi, si è deciso per la modalità della pubblicazione scelta. Perciò tutti gli esempi citati non ricevono tra-

(34) Cfr. Joseph Kardinal Ratzinger, *Das Bekenntnis des Glaubens und die Glaubenszustimmung. Richtigstellung zu einem Artikel von Pater Ladislav Örsy SJ über das päpstliche Motu proprio «Ad tuendam fidem»* in: *Deutsche Tagespost*, 19. Dezember 1998, p. 5.

mite questo testo un'importanza che essi non avrebbero avuto già prima⁽³⁵⁾.

Le verità del primo comma — al quale appartengono tutte quelle dottrine di fede divina e cattolica che la Chiesa propone come divinamente e formalmente rivelate e, come tali, irreformabili — esigono da parte dei credenti l'assenso con fede teologale.

Nel secondo comma — che comprende tutte quelle dottrine attinenti al campo dogmatico o morale che sono necessarie per custodire ed esporre fedelmente il deposito della fede, sebbene non siano state proposte dal magistero della Chiesa come formalmente rivelate — si afferma che il credente è tenuto a prestare ad esse il suo assenso fermo e definitivo.

Le dottrine del terzo comma infine — a cui appartengono tutti quegli insegnamenti, in materia di fede o morale, presentati come veri o almeno come sicuri, anche se non sono stati definiti con giudizio solenne né proposti come definitivi dal magistero ordinario e universale — richiedono, come espressione autentica del magistero ordinario del Romano Pontefice e del Collegio dei Vescovi, l'ossequio religioso della volontà e dell'intelletto.

Il Giuramento di fedeltà prescritto nell'assumere un Ufficio ecclesiastico da esercitare a nome della Chiesa, circa il contenuto non è nuovo; è stato semplicemente ampliato l'arco di quelli che sono obbligati a prestarlo.

Le obiezioni più significative si sono sollevate sul secondo comma, cioè su quelle verità che il magistero ordinario e universale della Chiesa propone da ritenere in modo definitivo⁽³⁶⁾.

In seguito ad una riflessione più approfondita, la dimensione storica della rivelazione ha reso più evidente e ha portato con sé una differenziazione più significativa circa gli insegnamenti dottrinali. Una comprensione più approfondita del deposito della fede ha permesso di distinguere fra un oggetto primario (lo stesso deposito della fede) e un oggetto secondario dell'infallibilità (ciò che è necessario per interpretarlo e difenderlo). Sotto questo aspetto storico sono da considerare i diversi gradi dell'adesione.

La denominazione del secondo grado (dell'oggetto secondario dell'infalibilità) perciò non significa una espansione della esigenza dottrinale, ma una differenziazione chiesta dalla coscienza storica. Poiché i

(35) Sono stati elencati soltanto esempi tali, il cui significato risulti o da documenti magisteriali o per i quali esista un consenso da parte di «auctores probati». Cfr. *ibid.*

(36) Al riguardo cfr. Adriano Garuti, *Il problema del dissenso alla luce della Nota dottrinale illustrativa della formula conclusiva della « Professio fidei »*, in: *L'Osservatore Romano* del 11 luglio 1998.

due modi della definitività dell'assenso (de fide credenda - de fide tenenda) risultano dalla stessa certezza della fede e della vita della Chiesa, è importante sottolineare che riguardo al carattere irrevocabile dell'assenso da prestare alle rispettive dottrine non esiste una differenza qualitativa.

Mentre circa le verità del primo comma l'assenso si basa direttamente sulla fede nell'autorità del verbo di Dio (de fide credenda), l'assenso riguardante le verità del secondo comma si basa sulla fede nell'assistenza dello Spirito Santo al magistero della Chiesa, e sulla dottrina cattolica dell'infalibilità del magistero in queste materie (de fide tenenda). Il fatto che queste dottrine non sono proposte come formalmente rivelate, in quanto aggiungono al deposito della fede elementi non rivelati o non ancora espressamente riconosciuti come tali, nulla toglie al loro carattere definitivo, che è richiesto dal legame intrinseco con la verità rivelata.

In ultima analisi è possibile che il magistero, in virtù di un crescente sapere della fede della Chiesa e di una conoscenza più approfondita, possa giungere a proclamare alcune di queste dottrine anche come dogmi. Il secondo comma della formula conclusiva della *Professio fidei*, quindi, non è un'aggiunta ingiustificata, ma — al contrario — una specificazione del deposito della fede ancorata al sapere della vita della Chiesa.

Georg Gänswein

ATTI DELLA SANTA SEDE

CONGREGAZIONE DELLA DOTTRINA DELLA FEDE, **Nota introduttiva alla Lettera apostolica di Giovanni Paolo II in forma di « Motu proprio » *Ad tuendam fidem***, 29 giugno 1998 (*L'Osservatore Romano*, 30 giugno-1 luglio 1998, p. 1)

La Congregazione per la Dottrina della Fede pubblicava in data 9 gennaio 1989 le nuove Formule della Professio Fidei et Iusiurandum fidelitatis in suscipiendo officio nomine Ecclesiae exercendo (AAS, 81/1989, 104-106), in sostituzione della Formula precedente del 1967. Tali Formule venivano approvate dal Romano Pontefice con apposito Rescritto (Rescriptum ex Audientia SS.mi Quod attinet, Formulas professionis fidei et iuris iurandi fidelitatis contingens foras datur, 19 septembris 1989, in: AAS, 81/1989, p. 1169). Considerato che il nuovo Codice di Diritto canonico, che era stato già promulgato il 25 gennaio 1983, non conteneva nell'ambito del testo autentico in Acta Apostolicae Sedis la nuova formula della Professio Fidei che, oltre al simbolo niceno-costantinopolitano, enuncia tre categorie di verità, si poneva in evidenza il fatto che nel Codice di Diritto Canonico, e successivamente, nel Codice dei Canonici delle Chiese Orientali, mancava la determinazione giuridica, disciplinare e penale della seconda categoria di verità.

Di conseguenza, posta nella giusta evidenza la lacuna nella legislazione universale della Chiesa, attesa l'impellente necessità di prevenire e confutare opinioni di teologi insorgenti contro tale seconda categoria di verità, il Santo Padre ha inteso promulgare la Lettera Apostolica « Ad tuendam fidem », con la quale si stabiliscono norme precise nella legislazione canonica in relazione alla seconda categoria di verità, espressa nel 2° comma della Formula conclusiva della Professio Fidei, mediante un'integrazione codiciale nei cann. 750 e 1371, n. 1 del CIC, e nei cann. 598 e 1436 del CCEO.

CONGREGAZIONE DELLA DOTTRINA DELLA FEDE, **Nota di presentazione della Professio fidei et iusiurandum fidelitatis in suscipiendo officio nomine ecclesiae exercendo**, 29 giugno 1998 (*L'Osservatore Romano*, 30 giugno-1 luglio 1998, p. 4).

I fedeli chiamati ad esercitare un ufficio in nome della Chiesa sono tenuti ad emettere la « Professione di fede », secondo la formula approvata

dalla Sede Apostolica (cfr can. 833). Inoltre, l'obbligo di uno speciale «Giuramento di fedeltà» concernente i particolari doveri inerenti all'ufficio da assumere, in precedenza prescritto solo per i Vescovi, è stato esteso alle categorie nominate al can. 833, nn. 5-8. Si è reso necessario, pertanto, provvedere a predisporre i testi atti allo scopo, aggiornandoli con stile e contenuto più conformi all'insegnamento del Concilio Vaticano II e dei documenti successivi.

Come formula della «Professio fidei» viene riproposta integralmente la prima parte del precedente testo in vigore dal 1967 e contenente il Simbolo niceno-costantinopolitano⁽¹⁾. La seconda parte è stata modificata, suddividendola in tre commi ai fini di meglio distinguere il tipo di verità e il relativo assenso richiesto.

La formula dello «Iusiurandum fidelitatis in suscipiendo officio nomine Ecclesiae exercendo», intesa come complementare alla «Professio fidei», è stabilita per le categorie di fedeli elencate al can. 833, nn. 5-8. È di nuova composizione; in essa sono previste alcune varianti ai commi 4 e 5 per il suo uso da parte dei Superiori maggiori degli Istituti di vita consacrata e delle Società di vita apostolica (cfr can. 833, n. 8).

I testi delle nuove formule di «Professio fidei» e di «Iusiurandum fidelitatis» entreranno in vigore dal 1. marzo 1989.

CONGREGAZIONE DELLA DOTTRINA DELLA FEDE, **Professio fidei et iusiurandum fidelitatis in suscipiendo officio nomine Ecclesiae exercendo una cum nota doctrinale adnexa**, 29 giugno 1998 (AAS 90 [1998], p. 542-551) (*).

I

PROFESSIO FIDEI

(Formula deinceps adhibenda in casibus in quibus iure praescribitur Professio Fidei).

Ego N. firma fide credo et profiteor omnia et singula quae continentur in Symbolo fidei, videlicet:

Credo in unum Deum Patrem omnipotentem, factorem coeli et terrae, visibilium omnium et invisibilium et in unum Dominum Iesum Christum, Filium Dei unigenitum, et ex Patre natum ante omnia saecula, Deum de Deo, lumen de lumine, Deum verum de Deo vero, genitum non factum, consubstantialem Patri per quem omnia facta sunt, qui propter nos homines et propter nostram salutem descendit de coelis, et

(1) Cfr ASS 59 (1967), p. 1058.

(*) Vedi nota di G. Gänswein nelle pagine precedenti.

incarnatus est de Spiritu Sancto, ex Maria Virgine, et homo factus est; crucifixus etiam pro nobis sub Pontio Pilato, passus et sepultus est; et resurrexit tertia die secundum Scripturas, et ascendit in coelum, sedet ad dexteram Patris, et iterum venturus est cum gloria iudicare vivos et mortuos, cuius regni non erit finis; et in Spiritum Sanctum Dominum et vivificantem, qui ex Patre Filioque procedit; qui cum Patre et Filio simul adoratur et conglorificatur qui locutus est per Prophetas; et unam sanctam catholicam et apostolicam Ecclesiam. Confiteor unum baptisma in remissionem peccatorum, et exspecto resurrectionem mortuorum, et vitam venturi saeculi, Amen.

Firma fide quoque credo ea omnia quae in verbo Dei scripto vel tradito continentur et ab Ecclesia sive sollemni iudicio sive ordinario et universali Magisterio tamquam divinitus revelata credenda proponuntur.

Firmiter etiam amplector ac retineo omnia et singula quae circa doctrinam de fide vel moribus ab eadem definitive proponuntur.

Insuper religioso voluntatis et intellectus obsequio doctrinis adhaereo quas sive Romanus Pontifex sive Collegium episcoporum enuntiant cum Magisterium authenticum exercent etsi non definitivo actu easdem proclamare intendant.

II

IUSIURANDUM FIDELITATIS IN SUSCIPIENDO OFFICIO NOMINE ECCLESIAE EXERCENDO

(Formula adhibenda a christifidelibus de quibus in can. 833, nn. 5-8)

Ego N. in suscipiendo officio ... promitto me cum catholica Ecclesia communionem semper servaturum, sive verbis a me prolatis, sive mea agendi ratione.

Magna cum diligentia et fidelitate onera explebo quibus teneor erga Ecclesiam, tum universam, tum particularem, in qua ad meum servitium, secundum iuris praescripta, exercendum vocatus sum.

In munere meo adimplendo, quod Ecclesiae nomine mihi commissum est, fidei depositum integrum servabo, fideliter tradam et illustrabo; quascumque igitur doctrinas iisdem contrarias devitabo.

Disciplinam cunctae Ecclesiae communem sequar et fovebo observantiamque cunctarum legum ecclesiasticarum, earum imprimis quae in Codice Iuris Canonici continentur, servabo.

Christiana oboedientia prosequar quae sacri Pastores, tamquam authentici fidei doctores et magistri declarant aut tamquam Ecclesiae rectores statuunt, atque Episcopis dioecesanis fideliter auxilium dabo, ut actio apostolica, nomine et mandato Ecclesiae exercenda, in eiusdem Ecclesiae communionem peragatur.

Sic me Deus adiuvet et sancta Dei Evangelia, quae manibus meis tango.

(Variationes paragraphi quartae et quintae formulae iurisiurandi, adhibendae a christifidelibus de quibus in can. 833, n. 8)

Disciplinam cunctae Ecclesiae communem fovebo observantiamque cunctarum legum ecclesiasticarum urgebo, earum imprimis quae in Codice Iuris Canonici continentur.

Christiana oboedientia prosequar quae sacri Pastores, tamquam authentici fidei doctores et magistri declarant, aut tamquam Ecclesiae rectores statuunt, atque cum Episcopis dioecesanis libenter operam dabo, ut actio apostolica, nomine et mandato Ecclesiae exercenda, salvis indole et fine mei Instituti, in eiusdem Ecclesiae communione peragatur.

NOTA DOCTRINALIS PROFESSIONIS FIDEI FORMULAM EXTREMAM ENUCLEANS

1. Inde ab ipsis primordiis Ecclesia fidem in Dominum crucifixum et resuscitatum formulis summam credendi conglobantibus usa profitebatur. Cuius summae medulla, id est mors et resurrectio Domini Iesu Christi, imprimis formulis simplicibus, deinde plenioribus⁽¹⁾ declarata, professionum fidei seriem continuam edere permisit in quibus Ecclesia sive ea quae ab ore operibusque Christi acceperat, sive quae « a Spiritu Sancto suggerente⁽²⁾ didicerat, tradebat.

Ipsum Novum Testamentum testis est praecipuus primae professionis discipulorum statim post eventus Paschales effectae: « Tradidi enim vobis in primis, quod et accepi, quoniam Christus mortuus est pro peccatis nostris secundum Scripturas et quia sepultus est et quia suscitatus est tertia die secundum Scripturas et quia visus est Cephae et post haec Duodecim⁽³⁾ ».

⁽¹⁾ Formulae simplices adimpletionem Messianicam Iesu Nazareni profiteri solent; cfr, exempli gratia, *Mt* 8, 29; *Mt* 16, 16; *Lc* 9, 20; *Io* 20, 31; *Act* 9, 22. Formulae autem pleniores praeter resurrectionem eventus vitae Iesu principales eorumque sensum salvificum profitentur; cfr, exempli gratia *Mt* 12, 35-36; *Act* 2, 23-24; *1 Cor* 15, 3-5; *1 Cor* 16, 22; *Pbil.* 2, 7.10-11; *Col* 1, 15-20; *1 Pet* 3, 19-22; *Apc* 22, 20. Praeter confessionis fidei formulas ad historiam salutis atque ad narrationem vitae Iesu Nazareni cuius culmen fuit Pascha, pertinentes, in Novo Testamento inveniuntur professiones fidei quae ad ipsam Iesu existentiam respiciant; cf *1 Cor* 12, 3: « Dominus Iesus ». Apud *Rom* 10, 9 ambae confessionis formulae una inveniuntur.

⁽²⁾ Cfr Concilium Oecumenicum Vaticanum II, Constitutio Dogmatica *Dei Verbum*, n. 7.

⁽³⁾ *1 Cor* 15, 3-5.

2. Saeculorum decursu ex hac medulla immutabili Iesum Filium Dei et Dominum declarante symbola unitatem fidei et communionem Ecclesiarum testimonio confirmantia sunt orta. In illis veritates principales singulis fidelibus cognoscendae et profitendae continentur. Idcirco, antequam Baptismate lavetur, catechumenus professionem fidei pronuntiare debet. Etiam Patres ad concilia congregati, ut usui vitae necessario alias alio quippe qui veritates fidei plenius exhibendas necnon orthodoxiam defendendam postularet, praesto essent, nova exaraverunt symbola quae usque ad hodiernum diem «in vita Ecclesiae locum obtinent prorsus particularem»⁽⁴⁾. In varietate illorum symbolorum unica eminet fides nec ullum symbolum a posteriore professione fidei secundum nova rerum adiuncta concepta exsuperatum vel supervacaneum est redditum.

3. Domini Christi promissio Spiritus Sancti donandi, qui «deducet ... in omnem veritatem»⁽⁵⁾, Ecclesiam itinerantem perpetuo sustinet. Ideo saeculis elapsis quaedam veritates tamquam Spiritus Sancti auxilio comparatae sunt definitae, qua de causa itinera visibilia ad promissionem primariam adimplendam habentur. Aliae tamen veritates adhuc altius sunt intellegendae, antequam plene comprehendatur id quod Deus mysterio amoris hominibus ad eorum salutem obtinendam revelare voluit⁽⁶⁾.

Nuperrime quoque Ecclesia ob studium pastorale opportunum duxit fidem priscam apertius explanare. Praeterea quibusdam fidelibus ad munera peculiaria nomine Ecclesiae in communitate fungenda vocatis traditum est officium coram omnibus professionis fidei iuxta formulam a Sede Apostolica approbatam pronuntiandae⁽⁷⁾.

4. Haec nova *Professionis fidei* formula symbolum Nicaenum-Constantinopolitanum rursus proponens ad finem perducitur tribus sententiis seu commatibus additis, quorum finis est ordines veritatis quibus fidelis adhaereat melius discernere. Operae pretium est horum commatum explanationem enucleare ita ut sensus primarius a Magisterio Ecclesiae praebitus bene intellegatur, recipiatur, integre conservetur.

Hodiernis quidem temporibus verbum «Ecclesia» variis significationibus imbuatur quae, licet verae et congruentes, tamen distinctius sunt designandae, cum de muneribus peculiaribus et propriis agatur eorum qui in Ecclesia operam dant. Quod ad quaestiones fidei vel discipli-

(4) *Catechismus Catholicae Ecclesiae*, n. 193.

(5) *Io* 16, 13.

(6) Cfr Concilium Oecumenicum Vaticanum II, *Constitutio Dogmatica Dei Verbum*, n. 11.

(7) Cfr Congregatio pro Doctrina Fidei, *Professio fidei et Iusiurandum fidelitatis*: AAS 81 (1989) 104-106; CIC, can. 833.

nae moralis spectat, patet tantum Summum Pontificem et Collegium Episcoporum in communione cum ipso commorantium auctoritate docendi fidelesque obligandi pollere⁽⁸⁾. Episcopi enim «doctores authentici» fidei sunt «seu auctoritate Christi praediti⁽⁹⁾, quia divina institutione Apostolis successerunt «in magisterio et regimine pastorali»; illi una simul cum Romano Pontifice supremam plenamque potestatem in universam Ecclesiam exercent, quae quidem potestas nonnisi Romano Pontifice consentiente exerceri potest⁽¹⁰⁾.

5. Primi commatis formula: «Firma fide quoque credo ea omnia quae in verbo Dei scripto vel tradito continentur et ab Ecclesia sive sollemni iudicio sive ordinario et universali Magisterio tamquam divinitus revelata credenda proponuntur» affirmatur obiectum docendi in omnibus doctrinis fidei divinae et catholicae constitui quae ab Ecclesia tamquam divinitus et rite revelatae, et ut tales immutabiles, proponuntur⁽¹¹⁾.

Huius generis doctrinae *in Verbo Dei scripto seu tradito continentur atque sententia sollemni tamquam veritates divinitus revelatae sive a Romano Pontifice «ex cathedra» loquente sive a Collegio Episcoporum ad concilium congregato definiuntur, sive dein a Magisterio ordinario et universali ad credendum infallibiliter proponuntur.*

Hae doctrinae ex omnibus fidelibus assensum fidei theologalis exigunt. Proinde, si quis de iisdem contumaciter dubitaverit seu eas negaverit, censuram haereseos subibit, sicut in canonibus Codicis canonici ad rem attinentibus indicatur⁽¹²⁾.

6. *Professionis fidei* sententia secunda asserit: «Firmiter etiam amplector ac retineo omnia et singula quae circa doctrinam de fide vel moribus ab eadem definitive proponuntur.» Huius formulae obiectum docendi comprehendit *omnes doctrinas ad scientiam dogmaticam et moralem⁽¹³⁾ attinentes ad depositum fidei fideliter custodiendum et exponendum necessarias, licet a Magisterio Ecclesiae tamquam rite revelatae non sint propositae.*

(8) Cfr Concilium Oecumenicum Vaticanum II, Constitutio Dogmatica *Lumen Gentium*, n. 25.

(9) *Ibid.*

(10) Cfr Concilium Oecumenicum Vaticanum II, Constitutio Dogmatica *Lumen Gentium*, n. 22.

(11) Cfr DS 3074.

(12) Cfr CIC cann. 750 et 751; 1364 § 1; CCEO cann. 598; 1436 § 1.

(13) Cfr Paulus VI, Litterae Encyclicae *Humanae Vitae*, n. 4: ASS 60 (1968) 483; Ioannes Paulus II, Litterae Encyclicae *Veritatis Splendor*, nn. 36-37: ASS 85 (1993) 1162-1163.

Huiusmodi doctrinae *forma sollemni a Romano Pontifice «ex cathedra» loquente vel a Collegio Episcoporum ad concilium congregatorum definiri possunt, aut a Magisterio ordinario et universali Ecclesiae ut «sententia definitive tenenda»*⁽¹⁴⁾ doceri. Unusquisque autem fidelis iis veritatibus *firmiter et definitive assentiri debet fide de auxilio a Spiritu Sancto Magisterio Ecclesiae praebito necnon doctrina catholica de infallibilitate Magisterii his in rebus innitens*⁽¹⁵⁾. Si quis illas negaverit, *veritatem doctrinae catholicae*⁽¹⁶⁾ *respuere videbitur eoque ipso in comunione cum Ecclesia catholica amplius non erit plena.*

7. Veritates ad secundum comma pertinentes variae naturae esse possunt variaque indole imbuuntur, quod a relatione earundem cum revelatione pendet. Exstant enim veritates *nexu historico* cum revelatione necessarie coniunctae; aliae autem veritates *conexionem logicam* ostendunt quae iter est conscientiae circa eandem revelationem perficiendae ad quod absolvendum Ecclesia vocatur. Quamquam eae doctrinae ad rite revelatae non proponuntur quippe quae fidei *elementa non revelata vel nondum ut talia expressim agnita* addant, insoles tamen definitiva iis non deest quae etiam nexu interiore cum veritate revelata demonstratur. Praeterea infitiandum non est processu dogmatico maturescente intelligentiam tum rerum veritatum cum verborum depositi fidei in vita Ecclesiae progredi posse necnon Magisterium aliquas earum doctrinarum dogmata fidei divinae et catholicae proclamare valere.

8. Quod ad naturam *assensionis* erga veritates quae vel tamquam divinitus revelatae ab Ecclesia proponuntur (in primo commate) vel tamquam definitivae sunt habendae (in secundo commate), magni est momenti in lucem proferre indolem assensionis erga utraque praecepta eodem modo esse plenam et irrevocabilem. Differentia ad virtutem supernaturalem fidei spectat: assensio enim erga veritates primi commatis recta via fide de auctoritate Verbi Dei innititur (doctrinae *de fide credenda*); fundamenta autem assensionis erga veritates secundi commatis in fide de auxilio a Spiritu Sancto Magisterio praebito et in doctrina catholica de infallibilitate Magisterii (doctrinae *de fide tenenda*) ponuntur.

9. Utcumque Magisterium Ecclesiae doctrinam *tamquam divinitus revelatam credendam* (in primo commate) aut *definitive retinendam* (in secundo commate) *actu definitivo* aut *non definitivo* docet. Si de *actu de-*

⁽¹⁴⁾ Cfr Concilium Oecumenicum Vaticanum II, Constitutio Dogmatica *Lumen Gentium*, n. 25.

⁽¹⁵⁾ Cfr Concilium Oecumenicum Vaticanum II, Constitutio Dogmatica *Dei Verbum*, nn. 8 et 10; Congregatio pro Doctrina Fidei, Declaratio *Mysterium Ecclesiae*, n. 3: ASS 65 (1973) 400-401.

⁽¹⁶⁾ Cfr Ioannes Paulus II, Motu proprio *Ad tuendam fidem*, d. 18 m. Maii A.D. MIIII.

finitivo agitur, veritas sollemniter definitur pronuntiatione Romani Pontificis « ex cathedra » aut interventu concilii oecumenici. Sin de actu non definitivo agitur, doctrina a Magisterio ordinario et universali Episcoporum qui ubique terrarum in communione cum Successore Petri versantur, *infallibiliter* docetur. *Huiusmodi doctrina confirmari seu iterum affirmari potest a Romano Pontifice nulla etiam definitione sollemni pronuntiatam* declarante eandem doctrinam ad institutionem Magisterii ordinarii et universalis tamquam veritatem divinitus revelatam (in primo comate) aut tamquam veritatem doctrinae catholicae (in secundo comate) pertinere. Idcirco, cum de aliqua doctrina nullum in forma sollemni definitionis exstet iudicium, sed eadem a Magisterio ordinario et universali — in cuius numerum Papa necessarie confertur — doceatur quippe quae ad patrimonium *depositi fidei* respiciat, intellegenda est tunc tamquam *infallibiliter* proposita ⁽¹⁷⁾. Ergo Romani Pontificis *declaratio confirmandi* seu *iterum affirmandi* actus dogmatizationis novus non est, sed confirmatio formalis veritatis ab Ecclesia iam obtentae atque *infallibiliter* traditae.

10. Tertia *Professionis fidei* sententia affirmat: « Insuper religioso voluntatis et intellectus obsequio doctrinis adhaereo quas sive Romanus Pontifex sive Collegium episcoporum enuntiant cum Magisterium authenticum exercent etsi non definitivo actu easdem proclamare intendunt ».

Ad hoc comma pertinet *omnis institutio de fide et de re morali tamquam vera aut saltem tamquam certa exhibita, licet iudicio sollemni non definita nec a Magisterio ordinario et universali tamquam definita proposita*. Nihilominus tamen tales institutiones Magisterium ordinarium Romani Pontificis seu Collegii Episcopalis authentice significant ideoque *obsequium religiosum voluntatis et intellectus* ⁽¹⁸⁾ postulant. Proponuntur quidem ad altiorem revelationis intellegentiam obtinendam vel ad conformitatem alicuius doctrinae cum veritate fidei revocandam, vel tandem ad vigilantiam contra notiones ab iisdem veritatibus abhorrentes

⁽¹⁷⁾ Oportet notetur institutionem *infallibilem* Magisterii ordinarii et universalis non tantum declaratione doctrinae credendae et definitive tenendae aperta proponi, sed etiam doctrina in Ecclesiae consuetudine fidei impliciter contenta exprimi, cum ea a revelatione derivetur aut utcumque ad salutem aeternam sit necessaria atque Traditionis continuae testimonio confirmata; cuiusmodi institutio *infallibilis* a toto corpore episcopali reapse proponi videtur sensu etiam diachronico nec necessarie solummodo synchronico intellectu. Praeterea Magisterii ordinarii et universalis consilium doctrinae tamquam definitivae proponendae a formulis technicis nimis sollemnibus pendere non solet; satis est hoc tenore verborum eorumque nexu patefieri.

⁽¹⁸⁾ Cfr Concilium Oecumenicum Vaticanum II, Constitutio Dogmatica *Lumen Gentium*, n. 25; Congregatio pro Doctrina Fidei, Instructio *Donum Veritatis*, n. 23: ASS 82 (1990) 1559-1560.

vel contra sententias periculosas atque in errores inducentes excitandam⁽¹⁹⁾.

Omne propositum talibus doctrinis contrarium *falsum* est iudicandum vel, si de institutione praecavendi causa facta agatur, *temerarium* seu *periculosum* ideoque «*tuto doceri non potest*»⁽²⁰⁾.

11. *Exempla*. Nec absolute vel perfecte, sed tantum illustrandi causa quaedam exempla doctrinarum ad tria supra dicta commata pertinentium afferentur.

Ad primi commatis veritates pertinent articuli fidei Credo, varia dogmata christologica⁽²¹⁾ et Mariana⁽²²⁾; doctrina institutionis sacramentorum a Christo eorumque efficacia quod ad gratiam⁽²³⁾; doctrina de Christi praesentia reali et substantiali in eucharistia⁽²⁴⁾ et celebrationis eucharisticae natura sacrificata⁽²⁵⁾; constitutio Ecclesiae voluntate Christi⁽²⁶⁾; doctrina de Romani Pontificis primatu et infallibilitate⁽²⁷⁾; doctrina de peccati originalis existentia⁽²⁸⁾; doctrina de animae spiritalis immortalitate et de remuneratione statim post mortem praesenti⁽²⁹⁾; absentia erroris in scriptis sacris inspiratis⁽³⁰⁾; doctrina de gravi turpitudine occisionis hominis innocentis directae et voluntariae⁽³¹⁾.

Quod ad *veritates secundi commatis* respicit, id est illas necessitudine logica cum Revelatione conexas, exempli gratia notari licet incrementum intelligentiae doctrinae ad definitionem infallibilitatis Romani Pontificis attinentis ante dogma Concilii Vaticani I definitum. Successoris Petri primatus semper res revelata credebatur, tametsi usque ad Concilium Vaticanum I disceptabatur utrum notiones «iurisdictionis» et «infallibilitatis» pars interior revelationis essent an tantum effectus rationales. Quamquam eius indoles veritatis divinitus revelatae inter Concilium Vaticanum I est definita, nihilominus tamen doctrina de infallibi-

(19) Cfr Congregatio pro Doctrina Fidei, Instructio *Donum Veritatis*, nn. 23 et 24: *ASS* 82 (1990) 1559-1561.

(20) Cfr *CIC* cann. 752; 1371; *CCEO*, cann. 599; 1436 § 2.

(21) Cfr *DS* 301-302.

(22) Cfr *ibid.*, 2803; 3903.

(23) Cfr *ibid.*, 1601; 1606.

(24) Cfr *ibid.*, 1636.

(25) Cfr *ibid.*, 1740; 1743.

(26) Cfr *ibid.*, 3050.

(27) Cfr *ibid.*, 3059-3075.

(28) Cfr *ibid.*, 1510-1515.

(29) Cfr *ibid.*, 1000-1002.

(30) Cfr *ibid.*, 3293; Concilium Oecumenicum Vaticanum II, Constitutio Dogmatica *Dei Verbum*, n. 11.

(31) Cfr Ioannes Paulus II, Litterae Encyclicae *Evangelium Vitae*, n. 57: *ASS* 87 (1995) 465.

litate et de primatu iurisdictionis Romani Pontificis iam ante concilium tamquam definitiva erat agnita. Historia igitur dilucide ostendit id quod conscientia Ecclesiae esset exceptum, inde a primordiis doctrinam veram esse habitum et deinceps definitivam retentum, sed tantum post ultimum gradum definitionis Concilii Vaticani I tamquam veritatem divinitus revelatam acceptum.

Quod autem ad praeceptum recentius circa doctrinam de ordinatione sacerdotali viris tantummodo reservata spectat, similis progressus est considerandus. Summus Pontifex, qui ad definitionem dogmaticam pervenire noluerit, statuit tamen iterum affirmare talem doctrinam definitive⁽³²⁾ esse retinendam quippe quae Verbo Dei scripto innitens continuo conservata et in Traditione Ecclesiae adhibita a Magisterio ordinario et universali infallibiliter esset proposita⁽³³⁾. Nihil impedit, ut exemplum superius demonstrare potest, quominus futuris temporibus conscientia Ecclesiae progrediatur ita ut talem doctrinam tamquam divinitus revelatam credendam definiat.

In memoriam revocare licet quoque doctrinam circa interdictionem euthanasiae in Litteris Encyclicis *Evangelium Vitae* praeceptam. Confirmans euthanasiam «gravem divinae Legis esse violationem», Pontifex Maximus explanat quod «haec doctrina lege naturali atque verbo Dei scripto adnixa, Ecclesiae Traditione traducitur atque Magisterio ordinario et universali explicatur⁽³⁴⁾. Videretur doctrinae de euthanasia elementum mere rationale inesse, propterea quod Scriptura hanc notionem novisse non videtur. Alia ex parte hic mutuus eminet internexus inter ordinem fidei atque ordinem rationis: nam Scriptura ab omni forma vitae humanae semetipsam curantis evidenter abhorret, quae quidem in consuetudinem et rationem euthanasiae est coniecta.

Alia exempla doctrinarum moralium quae tamquam definitivae a Magisterio ordinario et universali Ecclesiae docentur, sunt institutiones de interdictione prostitutionis⁽³⁵⁾ et de interdictione fornicationis⁽³⁶⁾.

Exempla veritatum necessitudine historica cum revelatione conexarum quae definitive sunt retinendae, tamquam divinitus tamen revelatae declarari non possunt, haec sunt: electio Summi Pontificis legitima aut celebratio concilii oecumenici legitima, canonizatio sanctorum (*facta*

(32) Cfr Ioannes Paulus II, Litterae Apostolicae *Ordinatio Sacerdotalis*, n. 4: ASS 86 (1994) 548.

(33) Cfr Congregatio pro Doctrina fidei, *Responsum ad dubium circa doctrinam in Epist. Ap. «Ordinatio Sacerdotalis» traditam*: ASS 87 (1995) 1114.

(34) Ioannes Paulus II, Litterae Encyclicae *Evangelium Vitae*, n. 65: ASS 87 (1995) 477.

(35) Cfr *Catechismus Catholicae Ecclesiae*, n. 2355.

(36) Cfr *ibid.*, n. 2353.

dogmatica); Leonis XIII Litteris Apostolicis *Apostolicae Curae* declaratio de ordinationum anglicanarum invaliditate⁽³⁷⁾ ...

Inter exempla *doctrinarum ad tertium comma pertinentium* indicare licet institutiones a Magisterio authentico ordinario non definitive propositas quae varium adhaesionis gradum exigunt secundum sententiam et voluntatem sive documentorum natura, sive frequentia eandem doctrinam proponendi, sive tenore locutionis manifestatam⁽³⁸⁾.

12. Variis symbolis fidei fidelis agnoscit ac testificatur se fidem totius Ecclesiae profiteri. Quamobrem in symbolis praesertim antiquioribus conscientia ecclesialis formula «Credimus» exprimitur. Ut *Catechismus Catholicae Ecclesiae* docet: «Credo»: est fides Ecclesiae quam unusquisque credens personaliter profitetur, praesertim cum baptizatur. «Credimus»: est fides Ecclesiae quam Episcopi in Concilio profitentur congregati vel generalius quam liturgica credentium profitetur congregatio. «Credo»: est etiam Ecclesia, Mater nostra quae Deo fide respondet sua nosque docet dicere: «Credo», «Credimus»⁽³⁹⁾.

In unaquaque professione fidei Ecclesia varia itinera viae ad congressum cum Deo definitivum emensa eadem probat. Nulla decursu temporis sententia exsuperatur; immo omnes sententiae patrimonium quod substitui non potest, fiunt quo fides prisca, omnium et cuiusque loci actionem perennem contemplatur Spiritus Christi Resuscitati suam Ecclesiam comitantis atque vivificantis, ut eandem ad veritatis perducat plenitudinem.

Romae, ex Sede Congregationis pro Doctrina Fidei, die 29 mensis Iunii A.D. MIIM.

+ Iosephus card. Ratzinger, Praefectus
+ Tharcisius Bertone
archiep. em. Vercellarum
a secretis

⁽³⁷⁾ Cfr DS 3315-3319.

⁽³⁸⁾ Cfr Concilium Oecumenicum Vaticanum II, Constitutio Dogmatica *Lumen Gentium*, n. 25; Congregatio pro Doctrina Fidei, Instructio *Donum Veritatis*, nn. 17, 23 et 24: ASS 82 (1990) 1557-1558, 1559-1561.

⁽³⁹⁾ *Catechismus Catholicae Ecclesiae*, n. 167.

PONTIFICIO CONSIGLIO DELL'INTERPRETAZIONE DEI TESTI LEGISLATIVI, **Responsio ad propositum dubium: de loco excipiendi sacramentales confessiones**, 7 luglio 1998 (AAS 90 [1998], p. 711).

Patres Pontificii Consilii de Legum Textibus Interpretandis, in ordinario coetu diei 16 iunii 1998, dubio, quod sequitur, respondendum esse censuerunt ut infra:

D. Utrum attento praescripto can. 964, § 2, CIC, sacramenti minister, iusta de causa et excluso casu necessitatis, legitime decernere valeat, etiamsi poenitens forte aliud postulet ut confessio sacramentalis excipiatur in sede confessionali crate fixa instructa.

R. *Affirmative*.

Summus Pontifex Ioannes Paulus II in Audientia die 7 iulii 1998 infrascripto Praesidi impertita, de supradicta decisione certior factus, eam confirmavit et promulgari iussit.

+ *Iulianus Herranz*
archiep. tit. Vertarensis, *Praeses*
+ *Bruno Bertagna*
ep. tit. Drivastensis, *a Secretis*

Il ministro della Penitenza e la sede confessionale (*).

La decisione di utilizzare la sede confessionale dotata di grata fissa — nei paesi dove altre sedi confessionali alternative siano state approvate dalla Conferenza episcopale, e siano effettivamente disponibili⁽¹⁾ — spetta non solo al penitente che lo desidera, ma anche al ministro della Penitenza, il quale, con giusta causa ed escluso il caso di necessità, può decidere legittimamente di servirsene, anche se il penitente sollecita diversamente. In tal modo potrebbe essere espressa la recente risposta del Pontificio Consiglio dell'Interpretazione dei Testi Legislativi (PCITL) riguardo al c. 964 § 2.

(*) A proposito di una risposta del Pontificio Consiglio dell'Interpretazione dei Testi Legislativi del 16 giugno 1998, confermata da Giovanni Paolo II il 7 luglio successivo.

(1) Molte Conferenze episcopali hanno stabilito la possibilità di sedi confessionali alternative a quella provvista di grata fissa. Tuttavia, conviene ricordare che diverse Conferenze episcopali hanno deciso di mantenere questa come unica sede confessionale ordinaria autorizzata nei propri paesi; ad es., Benin, Ecuador, El Salvador, Gambia-Liberia-Sierra Leone, Haiti, India, Nicaragua, Nigeria, Panama, Perù, Ruanda, Scandinavia. D'altra parte, non sempre è possibile l'installazione di sedi confessionali alternative in tutte le chiese o negli oratori.

Con l'affermazione della legittimità di questa decisione da parte del ministro della Penitenza è stato risolto un dubbio ricorrente che, nell'interpretazione della nuova normativa canonica sulla sede confessionale, si era posto a più sacerdoti, e aveva in qualche misura richiamato l'attenzione dei liturgisti, dei moralisti e dei canonisti.

1. *L'evoluzione della disciplina canonica e della prassi riguardo la sede confessionale nel periodo postconciliare.*

Se ci limitiamo ad un esame dell'evoluzione più recente della disciplina e della prassi sulla sede confessionale⁽²⁾, dobbiamo anzitutto ricordare che l'antecedente disciplina era basata sulla distinzione tra le confessioni di uomini e di donne. Difatti, una delle modifiche più rilevanti operate negli ultimi decenni nella normativa universale della Chiesa in questa materia, è stata appunto la scomparsa di tale distinzione e, di conseguenza, la soppressione della prescrizione canonica che vietava di ascoltare confessioni di donne fuori dalla sede confessionale provvista di grata fissa, eccetto nei casi di necessità e adoperando le cautele indicate dall'Ordinario del luogo⁽³⁾. Interessa, tuttavia, notare che, prima e dopo la promulgazione del Codice del 1917, la sede provvista di grata fissa era considerata il posto più adatto per le confessioni, non soltanto delle donne ma anche degli uomini⁽⁴⁾.

(2) Per uno studio approfondito riguardo all'uso della sede confessionale nella storia, cfr. A. BLANCO, *Prassi sacramentale della riconciliazione e uso del confessionale (I, II e III)*, in «*Annales theologici*» 11 (1997), pp. 3-65 e pp. 313-400, e 12 (1998), pp. 61-111. Circa le indicazioni su luogo e sede del sacramento della Penitenza, Blanco distingue tre periodi: «1) dal secolo III al XII circa, quando tali indicazioni sono piuttosto generiche e riguardano quasi esclusivamente il luogo; 2) dal XII al XVI, periodo in cui le indicazioni scendono a particolari più concreti, ma senza prescrivere ancora una sede in senso vero e proprio; 3) dal XVI ad oggi, caratterizzato da norme ben precise riguardanti non solo il luogo ma anche la sede, che è appunto il confessionale» (p. 5).

(3) Nel CIC 17 il luogo e la sede confessionale erano regolati dai cc. 908-910:

c. 908. *Sacramentalis confessionis proprius locus est ecclesia vel oratorium publicum aut semi-publicum.*

c. 909 § 1. *Sedes confessionalis ad audiendas mulierum confessiones semper collocetur in loco patenti et conspicuo, et generatim in ecclesia vel oratorio publico aut semi-publico mulieribus destinato. § 2. Sedes confessionalis crate fixa ac tenuiter perforata inter poenitentem et confessarium sit instructa.*

c. 910 § 1. *Feminarum confessiones extra sedem confessionalem ne audiatur, nisi ex causa infirmitatis aliave verae necessitatis et adhibitis cautelis quas Ordinarius loci opportunus iudicaverit. § 2. Confessiones virorum etiam in aedibus privatis excipere licet.*

(4) In questo senso si era espressa la Pontificia Commissio ad Codicis Canones

La normativa del 1917, oltre a segnalare che il luogo proprio delle confessioni era la chiesa o l'oratorio, si limitava a dare disposizioni indirizzate, a prima vista, a salvaguardare la buona fama delle persone interessate prevenendo possibili scandali, senza fare menzione di esigenze di carattere liturgico, che erano oggetto del Rituale Romano, o di altro tipo. Del resto, anche l'esigenza di situare la sede confessionale «in loco patenti et conspicuo» sembrava legata, in quel contesto, più a motivazioni di carattere morale che di altro tipo, ad esempio, liturgico (sottolineare la dimensione comunitaria della Penitenza e il rapporto tra la sua celebrazione e l'assemblea eucaristica) o pastorale (quale richiamo costante alla misericordia di Dio operante nel sacramento della Penitenza).

Come è noto, il cambiamento della prassi sulla sede confessionale fu propiziato, ancor prima che dalla riforma del Codice, dalla pubblicazione dell'*Ordo Paenitentiae*, promulgato il 2 dicembre 1973, che nei suoi *Praenotanda* dichiarava la competenza delle Conferenze episcopali ad operare ulteriori determinazioni circa il «luogo adatto per l'ordinaria amministrazione del sacramento della penitenza»⁽⁵⁾. Diverse Conferenze episcopali autorizzarono allora la costruzione di altri tipi di sedi confessionali — con forme o caratteristiche diverse, ma che potrebbero essere accomunate dal fatto di non essere provviste di grata fissa — con il fine di permettere un incontro più diretto tra il penitente e il ministro, e così facilitare il più possibile il dialogo tra di loro⁽⁶⁾. L'omissione di un riferimento espresso alla distinzione tra uomini e donne nei *Praenotanda* dell'*Ordo Paenitentiae*, fu interpretata nel senso della scomparsa

Authenticæ Interpretandos in una risposta del 24 novembre 1920 (cfr. AAS 12 (1920), p. 576).

(5) In realtà, dal tenore dei *Praenotanda* sembra che esplicitamente non si intendesse cambiare nulla in materia di sede confessionale. Nel n. 12 si legge: «Sacramentum Paenitentiae administratur in loco et sede, quae iure statuuntur»; rimandando quindi alle disposizioni in vigore del CIC 17. E nel n. 38: «Conferentiis Episcopalis competitis... b) Normas pressius determinare quoad locum aptum ad ordinariam sacramenti Paenitentiae celebrationem...» (cfr. RITUALE ROMANUM, *Ordo Paenitentiae*, 2 dicembre 1973, Città del Vaticano 1974). Si può notare la distinzione tra luogo e sede, e come il n. 38 faccia riferimento esplicito solo al luogo. Resta comunque il fatto che diverse Conferenze Episcopali diedero indicazioni anche sulla sede.

(6) Per la adeguata comprensione dell'evoluzione della prassi sulla sede confessionale, e delle norme posteriori, non si può non fare riferimento ad altre considerazioni meno positive manifestate in quegli anni che ebbero una rilevante influenza in essa: in particolare, la qualifica della celebrazione penitenziale allora in vigore come formalistica, impersonale e privatistica, e la ridicolizzazione più o meno diretta del confessionale, in quanto avrebbe tolto l'aspetto positivo del sacramento, che deve avere sempre un clima spirituale di festa. Su questo periodo e sulle diverse fasi della riforma, cfr. P. LÓPEZ, *El lugar para la celebración de la Penitencia (Apuntes históricos y regulación actual)*, in «Scripta theologica» 25 (1993), pp. 857-900.

della proibizione sopra accennata; e più Conferenze Episcopali accettarono *de iure* o *de facto* la possibilità che i penitenti, senza distinzione di sesso, potessero utilizzare le nuove sedi confessionali sprovviste di grata fissa (7).

Per la corretta comprensione della normativa canonica successiva, bisogna anche segnalare che, in alcuni posti, la prassi si era spinta oltre, fino alla quasi totale scomparsa dei cosiddetti confessionali tradizionali (8); rendendo in pratica non più possibile l'applicazione della normativa universale in vigore che stabiliva tale distinzione, nonché la legittima scelta del penitente o del ministro di utilizzare la sede confessionale dotata di grata fissa, o almeno una sede dedicata esclusivamente a ricevere le confessioni.

In questo contesto va, dunque, intesa la normativa universale contenuta nel Codice del 1983 (9), il quale ha riaffermato come luogo pro-

(7) La diffusione di questa interpretazione suscitò non poche discussioni, che portarono persino, a causa di una delibera della Conferenza Episcopale degli USA approvata poi con decreto della S. Congregazione per i Sacramenti e per il Culto Divino dell'11 ottobre 1975, alla formulazione di un dubbio nel seno della Pontificia Commissio Decretis Concilii Vaticani II Interpretandis: «Utrum per *Ordo Paenitentiae*, diei 2 decembris 1973, IV, 12 et VI, 38 b), derogatum sit can. 909 et 910 § 1 CIC, quod locum et sedem confessionis spectat». Secondo le argomentazioni espresse dal Relatore della risposta, in base alla distinzione tra «luogo» e «sede» contenuta nel CIC 17 e nel *Ordo Paenitentiae*, si riteneva la mancanza di potestà delle Conferenze Episcopali «di assegnare per la ordinaria Confessione altre sedi se non quella stabilita dal diritto comune (che, almeno per le donne, è quella *crata fixa ac tenuiter perforata inter poenitentem et confessarium*)». Quindi la risposta fu così approvata: «*Negative, ideo in vigore permanere can. 909 et 910 § 1 CIC, salvo tamen iure Episcoporum Conferentiae pressius determinandi locum aptum confessionis recipiendis*» (Vid. *Archivio del Concilio Vaticano II*, Pontificia Commissio Decretis Concilii Vaticani II Interpretandis, *Foglio d'Udienza*, 22 giugno 1976).

(8) Queste tendenze avevano provocato, due anni prima, un intervento di Paolo VI: «Sentirete anche precisare e rettificare certe notizie inesatte, che sono state divulgate circa il nuovo rito del sacramento della penitenza, come quella dell'abolizione dei confessionali: il confessionale, in quanto diaframma protettivo fra il ministro ed il penitente per garantire l'assoluto riserbo della conversazione loro imposta e loro riservata, è chiaro, deve rimanere» (*Udienza generale*, 3 aprile 1974, in *Insegnamenti di Paolo VI*, vol. XII (1974), p. 311). Queste parole furono considerate dal Relatore della risposta citata nella nota precedente, come «una interpretazione autentica declarativa fatta dal Papa *vivae vocis oraculo*» delle disposizioni del nuovo *Ordo Paenitentiae*.

(9) Nel CIC 83 la materia è regolata dal c. 964 § 1. Ad sacramentales confessiones excipiendas locus proprius est ecclesia aut oratorium. § 2. Ad sedem confessionalem quod attinet, normae ab Episcoporum conferentia statuuntur, cauto tamen ut semper habeantur in loco patenti sedes confessionales crate fixa inter poenitentem et confessarium instructae, quibus libere uti possint fideles, qui id desiderent. § 3. Confessiones extra sedem confessionalem ne excipiantur, nisi iusta de causa.

prio per ricevere le confessioni la chiesa o l'oratorio, e ha indicato la sede confessionale, senza aggiungere altro sulle sue caratteristiche, come il posto appropriato dal quale non si può prescindere senza giusta causa. Inoltre, nell'affidare alle Conferenze episcopali la normativa sulla sede confessionale, ha autorizzato implicitamente la costruzione di sedi confessionali di diverso genere, e ha precisato nel contempo la necessità di garantire che vi siano sempre in un luogo ben visibile sedi confessionali provviste di grata fissa tra il penitente e il confessore, dei quali possano liberamente valersi i fedeli che lo desiderano.

Successivamente alla promulgazione del Codice del 1983 la maggior parte delle Conferenze episcopali ha stabilito norme sulla sede confessionale. È, dunque, a questa normativa che si deve fare riferimento per avere un quadro completo della disciplina della Chiesa attualmente in vigore⁽¹⁰⁾. In modo sintetico tali normative possono essere suddivise in quattro gruppi:

1) Quelle che prescrivono *una sede confessionale che permetta le due possibilità di uso, con la grata o senza di essa*. Per esempio, Cile, Inghilterra-Galles e Porto Rico.

2) Disposizioni che considerano *sedi ordinarie sia quella provvista di grata fissa, sia quelle alternative* (situate abitualmente nella cosiddetta «penitenzieria» o «cappella della riconciliazione»). Per esempio, Argentina, Canada, Ecuador, Filippine, Honduras, Italia, ex-Iugoslavia, Messico, Olanda, Portogallo e Venezuela.

3) Norme che indicano la *sede confessionale provvista di grata fissa come ordinaria e abituale*, e che autorizzano espressamente *altre sedi diverse* da utilizzarsi *quando i fedeli lo richiedano*. Per esempio, Bolivia, Brasile, Colombia, Guatemala, Malta, Repubblica Dominicana, Spagna e Uruguay.

4) Disposizioni che indicano il *confessionale tradizionale come unica sede ordinaria e abituale*; ma che ammettono in *casi straordinari* (malattia o impedimenti fisici di vario tipo, etc.) il ricorso ad *altri luoghi o sedi* che siano adeguati. Per esempio, Benin, Ecuador, El Salvador, Gambia-Liberia-Sierra Leone, Haiti, India, Nicaragua, Nigeria, Panama, Perù, Ruanda e Scandinavia.

In molti casi, tali disposizioni contengono altre indicazioni o prescrizioni più dettagliate: sulle ragioni per offrire le sedi alternative⁽¹¹⁾,

⁽¹⁰⁾ Si possono consultare tutte le norme delle Conferenze episcopali pubblicate prima di 1990 nell'opera di J.T. MARTÍN DE AGAR, *Legislazione delle Conferenze Episcopali complementare al C.I.C.*, Milano 1990. Dello stesso autore, cfr. *Normativa de las Conferencias episcopales sobre el sacramento de la penitencia*, in «L'annee canonique» H.S., *La synodalité*, vol. 1 (1992), pp. 497-505.

⁽¹¹⁾ Le Conferenze episcopali che indicano le ragioni delle sedi alternative si riferiscono soprattutto alla convenienza di facilitare il dialogo, la comunicazione e l'incon-

sulla loro collocazione in luoghi visibili⁽¹²⁾, sulle caratteristiche particolari che devono avere⁽¹³⁾, sulla necessità di salvaguardare la dignità dell'atto sacramentale⁽¹⁴⁾, sulla sede ordinaria per ricevere le confessioni di donne⁽¹⁵⁾, sulle ragioni del confessionale provvisto di grata fissa⁽¹⁶⁾, etc. Si tratta, comunque, di indicazioni che, oltre ad avere un valore normativo nei rispettivi paesi, offrono degli spunti utili per valutare la funzione e significato della sede confessionale provvista di grata fissa, e delle sedi alternative.

2. *I problemi interpretativi del c. 964 e il senso della risposta del PCITL.*

Subito dopo la promulgazione del Codice del 1983, e prima ancora di conoscere le disposizioni delle Conferenze episcopali, diversi autori segnalano le difficoltà interpretative del c. 964⁽¹⁷⁾. Questo canone ri-

tro interpersonale (Messico e Venezuela), o di valorizzare meglio l'accoglienza nelle diverse parti del rito liturgico (Canada, Francia e Portogallo).

(12) Fanno un riferimento esplicito alla sistemazione delle sedi alternative in luogo visibile le Conferenze episcopali di Canada, Filippine, Francia e Inghilterra-Galles.

(13) Ad esempio, che abbiano una porta con vetro trasparente (Malta e Filippine) o, più genericamente, che siano approvate previamente dall'autorità competente (Messico, Spagna e Porto Rico).

(14) In questo senso le Conferenze episcopali di Colombia, Honduras, Italia, Messico, Portogallo e Spagna.

(15) La Conferenza episcopale di Perù stabilisce che «le confessioni di religiose e di tutte le donne dovranno essere ricevute nel confessionale» (inteso quello con la grata fissa), a meno che ci siano ragioni di malattia, o se si è distanti da un confessionale «lo chieda la penitente per un motivo ragionevole e non ci sia pericolo morale».

(16) Diverse Conferenze episcopali parlano di conservare la possibilità dell'anonimato (Argentina e Scandinavia), di garantire il diritto a non essere riconosciuto (Colombia) o di rispettare, comunque, la libertà del penitente in questo senso (Bolivia, Cile, Colombia, Francia, Honduras, Lussemburgo, Malta, Nigeria, Portogallo, Spagna e Uruguay).

(17) Ad esempio: «Mientras el § 1 no parece ofrecer mayores dificultades en su interpretación, la articulación de los otros dos §§ presenta a primera vista una antinomia, porque el § 3 prescribe que no se oigan (sin justa causa) confesiones fuera del confesionario, en tanto que el § 2 parece dar libertad a los fieles para acudir o no a esa sede. Por otra parte una observación que salta a la vista, en contraste con la disciplina del Código de 1917, es que el c. 964 ya no distingue para nada entre la confesión de hombres y mujeres, lo cual plantea al exégeta la necesidad de razonar sobre los motivos y alcance de esa unificación» (J.T. MARTÍN DE AGAR, *El canon 964 del CIC: sobre el uso del confesionario*, in AA.VV., *Reconciliación y penitencia*, V Simposio Internacional de Teología de la Universidad de Navarra, Pamplona 1983, pp. 1011-1012).

conosce infatti la legittimità di costruire altre sedi confessionali alternative se le Conferenze Episcopali lo ritengono opportuno; ciò comporta anche la scomparsa dalla legislazione universale di norme diverse per le confessioni di uomini o di donne⁽¹⁸⁾; ma, allo stesso tempo, ha lasciato qualche questione senza risposta.

Era chiaro che, secondo il disposto del c. 964 § 2, dovevano essere sempre presenti in un luogo patente, nelle chiese e negli oratori, sedi confessionali provviste di grata fissa; e che, nei paesi dove il diritto particolare emanato dalle Conferenze episcopali avesse stabilito la possibilità di costruire altri tipi di sedi confessionali poteva il penitente, senza distinzioni di sesso, chiedere legittimamente di servirserne. Dopo alcuni tentennamenti iniziali, divenne anche pacifica l'applicazione del § 3 — in cui si richiede una causa giusta per sentire confessioni fuori dalla sede confessionale — non solo alle sedi con la grata, ma anche alle altre sedi approvate.

Non era però chiaro se la scelta della sede confessionale da utilizzare tra quelle disponibili — decisione che negli anni anteriori alla apparizione del Codice del 1983 era attribuita pacificamente al ministro della Penitenza — fosse stata attribuita dal c. 964 § 2 al penitente. E si poneva sovente la domanda se il ministro della Penitenza, per giusta causa ed escluso il caso di necessità, potesse decidere legittimamente di utilizzare il confessionale tradizionale contro una richiesta esplicita e legittima del penitente.

Sicuramente il dubbio proviene della complessa redazione del § 2, che nell'indicare la necessità di garantire che sempre si trovino in un luogo visibile sedi confessionali dotate di grata fissa tra il penitente e il confessore, ha aggiunto «dei quali possano liberamente valersi i fedeli che lo desiderano». Questo riconoscimento esplicito della libertà del penitente di scegliere il confessionale provvisto di grata fissa poteva, infatti, essere oggetto di una interpretazione estensiva, fino al riconoscimento di una simile libertà del penitente di scegliere gli altri tipi di sedi confessionali. Questa interpretazione poneva, infatti, dei problemi nei casi in cui il ministro avesse ragioni di una certa entità sulla convenienza di utilizzare la sede confessionale provvista di grata fissa, sia per facilitare l'integrità della confessione, sia per evitare situazioni in grado di mettere in pericolo la comprensione sacramentale o la dignità del sacramento della Penitenza.

(18) Nei lavori di revisione del Codice la proibizione di ascoltare le confessioni di donne fuori dalla sede tradizionale era presente nei diversi *schemata*, fino a quello di 1982 (cfr. W.H. STETSON, *Comentario al c. 964*, in AA.VV., *Comentario exegetico al Código de Derecho Canónico*, vol. III, Pamplona 1996, pp. 772-774; cfr., anche, *Communiones* 15 (1983), p. 207). In ogni caso, quello che importa è che fu esclusa dalla redazione definitiva.

In ogni caso, se esaminiamo con la dovuta attenzione le circostanze che avevano preceduto la promulgazione del Codice del 1983, riassunte poc'anzi, è più verosimile valutare il senso del riconoscimento esplicito della libertà del penitente di usare il confessionale con la grata, come un modo di garantirgli la facoltà di scegliere in tal senso, una facoltà non corredata da un'analogo facoltà di scegliere le altre sedi confessionali disponibili. Si tratterebbe, dunque, solo di una più ampia possibilità di scelta, offerta congiuntamente al penitente e al ministro, tra le diverse sedi confessionali disponibili; quindi, una mera possibilità di utilizzare altre sedi che tanto il fedele, per ragioni personali, come il ministro, in presenza di giuste cause, possono decidere di non adottare.

La interpretazione autentica del PCITL, presupposta questa possibilità offerta al penitente di poter chiedere di essere ascoltato in confessione nelle sedi confessionali alternative approvate, pone fine alle divergenze interpretative appena menzionate. In realtà, la risposta, più che costituire *stricto sensu* una interpretazione autentica del contenuto del § 2 del c. 964, viene a colmare una lacuna nella normativa universale, che finora non stabiliva chi doveva decidere in ultima istanza quale sede confessionale utilizzare tra le diverse sedi approvate e disponibili. Inoltre, dalla risposta si desume, implicitamente, l'inesistenza di una facoltà del penitente di essere ascoltato in confessione fuori dalla sede confessionale dotata di grata fissa senza il consenso del ministro della Penitenza. Infine, viene segnalata, anche implicitamente, la necessità che il ministro, nel caso concreto, valuti l'esistenza di giuste cause che rendano conveniente ricevere la confessione nella sede confessionale dotata di grata fissa⁽¹⁹⁾.

3. *Funzione e significato della sede confessionale provvista di una grata fissa tra il penitente e il confessore.*

È stato opportunamente rilevato che il problema della sede dove amministrare il sacramento della Riconciliazione si rivela di grande inte-

(19) Logicamente questa valutazione dovrà essere più attenta quando si tratti di ascoltare confessioni di donne. Un particolare riguardo merita anche il caso degli uomini con tendenze omosessuali, che devono essere accolti con tutto rispetto, ma con la dovuta prudenza, in linea con quanto dichiara il *Catechismo della Chiesa Cattolica*: «Un numero non trascurabile di uomini e di donne presenta tendenze omosessuali profondamente radicate. Questa inclinazione, oggettivamente disordinata costituisce per la maggior parte di loro una prova. Perciò devono essere accolti con rispetto, compassione, delicatezza. A loro riguardo si eviterà ogni marchio di ingiusta discriminazione. Tali persone sono chiamate a realizzare la volontà di Dio nella loro vita, e, se sono cristiane, a unire al sacrificio della croce del Signore le difficoltà che possono incontrare in conseguenza della loro condizione» (n. 2358, nuova versione dopo la pubblicazione della *editio latina typica*).

resse per le sue implicazioni pastorali. La soluzione sembra a prima vista dipendere solo da criteri pratici; esaminandola però con maggiore attenzione è possibile scoprire l'esistenza di ulteriori ragioni di carattere teologico (dogmatiche e morali) nonché antropologico (legate a leggi inviolabili della psicologia e dell'agire umano)⁽²⁰⁾.

Come abbiamo segnalato in precedenza, nella normativa del 1917 la sede confessionale provvista di grata fissa appariva direttamente collegata alla distinzione dei sessi, ed era vista principalmente come un mezzo per salvaguardare la buona fama delle persone interessate, in base a motivazioni di carattere morale. Scomparsa tale distinzione dalla nuova disciplina canonica, diversi autori hanno cercato di valutare la disposizione che prevede che vi siano sempre sedi confessionali provviste di grata fissa, non più in riferimento diretto a tale distinzione, ma in rapporto col diritto alla riservatezza del penitente; riservatezza che, tra l'altro, può facilitare l'integrità della confessione⁽²¹⁾. La norma, nel contemplare la questione dal punto di vista della scelta del penitente, intenderebbe così assicurargli la possibilità di rimanere nell'anonimato, facilitandogli al massimo l'accesso al sacramento della Penitenza⁽²²⁾.

Tuttavia, la sede confessionale con la grata resta utile per finalità ancora più confacenti alla natura sacramentale del dialogo tra il penitente e il ministro della Penitenza. Sono le ragioni che si trovano all'o-

⁽²⁰⁾ Cfr. A. BLANCO, *Prassi sacramentale della riconciliazione e uso del confessionale*, cit., p. 4.

⁽²¹⁾ È sempre utile ricordare che «riconoscere i propri peccati e addirittura confessarli è un'opera faticosa; e l'esperienza insegna che alcuni non lo vogliono fare o non trovano le forze per farlo» (cfr. *ibidem*, p. 38). L'adozione del confessionale si è dimostrata, in una prassi che conta ormai quattro secoli, un mezzo efficace per raggiungere ciò in un numero non indifferente di casi.

⁽²²⁾ Il cosiddetto «diritto alla riservatezza» o, più precisamente, il diritto a non rivelare la propria identità è stato indicato come la causa responsabile della trasformazione della confessione in un atto anonimo, e quindi, negato da alcuni autori. Altri, invece, lo hanno affermato categoricamente in base al diritto di ogni persona a difendere la propria intimità (cfr. c. 220). Risulta opportuno rilevare come la riservatezza che consente la sede confessionale con la grata non si trovi alla sua origine, e debba essere piuttosto considerata come una sua conseguenza. Comunque, qualche Conferenza episcopale ha dichiarato esplicitamente questo diritto (ad. esempio, in Colombia), e resta pacifico che il penitente non possa essere obbligato a rivelare la propria identità. D'altra parte, la riservatezza garantita dal confessionale tradizionale consente a persone che non vogliono essere identificate di avvicinarsi al sacramento. Tuttavia anziché un diritto basato sul diritto all'intimità, sembra più una facoltà derivata dall'affermarsi di questa possibilità nella prassi della Chiesa. Si tratta in ogni caso di un fattore pastorale da considerare, insieme ad altri, per giustificare la disposizione canonica di mantenere ovunque la sede confessionale dotata di grata fissa (cfr. P. LÓPEZ, *El lugar para la celebración de la Penitencia*, cit., pp. 898-899).

rigine del suo sorgere, dovuto alla saggezza pastorale di non pochi Vescovi — tra i quali il più noto è San Carlo Borromeo — e in linea con una tendenza pastorale, liturgica e morale molto più antica. Prevalentemente si trattava di introdurre una garanzia esterna dell'indole sacra e liturgica dell'incontro sacramentale tra il confessore e il penitente, facilitando al contempo sia la prassi della conversione sia la disciplina del clero. Per tradizione ciò è stato visto in relazione alle confessioni delle donne, ma può estendersi a tutte le situazioni in cui l'indole intima del rapporto che viene a stabilirsi tra le due persone concrete rischi di deviare rispetto alla specificità del dialogo penitenziale, dando luogo a conversazioni non pertinenti al sacramento della Penitenza, o a relazioni affettive disordinate⁽²³⁾.

Non di poca importanza è anche l'accennata necessità di facilitare al massimo la sincerità e l'integrità della confessione, valutando con prudenza gli aspetti psicologici implicati⁽²⁴⁾, anche in rapporto alle differenti posizioni dei soggetti⁽²⁵⁾. A ciò deve aggiungersi, sen-

(23) Risulta pertinente, in questo contesto, il richiamo del can. 277 § 2 sul dovere dei chierici di comportarsi con la dovuta prudenza nei rapporti con le persone la cui familiarità può mettere in pericolo l'obbligo della continenza oppure suscitare lo scandalo dei fedeli.

(24) Un'indicazione al sacerdote che ascoltava confessioni, ricorrente nei concili provinciali del Medioevo e presente fino alla comparsa del confessionale, era di tenere gli occhi abbassati, senza guardare in faccia il penitente, per evitargli reazioni di timidezza o soggezione che li ritrassero da manifestare i propri peccati. Era un'indicazione che riguardava tutti i penitenti, e non solo le donne, e che era ovviamente indirizzata a rendere meno gravoso l'obbligo di manifestare i peccati davanti al confessore (cfr. A. BLANCO, *Prassi sacramentale della riconciliazione e uso del confessionale*, cit., pp. 44-59). Blanco cita quanto San Giovanni d'Ávila riferiva ai Vescovi nel 1551: « peligro corren los que confiesan mujeres fuera del confesionario, por la ocasión que tienen de ver tan de cerca la faz de la mujer, y para ellas es gran ocasión para callar sus pecados, y este peligro toca también a los hombres » (*Lo que deben saber los obispos*, preso dal *Memorial primero para el Concilio de Trento*, in *Obras completas del santo maestro Juan de Ávila*, ed. L. SALAS BALUST - F. MARTIN HERNANDEZ, vol. 6, Madrid 1970-71, p. 72).

(25) È opportuno anche segnalare quanto rilevato da specialisti in psicologia sulle caratteristiche che avvolgono il rapporto tra un uomo e una donna, quando il primo si trova in forza della sua funzione — medico, psicologo, sacerdote, ecc. — in un situazione di influenza o di relativa superiorità, e la seconda gli confida i suoi problemi più personali e intimi. L'affettività può incidere fortemente in quel rapporto, possono essere fatte confidenze che non sono state fatte a nessun altro, ed esiste il pericolo reale che si arrivi a manifestazioni di carattere affettivo. I psicologi consigliano allora di porre barriere, incluso materiali, che difendano da tali pericoli e li allontanino il più possibile (cfr. P. RUTTER, *Sex in the Forbidden zone*, in « *Psychology Today* », ottobre 1989, pp. 34-40; citato da P. LÓPEZ, *El lugar para la celebración de la Penitencia*, cit., p. 895).

z'altro, l'esigenza di salvaguardare davanti agli altri la buona fama del ministro e del penitente, nel caso delle confessione di donne. Anche se questa prospettiva viene per così dire integrata in quella ancor più fondamentale in questo caso, attinente alla tutela della dignità del sacramento.

4. *Considerazioni giuridico-canoniche conclusive.*

Nella disciplina attuale non ci sono dubbi circa l'esistenza di una facoltà del penitente a optare per la sede confessionale con la grata, che sempre deve essere a sua disposizione in un luogo patente nelle chiese e negli oratori⁽²⁶⁾; detta scelta può giustamente essere ritenuta come insindacabile da parte del ministro. È possibile, comunque, che i motivi di tale scelta siano molto diversi: oltre a quelli della riservatezza e la conseguente facilitazione della confessione, lo stesso penitente può voler prendere quelle precauzioni per la tutela della dignità del sacramento che sono, assieme alla menzionata facilitazione della confessione, all'origine dell'introduzione del confessionale tradizionale. D'altra parte, non si ravvisano ragioni in grado di autorizzare il ministro ad opporsi, al di fuori naturalmente del caso di impossibilità ad usare detta sede confessionale.

Il problema può sorgere però qualora il penitente manifesti il suo proposito di usare un altro tipo di sede per il sacramento⁽²⁷⁾, che consenta il dialogo faccia a faccia, soprattutto in situazioni in cui il ministro

(26) Va precisato che l'esistenza di detta facoltà di usare il confessionale tradizionale resta, in ogni caso, condizionata dalle disposizioni particolari vigenti in ogni nazione. Difatti, nei paesi dove la Conferenza episcopale non ha stabilito sedi alternative alla sede confessionale provvista di grata fissa, non si può parlare tanto di facoltà come di dovere. In tali paesi, infatti, la questione che stiamo esaminando non si pone; o, almeno, non si pone negli stessi termini, giacché il 964 § 3 stabilisce «*confessiones extra sedem confessionalem ne excipiantur, nisi iusta de causa*». Tuttavia, anche in questi paesi, potrebbe porsi una domanda diversa ma con implicazioni simili: se la semplice richiesta del penitente — esclusi ovviamente i casi di necessità — di non utilizzare l'unica sede confessionale a disposizione — quella provvista di grata fissa — costituisca una giusta causa sufficiente in senso opposto, essendo allora il ministro non solo autorizzato a ricevere le confessioni fuori dalla sede confessionale, ma anche vincolato alla richiesta del penitente. In questo senso, la risposta ora pubblicata può essere applicata anche ai paesi dove solo esista la sede confessionale con grata fissa, riconoscendo la legittimità della decisione del ministro di utilizzarla comunque, quando ci siano cause giuste, anche se il penitente ha sollecitato diversamente.

(27) Oppure, semplicemente, di non usare la sede confessionale provvista di grata fissa, quando questa è l'unica approvata o disponibile (cfr. nota precedente *in fine*).

per motivi dettati dall'esperienza pastorale ritenga più opportuno preservare il penitente o sé stesso dai pericoli accennati⁽²⁸⁾. Evidentemente detta questione non può essere impostata in termini semplicistici, di mero equilibrio tra interessi soggettivi divergenti, o, ancor più freddamente, in termini di diritti e doveri giuridici di cui gli interessati sarebbero titolari. Bisogna invece tener conto della specificità della situazione, qual è la celebrazione del sacramento della riconciliazione, e alla luce di tale realtà sacramentale, e della normativa canonica in vigore, cercare di determinare le situazioni liturgiche, morali, psicologiche e giuridiche in cui vengono a trovarsi il ministro e il penitente nella celebrazione del sacramento della Penitenza e che possono incidere circa l'uso della sede confessionale più adeguata.

Ma se vogliamo fare un discorso prevalentemente giuridico bisogna allora affermare che l'opzione del penitente a confessarsi senza la grata, certamente legittima laddove tale possibilità è prevista dalle norme particolari della Conferenza episcopale, non può essere ritenuta una facoltà del penitente, nello stesso senso in cui lo è quella di usare la sede con la grata. Le due situazioni sono diverse: mentre la facoltà di confessare i propri peccati attraverso la grata, basata su motivazioni personali del penitente di per sé insindacabili dal ministro, si trova dichiarata dal Codice e non conosce altri limiti se non quelli di fatto concernenti la disponibilità della stessa grata; la scelta di prescindere da essa non è oggetto di una simile formalizzazione codiciale come facoltà del penitente, né sembra poterlo essere, giacché essa può incontrare nella realtà proprio quelle difficoltà d'indole morale cui risponde il confessionale tradizionale. In questo senso una tale richiesta deve essere ben considerata dal sacerdote, il quale, per evidenti motivi pastorali, cercherà nella misura del possibile di adeguarsi alle preferenze del penitente per agevolare l'amministrazione del sacramento⁽²⁹⁾, ma in quanto ministro del sacramento rimane diretto responsabile della tutela della sua dignità.

È in gioco quindi la tutela dello stesso sacramento della Penitenza: nella sua dimensione liturgica, ma anche nei suoi aspetti morali⁽³⁰⁾. Se-

(28) Ovviamente si deve tener conto dell'esperienza pastorale dello stesso ministro, ma anche dell'esperienza pastorale della Chiesa, accumulata in una prassi millenaria nell'amministrazione di questo sacramento, e che annovera testimoni insigni, ma anche dolorose esperienze.

(29) Cfr. GIOVANNI PAOLO II, *Discorso ai membri della Penitenzieria Apostolica*, 27 marzo 1993, n. 5, in *Insegnamenti di Giovanni Paolo II*, vol. XVI, 1 (1993), pp. 761-766.

(30) In questo campo non si tratta solo di evitare un'occasione qualsiasi di peccato, bensì di proteggere la celebrazione sacramentale dal pericolo di peccati concomitanti, la cui gravità personale ed ecclesiale fonda la severa disciplina sul delitto di sollecitare il penitente ad un peccato contro il sesto comandamento (cfr. can. 1387). L'inesistenza di una norma codiciale che determini l'obbligatorietà della sede confessionale con

condo la disciplina in vigore l'esigenza giuridica di protezione della dignità del sacramento va accertata prudenzialmente nei casi singoli, e continua a trovare una sua importante concrezione pratica nell'uso della grata, la quale del resto deve essere sempre disponibile secondo lo stesso dettato codiciale.

Se ci domandiamo quale dei soggetti abbia, nel caso concreto, la facoltà e il dovere di giudicare se vi siano pericoli alla dignità del sacramento, è ovvio che, anzitutto, lo possa fare lo stesso penitente, essendo a ciò autorizzato dalla stessa legge ecclesiastica. Ma anche, e a maggior ragione, può e deve farlo il confessore, proprio nella sua veste di ministro del sacramento, abilitato quindi, in conformità con le disposizioni canoniche e liturgiche approvate dalle autorità competenti, a ordinare la celebrazione penitenziale nella maniera migliore per il bene del penitente e, inseparabilmente, per il bene di sé stesso. Anche qui i possibili limiti della scelta ministeriale di utilizzare la sede confessionale con la grata derivano solo dalla reale possibilità di avvalersene.

Questa facoltà del ministro non è, quindi, assimilabile alla facoltà del penitente, giacché si tratta di una facoltà — che è anche dovere — vincolata allo stesso ministero, che non concerne immediatamente la partecipazione dello stesso sacerdote ai beni comunionali (perciò abbiamo adoperato il termine «facoltà» e non quello di «diritto»). In queste decisioni il ministro rappresenta la Chiesa, che veglia per due beni che sono inscindibili: quello del sacramento e quello delle anime. Certamente, il sacerdote non può procedere arbitrariamente, ma neppure sembra che la sua decisione in favore della grata possa essere sindacabile, così come non lo è l'analoga richiesta del penitente.

Antonio S. Sánchez-Gil

la grata quando ci siano pericoli in quel senso, lascia inalterata l'esigenza giuridica di protezione della dignità del sacramento, derivante dalla stessa realtà e anteriore a qualunque norma positiva.